

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

Avertissement : sauf indication contraire, les passages soulignés l'ont été par les personnes ayant contribué à la réalisation du présent ouvrage.

SOMMAIRE

COMPOSITION DE LA COMMISSION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES DE LA COUR DE CASSATION	3
LIVRE 1 DISCOURS	7
LIVRE 2 SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES	29
LIVRE 3 ÉTUDE	89
AVANT-PROPOS, par M. Guillaume Drago	91
L'ORDRE PUBLIC	97
LIVRE 4 JURISPRUDENCE DE LA COUR	491
LIVRE 5 ACTIVITÉ DE LA COUR	649
LISTE DES ABRÉVIATIONS	755



LIVRE 1
DISCOURS

Reproduction autorisée avec indication de la source
Utilisation commerciale interdite

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le jeudi 9 janvier 2014, par :

**Monsieur Vincent Lamanda,
premier président de la Cour de cassation**

Monsieur le Premier ministre,

Nous recevons, en vous, le chef d'un gouvernement qui a placé la justice au rang de ses priorités.

Votre venue dans cette enceinte, à l'occasion de la cérémonie marquant le début de la nouvelle année, témoigne de la considération qu'à travers la Cour de cassation, vous portez à l'institution judiciaire tout entière.

Cette preuve d'égard nous est précieuse.

Aussi m'est-il particulièrement agréable de vous accueillir et de vous assurer de notre profonde gratitude.

Messieurs les présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale,

Le juge est complémentaire du législateur. En assurant l'application de la loi à des situations concrètes, les juridictions donnent à celle-ci sa pleine expression et lui confèrent toute sa force, par le truchement de l'autorité de la chose jugée.

En vous joignant à nous ce soir, avec Monsieur le président de la commission des lois du Sénat, vous soulignez cette complémentarité du juge et du législateur, en même temps que vous nous apportez un soutien stimulant.

Sachez combien nous y sommes sensibles.

Madame la Garde des sceaux,

Vous nous faites, cette fois encore, l'honneur de votre présence. Soyez-en vivement remerciée.

Signe de votre engagement constant envers les services judiciaires et de votre attachement à notre Cour, cette attention nous touche.

Nous vous sommes reconnaissants de votre action lucide en faveur d'une justice apaisée, humaine, efficace, protectrice des libertés et facteur d'équilibres.

Excellences, Mesdames et Messieurs les hautes personnalités,

Votre fidélité à nos audiences solennelles nous gratifie, au sens plein du terme.

En répondant à notre invitation, votre amicale participation souligne à nouveau la force des liens d'estime qui nous unissent.

Chacun des membres de la Cour vous sait gré de ce témoignage.

Mesdames, Messieurs, mes chers collègues,

Un patricien romain, disait-on, portait dans les plis de sa toge la perte ou le salut de ses clients.

Notre destin tient, de même, au moins en partie, dans les plis du voile qui enveloppe mystérieusement l'année nouvelle, cette inconnue dont on ne peut encore discerner les traits.

Mais il n'importe pas tant de découvrir d'emblée ce qu'elle dissimule d'imprévu. L'essentiel – nos dispositions intérieures pour accueillir les événements à venir – les plis de son manteau ne sauraient le receler.

Il ne dépend que de nous, au fil des jours et des mois, face à l'adversité ou au succès, dans la peine ou dans la joie, de réagir toujours à bon escient.

Soyons donc prêts à recevoir avec une même force d'âme la douleur comme le bonheur, les blessures capables de nous faire souffrir comme la réussite qui pourrait nous griser.

La Cour, qui espère ardemment que les circonstances favorables l'emporteront sur les situations fâcheuses, forme à l'intention de chacun d'entre vous des vœux sincères de santé, de félicité et de prospérité.

La cérémonie qui nous réunit est traditionnellement l'occasion d'un retour, en forme de bilan, sur l'activité de la juridiction durant l'année écoulée.

La plaquette que vous avez trouvée sur votre siège esquisse à grands traits l'action de la Cour de cassation en 2013.

Ces données statistiques ne peuvent cependant rendre compte de la richesse et de la profondeur du travail judiciaire. Car, par-delà les chiffres et leur aridité, le juge contribue à l'évolution de notre société, en même temps qu'il en reçoit les influences.

Dire le droit, veiller à l'unité d'interprétation de la règle, telle est la mission première de notre Cour. Une mission dont les modalités ont évolué et qui l'a conduite à dégager des solutions révélatrices ou annonciatrices des profondes mutations de notre temps.

Permettez-moi de revenir avec vous sur ces évolutions.

« Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions, existait, il faudrait la détruire ». Cette sentence d'Isaac-René-Guy Le Chapelier trahit, en 1790, les aspirations des révolutionnaires à une justice sans juge. « La justice, disait Robespierre, n'a pas besoin de juristes ». « Le mot de jurisprudence doit être banni de la langue française ».

On répétait alors, en écho, ces terribles formules de Montesquieu : « Les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi » ; « Des trois puissances [...], celle de juger est en quelque façon nulle ».

Aussi, le rôle du Tribunal de cassation fut-il d'abord essentiellement disciplinaire, voué, conformément au souhait de ses concepteurs, à sanctionner les « contraventions expresses au texte de la loi ».

Toute interprétation paraît suspecte. Elle le demeurera, jusque sous la plume du doyen Carbonnier, y décelant une « forme juridique de la désobéissance ».

Pourtant, il n'est guère d'énoncé qui ne doive être interprété, guère de norme qui, devant la multiplicité des sens possibles, ne puisse s'affirmer sans une entremise éclairée.

Dès 1804, Portalis relève, dans son *Discours préliminaire au projet de code civil*, que si l'office du législateur est « de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences », « c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ».

S'évadant du strict rôle de gardienne de la légalité, la jurisprudence se dépouillera peu à peu « de sa livrée de serviteur de la loi ».

Contemplateur du code civil, le juge du XIX^e siècle en célèbre encore le culte. C'est le temps de l'Exégèse, qui prétend trouver dans la lettre du code et l'intention du législateur toutes les solutions aux questions qui peuvent se présenter.

Mais cette méthode marque bientôt ses limites, au point d'être regardée comme sclérosante.

L'avènement d'un « droit de professeurs », au nom de la « science » ou de la « révolte des faits contre le code », couronne la jurisprudence comme « coutume » ou « propulseur de coutume ». D'interprète, le juge devient créateur.

Après un demi-siècle d'immobilisme, la Cour de cassation, au sein de laquelle siègent alors d'anciens députés ou sénateurs, endosse, à de nombreuses reprises, les habits du législateur pour édicter des solutions que les juridictions respecteront à l'égal de la loi : responsabilité objective, abus du droit, enrichissement sans cause, régime de la personnalité morale, principes du droit international privé.

Ces constructions prétoriennes jouiront d'une étonnante faculté de résistance : aucun des régimes spéciaux d'indemnisation qu'instituera ensuite le Parlement, n'ébranlera, par exemple, les principes généraux de responsabilité du fait des choses et d'autrui.

Si le juge est resté le serviteur de la loi parce qu'elle est la volonté du peuple souverain, la deuxième moitié du XX^e siècle verra naître la « figure inouïe d'un juge censeur » de celle-ci.

Il faut dire que les États se sont eux-mêmes liés en s'intégrant dans des ordres juridiques supérieurs : celui de l'Union européenne et celui de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La primauté de ces « droits venus d'ailleurs » offre au juge la possibilité d'écarter une législation incompatible avec les engagements internationaux de la France.

Le Constituant achèvera ce processus en 2008, en créant un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois. Alors que la Cour avait pris soin de ne point s'ériger en juge constitutionnel, la voici investie d'une mission singulière de filtrage l'instituant, presque insidieusement, en juge de premier degré, « négatif » diront certains, de la conformité de dispositions législatives à la Constitution.

Les instruments sont identiques. L'orchestre paraît semblable. Mais il ne joue plus la même partition. Changement de registre et de ton : une lente évolution aura conduit à une mutation du rapport du juge à la loi.

Le cadre traditionnel de référence du magistrat s'est modifié. Devenue multiforme, la loi est souvent querellée, parfois supplantée par un droit flexible et contingent. Et l'on se surprend à entendre, dans cette salle toute dévolue à sa glorification, qu'elle violerait les principes les plus fondamentaux.

Là où il s'agissait hier d'offrir une déclinaison aux maximes intemporelles de la loi et de leur donner sens dans la singularité d'une espèce, l'enjeu semble aujourd'hui davantage, pour le juge, de découvrir ou redécouvrir, par-delà les législations de détails, ce qui fonde en tout une cohérence, de rechercher l'équilibre entre des normes qui de plus en plus s'entrechoquent.

Autre époque, autre état d'esprit ; les institutions évoluent ; le fond du droit aussi...

Fort des héritages du passé, le XIX^e siècle a d'abord été matérialiste. La propriété et le contrat dominant. Le travail se pense en « louage d'ouvrage ». Le droit est principalement centré sur les biens.

Vinrent ensuite de nouveaux défis.

Aux prises avec les excès du machinisme industriel et dans une atmosphère enfiévrée marquée par les aspirations, parfois contradictoires, des associations ouvrières et des congrégations, le juge se trouvera, à l'aube des années 1900, confronté à la « question sociale ».

Les libertés collectives sont à l'honneur. La personne, dans ses appartenances et ses sujétions, affleure. On se querelle sur la « fonction sociale » des droits subjectifs, et l'on s'interroge sur l'autonomie de la volonté tandis que monte l'idée d'un droit du travail.

L'ère de l'atome marquera ensuite les sciences et les consciences. Le temps est à la « déconstruction ». Les regards se portent vers le sujet.

La Cour dessine, dans les dernières années du XX^e siècle, selon les mots du professeur Malaurie, « une nouvelle éthique et le visage du nouvel humanisme ». La personne est au cœur de la jurisprudence.

En moins de deux décennies, elle verra sa nature profonde et sa place dans le monde réinterrogées, alors qu'une « manière d'être, de connaître et de vivre ensemble », différente, se construit.

Ici, l'épanouissement personnel est posé comme ambition. L'individu veut se forger une identité « physique » ou « numérique ». Il revendique de pouvoir savoir ou choisir qui il est : connaître ses origines¹, définir son genre, modifier son état civil, construire sa filiation.

En ce dernier domaine, l'expertise biologique est de droit sauf motif légitime, réprendra la Cour². La rectification du sexe dans l'acte de naissance sera admise, sous condition³ ; l'adoption au sein des couples non-mariés⁴ et la gestation pour autrui⁵ en

revanche refusées, le juge ne pouvant écarter des dispositions suffisamment nettes et se substituer au législateur.

Là, l'homme moderne veut contrôler ce qu'il donne à voir et être reconnu pour ce qu'il est, soucieux autant de sa place que des traces qui peuvent le trahir⁶. Il s'inquiète de propos abusifs sur internet⁷, comme des fonctionnalités de moteurs de recherche de nature à lui nuire, par le simple jeu de rapprochements, sans même qu'intervienne une intention maligne⁸.

Ce sont la dignité, la vie privée, la réputation et l'intégrité personnelle qu'il souhaite voir protéger. La jurisprudence édifie des sanctuaires autour du nom, de l'image, de la mémoire et du corps⁹, sous certaines réserves toutefois tenant notamment à la nécessaire information du public¹⁰.

De la ville à la prison, on interroge la Cour sur les conditions de son hébergement¹¹, sur la nature de son travail¹², sur le respect de ses convictions¹³, quand il n'est pas simplement question du droit de vivre décemment¹⁴.

Porté par le progrès technique, la protection de l'être déborde même les limites de la personnalité, lorsqu'il advient à notre juridiction de se prononcer sur le sort d'un enfant sans vie¹⁵, ou de refuser telle intrusion post-mortem¹⁶.

En un temps où chacun peut à son insu être aisément géolocalisé¹⁷, épié¹⁸, écouté¹⁹, enregistré²⁰, la Cour s'attache à réfréner les excès.

Gardiennne de la liberté individuelle et protectrice du droit à la sûreté, elle veille à ce qu'il ne leur soit pas porté atteinte abusivement²¹ : le droit au silence et à l'assistance d'un avocat a été affirmé²² ; le rôle du juge dans le contrôle du bien-fondé, du déroulement ou de la durée d'une mesure de police administrative²³ ou judiciaire²⁴, rappelé.

Soucieux d'eux-mêmes, nos contemporains sont aussi attentifs aux modalités de leur rapport à l'autre.

Nos arrêts en portent témoignage, confrontés, bien avant que ne s'en saisisse la loi, aux demandes de reconnaissance d'une union entre personnes de même sexe²⁵ ou d'organisation d'une homoparentalité de fait²⁶. L'intérêt supérieur de l'enfant guide nombre de solutions²⁷. Une espérance en l'égalité entre les hommes et les femmes, comme entre salariés d'une même catégorie, se manifeste dans les pourvois²⁸ ; les discriminations, fondées sur l'âge²⁹, le handicap³⁰, l'origine ou la nationalité³¹, sont sanctionnées.

La Cour ne peut pas toujours répondre aux attentes. Elle prend acte souvent des évolutions, comme en matière de bonnes mœurs³², les devance rarement, et parfois se trouve contrainte de les modérer.

Là encore, dans la relation à autrui, un désir profond de protection se cache derrière les revendications.

Dans une « société du risque » marquée par les traumatismes du XX^e siècle ayant ébranlé les certitudes d'un positivisme triomphant, le progrès, autrefois porté aux nues, est devenu une source d'appréhension.

L'obligation de sécurité de résultat de l'employeur envers ses salariés, continûment affirmée par la Cour, y déploie tous ses effets, face aux dangers³³, aux angoisses³⁴ et aux souffrances³⁵ dont pâtiennent trop souvent les entreprises humaines.

La santé est protégée³⁶. Le patient est informé des risques encourus³⁷; le consommateur mis en garde contre ceux-ci³⁸. La victime peut obtenir l'entière réparation³⁹ d'un préjudice aux formes parfois nouvelles⁴⁰.

Responsabilité sans faute, obligation de garantie, mécanismes de solidarité et régimes spéciaux d'indemnisation imprègnent notre jurisprudence⁴¹, signes d'une société où le fait de l'homme tout à la fois nous protège et nous expose.

Alors que les techniques nous offrent d'agir sur le monde et d'entr'apercevoir les enjeux d'une telle action, l'humanité entière devient objet de préoccupation.

À de nouveaux périls, collectifs ou sériels, répond l'émergence d'un principe de précaution, modèle de comportement en situation d'incertitude scientifique dont la jurisprudence se fait l'écho⁴².

La préservation de l'environnement, condition du devenir humain, s'est érigée en souci majeur de notre temps⁴³. La problématique des pollutions et déchets est de plus en plus souvent évoquée⁴⁴; l'existence d'un préjudice écologique indemnisable désormais consacrée⁴⁵.

Notre rapport à l'espace a aussi changé.

L'homme multiplie les occasions de rencontres entre cultures avec leur lot tant de richesses que de litiges intéressant le droit international privé⁴⁶.

Chacun peut aujourd'hui saisir dans sa paume tout un univers, à l'aide d'un téléphone cellulaire connecté au web. Le réseau amplifie les conséquences possibles d'un acte, multipliant les rattachements potentiels à des systèmes juridiques différents.

Il a été jugé que les juridictions françaises sont compétentes pour connaître d'un dommage causé sur notre territoire par un site internet étranger, même passif⁴⁷.

Le vocabulaire peut être trompeur. Ainsi, l'expression « nuage de données » occulte la réalité de serveurs informatiques disséminés de par le monde. Exploitable en France, les éléments qui y sont stockés, pourront être saisis⁴⁸.

Les frontières entre vie privée et sphère publique se distordent⁴⁹.

Les structures traditionnelles de la temporalité se trouvent transformées, en un espace où tout demeure toujours actuel, toujours présent, où rien ne se perd, hormis peut-être ce qui permet d'identifier l'origine d'une information et de connaître la date de sa mise en ligne.

Paradoxalement, si le droit à l'oubli est réclamé, on invoque pourtant, devant le juge, la mémoire inaltérable de l'internet pour justifier que ce qu'il véhicule ne puisse se périmer, se prescrire en somme⁵⁰.

Le savoir lui-même, selon certains, est comme réinventé. Force est de constater que le risque d'appropriation d'œuvres protégées s'est accru⁵¹.

La preuve d'un fait ou d'un acte juridique, devenu immatériel, est repensée⁵², tandis que les procédures devant les juridictions ouvrent, à mesure de leur dématérialisation, de nouveaux horizons, gages de sécurité et d'efficacité pour une justice moderne.

La mise en place, voilà quelques semaines, de la signature électronique des arrêts de la Cour de cassation⁵³ fait entrevoir certaines des nombreuses interrogations sur

cette « minute » dématérialisée qu'il nous faudra conserver et laisser lisible au lecteur de demain dont l'œil seul et sa maîtrise de la langue ne suffiront plus, sans l'aide d'un logiciel, à lui en donner la pleine connaissance.

Une réflexion à laquelle est associé notre greffe, dont l'excellent travail est si essentiel à la bonne marche de notre Cour.

Plus qu'hier, les techniques mettent en jeu l'être même, son identité, ses relations. Les confins de la vérité, de l'authenticité, de l'espace et de la temporalité se trouvent ainsi bouleversés.

Autant de questions invitant à une approche prudente, au sens étymologique du terme, qui renvoie non à une attitude timorée ou frileuse, mais à une démarche de sagesse, indissociable de l'élaboration de la « juris-prudence ».

Celle-ci a cette chance de se construire pas à pas, à la faveur des moyens soulevés. Elle s'éprouve dans la durée, comme dans le dialogue entre juges, ainsi qu'avec les acteurs du procès et les partenaires de justice.

Devant notre Cour, l'apport des avocats aux Conseils est déterminant. Le président de l'ordre et le dauphin, que je complimente pour son élection, savent le prix que nous y attachons.

Sont, de même, essentielles les relations entre la Cour de cassation et les juridictions du fond. Dans ce processus, une forme de divergence d'interprétation doit rester possible.

Aux arrêts de la Cour, les juges de premier degré et d'appel peuvent se conformer, ajouter, mais aussi résister. Ces rébellions, qui suscitent parfois à tort la suspicion, permettent de confronter aux faits les solutions dégagées, en y joignant une saine « pesée humaine ». Elles conduisent, en moyenne une fois sur deux, notre assemblée plénière à donner raison à la juridiction de renvoi, preuve de la fécondité d'un débat qui ne s'offre pas en marché de dupes.

La force de la Cour de cassation réside alors dans ses délais de traitement, parmi les plus brefs d'Europe, qui rendent possible un tel dialogue, sans préjudicier au justiciable. Celui-ci sait qu'en cas de nouveau pourvoi, une réponse lui sera donnée, en matière civile, environ six mois après le dépôt des mémoires des parties.

La jurisprudence se fortifie ainsi de l'autorité de solutions, non pas imposées d'en haut, mais mûries et patiemment construites avec les cours et tribunaux.

Les échanges avec les juridictions de tous ordres, françaises, européennes et internationales, dont je salue les représentants, sont aussi riches d'enseignements.

La Cour entretient encore un dialogue nourri avec le législateur et le gouvernement, soit que, dans son rapport annuel, elle propose une réforme, ou que, par les motifs d'une décision, elle suggère une modification des textes.

Non moins prégnant est le rôle de la doctrine, dont les commentaires – peu le savent – sont toujours minutieusement analysés par le service de documentation, des études et du rapport, jusqu'à susciter la réunion d'une chambre mixte ou de l'assemblée plénière pour que soit prise une position plus solennelle, mieux éclairée, sur une question d'importance.

Ouvert sur le monde, le juge reste à l'écoute de la société.

D'aucuns imaginent notre Cour arc-boutée sur le passé. L'on ne peut que leur concéder un souci de stabilité, guidé par un impératif de sécurité juridique.

Mais la jurisprudence n'est pas figée. La progression du droit demeure la préoccupation majeure.

Au-delà des statistiques et de la recherche quelque peu illusoire d'une « performance », c'est donc bien l'élaboration d'un droit répondant aux exigences de notre temps, qui guide l'action de nos juridictions.

Des réflexions ont récemment été engagées sur la justice du XXI^e siècle. Beaucoup d'idées originales illustrant ce qu'il faut faire – et peut-être aussi ce qu'il ne faut pas faire – ont été avancées. Nul doute que, de ce foisonnement, naîtront de riches discussions.

Formons le vœu qu'à cette occasion, tous s'attachent à défendre et promouvoir un état d'esprit, nourri de fierté collective pour l'institution judiciaire et de confiance partagée en l'œuvre de justice.

Les membres du Conseil supérieur de la magistrature, aux côtés desquels j'ai grand plaisir à siéger, mesurent chaque jour combien nos magistrats agissent avec conscience, clairvoyance et cœur.

Les juges concourent à l'équilibre de notre société, dont ils accompagnent les mouvements. Ils n'ont pas à rougir de cet exercice. Tout en gagnant le pari de la quantité, ils ont su éviter de se perdre dans des logiques par trop comptables, pour s'attacher à la qualité des réponses données, en adéquation avec les situations, souvent délicates, parfois dramatiques, dont ils ont à connaître.

Par-delà d'éventuelles réformes, c'est grâce à la force vive de leur engagement que la justice pourra répondre aux enjeux de ce millénaire.

En cet instant particulier, leur rendre hommage me tenait à cœur.

Notes

1. Voir, par exemple, 1^{re} Civ., 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11.285, *Bull.* 2006, I, n° 195.
2. Ass. plén., 23 novembre 2007, pourvoi n° 06-10.039, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 8 ; 1^{re} Civ., 28 mars 2000, pourvoi n° 98-12.806, *Bull.* 2000, I, n° 103 ; 29 mai 2001, pourvoi n° 99-21.830, *Bull.* 2001, I, n° 152 ; 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-22.466, *Bull.* 2002, I, n° 216 ; 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16.152 ; 3 novembre 2004, pourvoi n° 02-11.699 ; 14 juin 2005, pourvoi n° 04-13.913, *Bull.* 2005, I, n° 257 ; 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-15.588, *Bull.* 2005, I, n° 476 ; 7 juin 2006, pourvoi n° 03-16.204, *Bull.* 2006, I, n° 291 ; 28 mai 2008, pourvoi n° 07-15.037, *Bull.* 2008, I, n° 157 ; 16 juin 2011, pourvoi n° 08-20.475, *Bull.* 2011, I, n° 116.
3. 1^{re} Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 10-26.947, *Bull.* 2012, I, n° 123 et pourvoi n° 11-22.490, *Bull.* 2012, I, n° 124 ; 13 février 2013, pourvoi n° 11-14.515, *Bull.* 2013, I, n° 13 et pourvoi n° 12-11.949, *Bull.* 2013, I, n° 14.
4. 1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 04-15.676, *Bull.* 2007, I, n° 70 et pourvoi n° 06-15.647, *Bull.* 2007, I, n° 71 ; 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-21.369, *Bull.* 2007, I, n° 392 ; 8 juillet 2010, QPC n° 10-10.385 ; 9 mars 2011, pourvoi n° 10-10.385, *Bull.* 2011, I, n° 52.

5. 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.927, *Bull.* 2003, I, n° 252 ; 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, *Bull.* 2008, I, n° 289 ; 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70 ; pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72 ; 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315, *Bull.* 2013, I, n° 176 et pourvoi n° 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176.
6. Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, *Bull.* 2009, V, n° 284 ; Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-84.088, *Bull. crim.* 2009, n° 13 ; 16 juin 2009, pourvoi n° 08-88.560 ; 8 avril 2010, pourvoi n° 08-87.415 et pourvoi n° 08-87.416 ; 30 novembre 2011, pourvoi n° 10-81.748, *Bull. crim.* 2011, n° 242 et pourvoi n° 10-81.749, *Bull. crim.* 2011, n° 243 ; 24 avril 2013, pourvoi n° 12-80.331, *Bull. crim.* 2013, n° 102 ; pourvoi n° 12-80.332, pourvoi n° 12-80.335, pourvoi n° 12-80.336 et pourvoi n° 12-80.346.
7. 1^{re} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-18.142, *Bull.* 2011, I, n° 159 ; Crim., 10 mai 2005, pourvoi n° 04-84.705, *Bull. crim.* 2005, n° 144 ; 16 février 2010, pourvoi n° 08-86.301, *Bull. crim.* 2010, n° 30 et pourvoi n° 09-81.064, *Bull. crim.* 2010, n° 31.
8. 1^{re} Civ., 19 février 2013, pourvoi n° 12-12.798, *Bull.* 2013, I, n° 19 ; 19 juin 2013, pourvoi n° 12-17.591, *Bull.* 2013, I, n° 130.
9. Ass. plén., 16 février 2007, pourvoi n° 06-81.785, *Bull. crim.* 2007, Ass. plén., n° 1 ; 1^{re} Civ., 20 décembre 2000, pourvoi n° 98-13.875, *Bull.* 2000, I, n° 341 ; 7 février 2006, pourvoi n° 04-10.941, *Bull.* 2006, I, n° 59 ; 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-10.557, *Bull.* 2009, I, n° 211 ; 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-15.479, *Bull.* 2010, I, n° 151 ; 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-67.456, *Bull.* 2010, I, n° 174 ; 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.822, *Bull.* 2011, I, n° 161 ; 29 février 2012, pourvoi n° 11-12.460 ; Com., 25 juin 2013, pourvoi n° 12-17.037, *Bull.* 2013, IV, n° 108.
10. 1^{re} Civ., 20 février 2001, pourvoi n° 98-23.471, *Bull.* 2001, I, n° 42 ; 7 mars 2006, pourvoi n° 05-16.059, *Bull.* 2006, I, n° 140 ; 2^e Civ., 25 novembre 2004, pourvoi n° 02-20.424, *Bull.* 2004, II, n° 504 ; 1^{re} Civ., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-35.434, *Bull.* 2013, I, n° 198 ; Crim., 11 mars 2008, pourvoi n° 06-84.712, *Bull. crim.* 2008, n° 59 ; 12 mai 2009, pourvoi n° 08-85.732, *Bull. crim.* 2009, n° 88.
11. 3^e Civ., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-12.103, *Bull.* 2008, III, n° 51 ; 4 mars 2009, pourvoi n° 07-20.578, *Bull.* 2009, III, n° 58 ; 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.205, *Bull.* 2010, III, n° 28 et pourvoi n° 08-20.176, *Bull.* 2010, III, n° 33 ; Crim., 20 janvier 2009, pourvoi n° 08-82.807, *Bull. crim.* 2009, n° 18.
12. 1^{re} Civ., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-19.111, *Bull.* 2013, I, n° 83 ; Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-41.712, *Bull.* 2009, V, n° 141 ; 20 mars 2013, QPC n° 12-40.104, *Bull.* 2013, V, n° 77 et QPC n° 12-40.105, *Bull.* 2013, V, n° 78.
13. 1^{re} Civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 02-19.831, *Bull.* 2005, I, n° 271 ; Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, *Bull.* 2013, V, n° 75 et pourvoi n° 12-11.690, *Bull.* 2013, V, n° 76.
14. 3^e Civ., 4 novembre 2009, pourvoi n° 08-17.381, *Bull.* 2009, III, n° 243 ; 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-16.088, *Bull.* 2010, III, n° 19 ; 30 juin 2011, QPC n° 11-40.017, *Bull.* 2011, III, n° 117 et QPC n° 11-40.018, *Bull.* 2011, III, n° 118 ; 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-18.073, *Bull.* 2012, III, n° 122 ; 27 février 2013, pourvoi n° 12-11.995, *Bull.* 2013, III, n° 31.
15. 1^{re} Civ., 6 février 2008, pourvoi n° 06-16.498, *Bull.* 2008, I, n° 41 ; pourvoi n° 06-16.499, *Bull.* 2008, I, n° 42 et pourvoi n° 06-16.500, *Bull.* 2008, I, n° 43.
16. 1^{re} Civ., 3 novembre 2004, pourvoi n° 02-11.699 ; 2 avril 2008, pourvoi n° 07-11.639, *Bull.* 2008, I, n° 101 ; 6 juillet 2011, QPC n° 11-10.769.
17. Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-18.036, *Bull.* 2011, V, n° 247 ; Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim.* 2011, n° 234 ; 22 octobre 2013, pourvoi n° 13-81.945, *Bull. crim.* 2013, n° 196 et pourvoi n° 13-81.949, *Bull. crim.* 2013, n° 197.
18. 1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-19.482, *Bull.* 2009, I, n° 182 ; 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476, *Bull.* 2012, I, n° 224 ; Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-41.401, *Bull.* 2005, V, n° 333 ; 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.301 ; Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753, *Bull. crim.* 2007, n° 37 ; 4 juin 2008, pourvoi n° 08-81.045, *Bull. crim.* 2008, n° 141 ; 27 mai 2009, pourvoi n° 09-82.115, *Bull. crim.* 2009, n° 108 ; 23 janvier 2013, pourvoi n° 12-85.059, *Bull. crim.* 2013, n° 29.
19. Crim., 9 juillet 2008, pourvoi n° 08-82.091, *Bull. crim.* 2008, n° 170 ; 7 janvier 2014, pourvoi n° 13-85.246, en cours de publication.

20. Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, *Bull.* 2011, Ass. plén. n° 1 ; 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-13.745, *Bull.* 2005, I, n° 213 ; 17 juin 2009, pourvoi n° 07-21.796, *Bull.* 2009, I, n° 132 ; 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.822, *Bull.* 2011, I, n° 161 et pourvoi n° 10-21.823, *Bull.* 2011, I, n° 162 ; Com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-17.147, *Bull.* 2008, IV, n° 112 ; Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, *Bull.* 2007, V, n° 85 ; Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim.* 2007, n° 27 ; 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim.* 2012, n° 27.

21. Sur notamment la garde à vue : Crim., 31 mai 2010, QPC n° 10-90.016 ; 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.458, *Bull. crim.* 2011, n° 186 ; 9 novembre 2011, pourvoi n° 05-87.745, *Bull. crim.* 2011, n° 230 ; 6 décembre 2011, pourvoi n° 11-80.326, *Bull. crim.* 2011, n° 247 ; 7 février 2012, pourvoi n° 11-83.676, *Bull. crim.* 2012, n° 37 ; 14 février 2012, pourvoi n° 11-84.694, *Bull. crim.* 2012, n° 43 ; 6 mars 2012, pourvoi n° 11-84.711, *Bull. crim.* 2012, n° 60 ; 11 avril 2012, QPC n° 11-87.333, *Bull. crim.* 2012, n° 93 ; 3 mai 2012, pourvoi n° 11-88.725, *Bull. crim.* 2012, n° 105 ; 10 mai 2012, pourvoi n° 11-87.328, *Bull. crim.* 2012, n° 116 ; 13 juin 2012, pourvoi n° 10-82.420, *Bull. crim.* 2012, n° 147 ; 11 juillet 2012, pourvoi n° 12-82.136, *Bull. crim.* 2012, n° 167 ; 19 septembre 2012, pourvoi n° 11-88.111, *Bull. crim.* 2012, n° 194.

22. Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 1 ; pourvoi n° 10-30.242, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 2 ; pourvoi n° 10-30.313, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 3 et pourvoi n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 4 ; Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.306, *Bull. crim.* 2010, n° 163 ; pourvoi n° 10-82.902, *Bull. crim.* 2010, n° 164 et pourvoi n° 10-85.051, *Bull. crim.* 2010, n° 165 ; 11 mai 2011, pourvoi n° 10-84.251, *Bull. crim.* 2011, n° 97 ; 31 mai 2011, pourvoi n° 11-80.034, *Bull. crim.* 2011, n° 113 ; pourvoi n° 10-88.293, *Bull. crim.* 2011, n° 114 ; pourvoi n° 10-88.809, *Bull. crim.* 2011, n° 115 et pourvoi n° 11-81.412, *Bull. crim.* 2011, n° 116.

23. 1^{re} Civ., 16 avril 2008, pourvoi n° 06-20.390, *Bull.* 2008, I, n° 116 ; pourvoi n° 06-20.391, *Bull.* 2008, I, n° 117 et pourvoi n° 06-20.978, *Bull.* 2008, I, n° 118 ; 25 mars 2009, pourvoi n° 08-14.125, *Bull.* 2009, I, n° 66 ; 6 juin 2012, pourvoi n° 10-25.233, *Bull.* 2012, I, n° 119 ; 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.250, pourvoi n° 11-30.371, pourvoi n° 11-30.530, *Bull.* 2012, I, n° 158 [3 arrêts].

24. Crim., 15 décembre 2010, pourvoi n° 10-83.674, *Bull. crim.* 2010, n° 207.

25. 1^{re} Civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16.627, *Bull.* 2007, I, n° 113 ; 16 novembre 2010, QPC n° 10-40.042.

26. 1^{re} Civ., 24 février 2006, pourvoi n° 04-17.090, *Bull.* 2006, I, n° 101 ; 16 avril 2008, pourvoi n° 07-11.273, *Bull.* 2008, I, n° 106 ; 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-12.623, *Bull.* 2010, I, n° 158.

27. 1^{re} Civ., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-14.386, *Bull.* 2000, I, n° 262 ; 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16.336, *Bull.* 2005, I, n° 211 et pourvoi n° 02-20.613, *Bull.* 2005, I, n° 212 ; 24 février 2006, pourvoi n° 04-17090, *Bull.* 2006, I, n° 101 ; 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-18.849, *Bull.* 2012, I, n° 212.

28. Ass. plén., 27 février 2009, pourvoi n° 08-40.059, *Bull.* 2009, Ass. plén., n° 2 ; 1^{re} Civ., 9 octobre 2013, QPC n° 13-40.053 ; 2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 04-30.586, *Bull.* 2006, II, n° 364 ; 19 février 2009, pourvoi n° 07-20.668, *Bull.* 2009, II, n° 53 ; 11 mars 2010, pourvoi n° 09-65.853, *Bull.* 2010, II, n° 57 ; 16 décembre 2010, pourvoi n° 10-11.660 ; 12 juillet 2012, pourvoi n° 10-24.661, *Bull.* 2012, II, n° 130 ; Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 06-45.262, *Bull.* 2008, V, n° 249 et pourvoi n° 07-42.107, *Bull.* 2008, V, n° 250 ; 4 février 2009, pourvoi n° 07-41.406, *Bull.* 2009, V, n° 35 ; 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-40.021, *Bull.* 2010, V, n° 158 et pourvoi n° 09-41.354, *Bull.* 2010, V, n° 157 ; 8 juin 2011, pourvoi n° 10-11.933, *Bull.* 2011, V, n° 143 ; pourvoi n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155 ; 13 mars 2013, pourvoi n° 11-20.491, *Bull.* 2013, V, n° 70.

29. Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-43.681, pourvoi n° 08-45.307, *Bull.* 2010, V, n° 105 [2 arrêts] ; 16 février 2011, pourvoi n° 09-72.061, *Bull.* 2011, V, n° 52 ; pourvoi n° 10-10.465, *Bull.* 2011, V, n° 50.

30. Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.834, *Bull.* 2011, V, n° 29.

31. Ass. plén., 16 avril 2004, pourvoi n° 02-30.157, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 8 ; 5 avril 2013, pourvoi n° 11-17.520, *Bull.* 2013, Ass. plén., n° 2 et pourvoi n° 11-18.947, *Bull.* 2013, Ass. plén., n° 3 ; 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 04-30.837, *Bull.* 2006, II, n° 238 ; 6 décembre 2006, pourvoi n° 05-12.666, *Bull.* 2006, II, n° 342 ; 19 février 2009, pourvoi n° 07-21.426, *Bull.* 2009, II, n° 61 ; 3^e Civ., 9 novembre 2011, pourvoi n° 10-30.291, *Bull.* 2011, III, n° 194 ; Soc., 10 novembre 2009,

pourvoi n° 08-42.286, *Bull.* 2009, V, n° 245 ; Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.559, *Bull. crim.* 2002, n° 131 ; 17 décembre 2002, pourvoi n° 01-85.650, *Bull. crim.* 2002, n° 227.

32. Ass. plén., 29 octobre 2004, pourvoi n° 03-11.238, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 12 ; 1^{re} Civ., 25 janvier 2005, pourvoi n° 96-19.878, *Bull.* 2005, I, n° 35 ; 4 novembre 2011, pourvoi n° 10-20.114, *Bull.* 2011, I, n° 191.

33. Ass. plén., 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7 ; 2^e Civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-18.428 ; 10 mai 2012, pourvoi n° 11-14.739, *Bull.* 2012, II, n° 81 ; Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 00-10.051, pourvoi n° 99-18.390, *Bull.* 2002, V, n° 81 [2 arrêts] ; 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.412, *Bull.* 2005, V, n° 219 ; 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46 ; 30 novembre 2010, pourvoi n° 08-70.390, *Bull.* 2010, V, n° 270.

34. Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 09-42.241, *Bull.* 2010, V, n° 106 ; 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-12.110, *Bull.* 2013, V, n° 201 ; pourvoi n° 12-20.157, *Bull.* 2013, V, n° 209 et pourvoi n° 12-20.912, *Bull.* 2013, V, n° 202.

35. 2^e Civ., 22 février 2007, pourvoi n° 05-13.771, *Bull.* 2007, II, n° 54 ; Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-43.504, pourvoi n° 06-45.579, pourvoi n° 06-45.794, *Bull.* 2008, V, n° 175 [3 arrêts] et pourvoi n° 06-46.517, *Bull.* 2008, V, n° 177 ; 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-41.497, *Bull.* 2009, V, n° 248 ; 9 décembre 2009, pourvoi n° 07-45.521, *Bull.* 2009, V, n° 280 ; 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.019, *Bull.* 2010, V, n° 30 ; 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.766, *Bull.* 2011, V, n° 30 ; 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.332, *Bull.* 2013, V, n° 24.

36. 1^{re} Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-16.179, *Bull.* 2006, I, n° 142 ; 2^e Civ., 13 juin 2013, pourvoi n° 12-22.170, *Bull.* 2013, II, n° 124 ; Soc., 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 149 ; Crim., 18 mars 2003, pourvoi n° 02-82.292, pourvoi n° 02-83.015, *Bull. crim.* 2003, n° 69 [2 arrêts] et pourvoi n° 02-83.740, *Bull. crim.* 2003, n° 72 ; 3 novembre 2004, pourvoi n° 04-81.123, *Bull. crim.* 2004, n° 268 ; 19 décembre 2006, pourvoi n° 06-80.729 ; 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.393.

37. 1^{re} Civ., 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14.564, *Bull.* 2001, I, n° 249 ; 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301, *Bull.* 2007, I, n° 380 ; 3 juin 2010, pourvoi n° 09-13.591, *Bull.* 2010, I, n° 128 ; 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.195, *Bull.* 2010, I, n° 200 ; 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.447.

38. Ass. plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15.267, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 4 ; Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 7 et pourvoi n° 06-11.673, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 8 ; 1^{re} Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.867, *Bull.* 2009, I, n° 7 ; 2^e Civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.276, *Bull.* 2008, II, n° 201 et pourvoi n° 07-16.018, *Bull.* 2008, II, n° 202 ; Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-15.517, *Bull.* 2006, IV, n° 101 ; 20 juin 2006, pourvoi n° 04-14.114, *Bull.* 2006, IV, n° 145 ; 11 décembre 2007, pourvoi n° 05-21.234 ; 17 novembre 2009, pourvoi n° 08-70.197, *Bull.* 2009, IV, n° 144 ; 22 mars 2011, pourvoi n° 10-13.727, *Bull.* 2011, IV, n° 48.

39. 1^{re} Civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-10.411, *Bull.* 2006, I, n° 214 ; 2^e Civ., 19 juin 2003, pourvoi n° 00-22.302, pourvoi n° 01-13.289, *Bull.* 2003, II, n° 203 [2 arrêts] ; 22 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.392, *Bull.* 2009, II, n° 26 ; 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-18.492 ; 24 novembre 2011, pourvoi n° 10-25.635, *Bull.* 2011, II, n° 217 ; 29 mars 2012, pourvoi n° 11-14.661 ; 25 octobre 2012, pourvoi n° 11-25.511.

40. Ass. plén., 17 novembre 2000, pourvoi n° 99-13.701, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 9 ; 13 juillet 2001, pourvoi n° 97-17.359, pourvoi n° 97-19.282, pourvoi n° 98-19.190, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 10 [3 arrêts] ; 28 novembre 2001, pourvoi n° 00-11.197, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 15 ; 28 novembre 2001, pourvoi n° 00-14.248, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 16 ; 1^{re} Civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-12.260, *Bull.* 2006, I, n° 30 ; 8 juillet 2008, pourvoi n° 07-12.159, *Bull.* 2008, I, n° 190 ; 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.473, *Bull.* 2011, I, n° 216 ; 16 janvier 2013, pourvoi n° 12-14.020, *Bull.* 2013, I, n° 5 ; 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-21.576, *Bull.* 2013, I, n° 221 ; 2^e Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-17.241, *Bull.* 2009, II, n° 226 ; 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-15.853, *Bull.* 2009, II, n° 280 ; 4 juillet 2013, pourvoi n° 12-23.915, *Bull.* 2013, II, n° 154 ; Crim., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-83.770, *Bull. crim.* 2012, n° 225.

41. Ass. plén., 6 avril 2007, pourvoi n° 05-15.950, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 5 et pourvoi n° 05-81.350, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 6 ; 29 juin 2007, pourvoi n° 06-18.141, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 7 ; 1^{re} Civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 03-20.178, *Bull.* 2006, I, n° 34 et pourvoi n° 02-16.648, *Bull.* 2006, I, n° 35 ; 22 mai 2008, pourvoi n° 05-10.593 ; pourvoi n° 05-20.317, *Bull.* 2008, I, n° 148 ; pourvoi n° 06-10.967, *Bull.* 2008, I, n° 149 ; pourvoi n° 06-14.952, *Bull.* 2008, I, n° 147 et pourvoi n° 06-18.848 ; 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.449, *Bull.* 2009, I, n° 11 ; 26 septembre 2012,

pourvoi n° 11-17.738, *Bull.* 2012, I, n° 187 ; 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.314, *Bull.* 2013, I, n° 157 ; 2^e Civ., 13 mai 2004, pourvoi n° 03-10.222, *Bull.* 2004, II, n° 232 ; 22 septembre 2005, pourvoi n° 04-14.092, *Bull.* 2005, II, n° 234 ; 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-16.967, *Bull.* 2008, II, n° 211 ; 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-16.766, *Bull.* 2009, II, n° 255 ; 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.947, *Bull.* 2010, II, n° 176 ; 16 juin 2011, pourvoi n° 10-19.491, *Bull.* 2011, II, n° 132.

42. 3^e Civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 08-19.108, *Bull.* 2010, III, n° 53 ; 18 mai 2011, pourvoi n° 10-17.645, *Bull.* 2011, III, n° 80 ; Crim., 28 avril 2004, pourvoi n° 03-83.783 ; 27 mars 2008, pourvoi n° 07-83.009.

43. 3^e Civ., 26 septembre 2007, pourvoi n° 04-20.636, *Bull.* 2007, III, n° 155 ; 9 juin 2010, pourvoi n° 09-11.738, *Bull.* 2010, III, n° 118 ; 27 janvier 2011, QPC n° 10-40.056, *Bull.* 2011, III, n° 17 ; 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15.500, *Bull.* 2011, III, n° 101.

44. 3^e Civ., 2 avril 2008, pourvoi n° 07-12.155, *Bull.* 2008, III, n° 63 ; 9 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.050, *Bull.* 2009, III, n° 186 ; 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-16.563, *Bull.* 2009, III, n° 268 ; 19 mai 2010, pourvoi n° 09-15.255, *Bull.* 2010, III, n° 101 ; 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-70.538, *Bull.* 2010, III, n° 223 ; 29 février 2012, pourvoi n° 11-10.318, *Bull.* 2012, III, n° 37 ; 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-10.478, *Bull.* 2012, III, n° 108 ; 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.101, *Bull.* 2013, III, n° 4.

45. 3^e Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 04-12.315, *Bull.* 2008, III, n° 206 ; Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198.

46. 1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 01-11.549, *Bull.* 2004, I, n° 47 et pourvoi n° 02-11.618, *Bull.* 2004, I, n° 48 ; 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20.279, *Bull.* 2008, I, n° 198 ; 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.034, *Bull.* 2009, I, n° 17 ; 25 février 2009, pourvoi n° 08-11.033, *Bull.* 2009, I, n° 41 ; 4 juin 2009, pourvoi n° 08-13.541, *Bull.* 2009, I, n° 116 et pourvoi n° 08-10.962, *Bull.* 2009, I, n° 115 ; 14 avril 2010, pourvoi n° 08-21.312, *Bull.* 2010, I, n° 95 ; 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162 ; 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-10.439 ; 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70 ; pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72 ; 26 octobre 2011, pourvoi n° 09-71.369, *Bull.* 2011, I, n° 182 ; 23 mai 2012, pourvoi n° 11-17.716, *Bull.* 2012, I, n° 114 ; 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30.261, *Bull.* 2012, I, n° 125 et pourvoi n° 11-30.262, *Bull.* 2012, I, n° 126 ; 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.344, *Bull.* 2013, I, n° 204 et pourvoi n° 12-25.802, *Bull.* 2013, I, n° 205 ; 28 novembre 2012, pourvoi n° 12-30.090, *Bull.* 2012, I, n° 245 et pourvoi n° 11-28.645, *Bull.* 2012, I, n° 244 ; 15 mai 2013, pourvoi n° 11-12.569, *Bull.* 2013, I, n° 93 ; 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176 ; 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.161, *Bull.* 2013, I, n° 235.

47. 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.225, *Bull.* 2003, I, n° 245 ; 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-15.165, *Bull.* 2012, I, n° 162 ; Com., 11 janvier 2005, pourvoi n° 02-18.381, *Bull.* 2005, IV, n° 8 ; 9 mars 2010, pourvoi n° 08-16.752, *Bull.* 2010, IV, n° 46 ; 13 juillet 2010, pourvoi n° 06-20.230, *Bull.* 2010, IV, n° 124 ; 23 novembre 2010, pourvoi n° 07-19.543 ; 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-80.088 ; 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.508, *Bull.* 2012, IV, n° 89.

48. Com., 26 février 2013, pourvoi n° 12-14.772, *Bull.* 2013, IV, n° 32 ; 3 avril 2013, pourvoi n° 12-14.770.

49. Voir, par exemple, 1^{re} Civ., 10 avril 2013, pourvoi n° 11-19.530, *Bull.* 2013, I, n° 70.

50. 1^{re} Civ., 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-11.971, *Bull.* 2005, I, n° 296 ; 2^e Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-20.664, *Bull.* 2012, II, n° 78 ; Crim., 30 janvier 2001, pourvoi n° 00-83.004, *Bull. crim.* 2001, n° 28 ; 16 octobre 2001, pourvoi n° 00-85.728, *Bull. crim.* 2001, n° 210 ; 27 novembre 2001, pourvoi n° 01-80.134, *Bull. crim.* 2001, n° 246 ; 17 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.451, *Bull. crim.* 2006, n° 21 ; 6 janvier 2009, pourvoi n° 05-83.491, *Bull. crim.* 2009, n° 4.

51. 1^{re} Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 09-67.896, *Bull.* 2011, I, n° 30 ; 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.666, *Bull.* 2012, I, n° 166 ; pourvoi n° 11-13.669, *Bull.* 2012, I, n° 167 ; pourvoi n° 11-15.165, *Bull.* 2012, I, n° 162 ; pourvoi n° 11-20.358, *Bull.* 2012, I, n° 168.

52. 1^{re} Civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 06-17.534, *Bull.* 2008, I, n° 73 ; Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 11-25.884, *Bull.* 2013, V, n° 207 ; Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-84.285.

53. Ass. plén., 20 décembre 2013, pourvoi n° 12-24.706, *Bull.* 2013, Ass. plén., n° 6.

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le jeudi 9 janvier 2014, par :

**Monsieur Jean-Claude Marin,
procureur général près la Cour de cassation**

Nous voici au temps des rentrées, celui des agendas nouveaux que le fil des jours, des semaines et des mois va se charger de noircir de mille et une occupations, graves ou plus légères, comme autant de témoins têtus de l'horloge qui scande nos vies.

Mais avant que le tourbillon des activités multiples ne nous emporte, le temps des rentrées, solennelle en l'espèce pour notre Cour suprême, est aussi celui où les heures semblent s'arrêter un instant, cet instant rare qui autorise les bilans et les projets d'avenir.

Notre année qui s'ouvre sera aussi celle des départs.

Le vôtre, Monsieur le Premier Président, au terme de sept années de première présidence du siège de cette cour.

Sept ans, le temps de la réflexion pour Billy Wilder, l'âge des petits poètes pour Arthur Rimbaud, le temps d'une guerre au XVIII^e siècle, 7 ans, c'est, chez les hommes, cet âge sensible porteur de profonds bouleversements.

2014, sera une année de mémoire, nous le savons.

Ce sera donc aussi l'année de grands changements dans les juridictions de l'ordre judiciaire, au sein de cette Cour tout d'abord mais également dans les grandes juridictions de l'Hexagone qui verront bon nombre de leurs chefs quitter leurs fonctions.

Mais il n'est pas temps d'en parler déjà.

C'est donc à cet instant si particulier pour notre Cour, que, devant vous, Monsieur le Premier ministre, devant vous, Madame la Garde des sceaux, et face à une si belle et grande assemblée, il me revient l'honneur de parler d'un beau et noble sujet : le ministère public français.

Mais j'aimerais, brièvement, commencer par parler d'un ministère public bien particulier puisque c'est un ministère public qui, en fait, n'en n'est pas un.

Il s'agit, vous l'avez compris, du parquet général de la Cour de cassation, dont le statut et la mission sont des plus mal connus, et pas seulement des étudiants en droit, mais de cela je vous en ai, lors d'audiences solennelles passées, déjà entretenu.

En fait, ce n'est pas un parquet général, étranger qu'il est à toute forme de missions intéressant l'action publique, et cette appellation impropre lui a valu bien des déboires, chassé qu'il fut des conférences et autres délibérés parce que l'avocat général fut vu non comme ce magistrat dont le regard croisé avec celui du rapporteur éclaire la Cour, l'informe des attentes et des questionnements de la société civile et l'interroge

sur la pertinence de ses jurisprudences, en proposant des voies de résolution de ce perpétuel dilemme qui hante les cours suprêmes écartelées entre stabilité et modernité, mais comme une partie, un adversaire, un accusateur.

Bien évidemment, la différence entre le nombre de magistrats du siège et celui des avocats généraux interdit à ces derniers de conclure dans toutes les affaires, à l'exception notable de la chambre criminelle.

En matière civile, commerciale et sociale, leurs travaux intéressent principalement les affaires les plus complexes mais leur attention doit se porter également sur les pourvois traités en formation restreinte ou de non-admission, dont ils peuvent se trouver écartés, le nombre important de dossiers examinés à ces audiences ne permettant pas toujours aux avocats généraux, dans un temps restreint, de prendre des observations utiles, dans des affaires dont l'orientation vers une formation plus complète pourrait pourtant paraître judicieuse.

Le travail de ces avocats généraux est capital et considérable et ceux qui en dévaluent, ici ou ailleurs, la qualité et l'importance n'ont pas, sans doute, une bonne connaissance de la nature de leurs travaux.

En effet, imaginer que les membres du parquet général, qui composent la chambre, puissent accomplir le même travail que les conseillers rapporteurs n'a aucune pertinence à raison et des effectifs et surtout, du sens de leur mission fondamentale.

À cet instant précis, je ne peux que louer la voie choisie par le Conseil d'État, Monsieur le Vice-président, qui prenant acte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a su adapter la posture des commissaires du gouvernement, opportunément rebaptisés rapporteurs publics, la 5^e section de la Cour européenne des droits de l'homme constatant, dans son arrêt *Marc-Antoine contre France* en date du 4 juin 2013, je cite :

« La Cour peut donc admettre que les conclusions du rapporteur public, en ce qu'elles intègrent l'analyse du conseiller rapporteur, sont de nature à permettre aux parties de percevoir les éléments décisifs du dossier et la lecture qu'en fait la juridiction, leur offrant ainsi l'opportunité d'y répondre avant que les juges n'aient statué. La Cour est donc d'avis que cette particularité procédurale, qui permet aux justiciables de saisir la réflexion de la juridiction pendant qu'elle s'élabore et de faire connaître leurs dernières observations avant que la décision ne soit prise, ne porte pas atteinte au caractère équitable du procès. Au surplus, la Cour note que le requérant ne démontre pas en quoi le rapporteur public serait susceptible d'être qualifié d'adversaire ou de partie dans la procédure, condition préalable pour être à même d'alléguer une rupture de l'égalité des armes. »

Certains invoquent la référence faite par la Cour européenne au statut du rapporteur public pour expliquer une appréciation qui pourrait être différente de son rôle par rapport à celui de l'avocat général à la Cour de cassation, en mettant en avant le fait que le rapporteur public est membre du Conseil d'État et désigné de façon temporaire pour exercer cette fonction.

Mais les membres du parquet général sont aussi, aux termes exprès de la loi, membres de la Cour de cassation, et d'ailleurs, en tant que de besoin, un conseiller à la Cour peut être désigné conjointement par le premier président et le procureur général, pour

remplir les fonctions d'avocat général aux termes des dispositions de l'article L. 432-4 du code de l'organisation judiciaire, dispositions qui démontrent que la notion de partie est impropre à qualifier le rôle du parquet général de la Cour.

L'arrivée au parquet général de nombreux anciens conseillers référendaires, accentuée, s'il en était encore besoin, l'homogénéité des différentes composantes de la Cour.

Il me semble qu'il existe bien d'autres raisons pour réfléchir au renforcement du rôle de l'avocat général au plus grand bénéfice de la Cour de cassation.

Je souhaite que 2014 soit l'occasion, avec tous les acteurs de la procédure, d'une réflexion sur ce sujet et je fais mienne cette formule de Péguy :

« En temps ordinaire, les idées simples rôdent comme des fantômes de rêve. Quand une idée simple prend corps, il y a une révolution. »¹

Madame la Garde des sceaux,

Vous avez, par lettre de mission en date du 2 juillet 2013, chargé mon prédécesseur, le procureur général honoraire Jean-Louis Nadal, de présider une commission de réflexion, je cite, « sur les missions et les méthodes d'action du parquet au sein de l'institution judiciaire et dans la cité » car vous posiez le constat qu'une « modernisation de l'action publique s'impose ».

Entendu le 13 septembre 2013 par cette commission, j'avais indiqué qu'à mon sens, le terme de modernisation me paraissait impropre à qualifier l'état actuel de notre ministère public qui a su, au fil des dernières années, faire face, avec imagination et pragmatisme, aux nouvelles formes de la délinquance, aux multiples réformes de droit matériel et de procédure ainsi qu'aux missions diverses et sans cesse plus nombreuses qu'il s'est vu confier.

Répondant à la fois aux attentes de nos concitoyens, et notamment des victimes d'infractions, d'une justice plus rapide et d'une réponse judiciaire plus ample mais aussi prenant en compte les capacités limitées des formes classiques de réponses apportées par l'institution judiciaire, les magistrats du ministère public ont su inventer des stratégies nouvelles tels le traitement direct des procédures ou les alternatives aux poursuites que le législateur est venu ensuite non seulement consacrer mais aussi amplifier faisant de ces magistrats de véritables aiguilleurs de la justice pénale, garants de la qualité du travail des juges.

Qui mieux que les parquetiers ont su répondre à l'exhortation de Maurice Aydalot, alors procureur général près cette Cour, avant d'en devenir le premier président, invitant les magistrats « à sortir de leur tour d'ivoire ».

La visibilité de l'institution judiciaire dans la cité repose presque exclusivement sur les magistrats des parquets présents dans bon nombre de dispositifs partenariaux au cœur de nombreuses politiques publiques, les projetant au contact des acteurs publics, des élus locaux ou du monde associatif.

1. C. Péguy, *Pensées*, Gallimard, 1934, p. 53.

Cette lisibilité de l'action judiciaire, source essentielle de la confiance que doit faire naître notre institution dans le pays, ces magistrats l'assument aussi dans la communication aux médias dont ils ont su maîtriser la technique.

Par-delà son rôle essentiel dans les procédures répressives, notre ministère public est aussi le porte-parole de l'intérêt général, soit comme partie principale, soit comme partie jointe devant les juridictions civiles, du travail ou commerciales, notamment lors du traitement judiciaire des difficultés des entreprises.

Peu d'institutions ont su s'adapter avec autant de dynamisme et de réactivité aux modifications fondamentales de leur environnement.

Ce constat de modernité a été partagé par la commission dont le rapport contenant soixante-sept propositions vise à refonder et non plus à moderniser le ministère public.

Oui, refonder car ce ministère public s'interroge.

Écartelé entre, d'un côté, la conscience de son rôle essentiel attesté par les missions de plus en plus nombreuses qui lui sont confiées, dans et hors le champ pénal, comme en atteste notamment le projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, et d'un autre côté, l'impossible éradication du soupçon qui pèse sur lui de n'être pas un vrai magistrat.

Des lectures maximalistes de dispositions conventionnelles ou d'arrêts des cours européennes, des décisions judiciaires inattendues, des conditions de travail difficiles pour les jeunes parquetiers qui, dans les grandes juridictions, ont davantage l'impression d'avoir intégré un « *call center* » qu'un ministère public, des interlocuteurs parfois de moins en moins formés aux normes procédurales, tout cela crée un sentiment aigu de dévalorisation de la fonction.

Nous sommes à un point critique du fonctionnement de notre institution.

Notre société peut-elle longtemps admettre la contradiction fondamentale entre la noblesse de la mission et la précarité des conditions d'exercice de cette mission ?

Il faut, tout d'abord, sortir de l'ambiguïté majeure entre lien avec le pouvoir exécutif caractérisé par votre tutelle, Madame la Garde des sceaux, et exercice visiblement impartial de l'action publique.

L'appartenance à la magistrature des membres du ministère public est une particularité française, partagée avec quelques autres États, qui garantit une posture, une éthique et une déontologie commune avec les magistrats du siège, c'est-à-dire avec les juges au sens strict du terme.

Ce sont ces valeurs que vous avez souhaité consacrer par la loi du 25 juillet 2013 en inscrivant dans l'article 31 du code de procédure pénale le principe d'impartialité dans la conduite de l'action publique.

Cette appartenance à un corps unique ne doit pas pour autant tendre à brouiller les conséquences de l'exercice, à un temps donné de la carrière, de fonctions différentes dans l'œuvre de Justice qui engendrent de nécessaires dispositions statutaires adaptées aux rôles confiés aux uns et aux autres.

À cet égard, le parquet dit «à la française» n'entend pas confondre son rôle avec la mission d'un juge au sens de l'article 5 de la Convention dont le considérant 123 de l'arrêt *Medvedyev*² définit le sens et la portée.

Mais pourrait-on avancer, paraphrasant Pascal, que la même femme, le même homme est, selon l'étape de sa carrière, un vrai magistrat d'un côté de la salle d'audience, un pâle ersatz de l'autre ?

Je sais, Madame la Ministre, vos efforts pour clarifier la situation, manifestés, sur ce point précis, par un projet de réforme constitutionnelle du Conseil supérieur de la magistrature, qui, nous le savons, n'a, pour l'instant pas abouti, puis, par une circulaire, consacrée par la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, abrogeant la faculté donnée au ministre de la justice d'intervenir, par voie d'instruction, dans les procédures pénales particulières.

Cette volonté de mettre un terme aux soupçons d'immixtion illégitime du pouvoir exécutif dans l'action publique, soupçons injustifiés d'ailleurs, est évidemment des plus louables.

Mais, tout cela est-il de nature à mettre un terme à la suspicion d'intervention de l'exécutif dans les affaires pénales particulières ?

Cette suspicion a un double fondement : le pouvoir de décider de l'opportunité des poursuites confiées au ministère public d'une part, et ce en conformité avec la recommandation du Conseil de l'Europe, et, d'autre part, le rattachement du ministère public au ministre de la justice, garde des sceaux, c'est-à-dire à un membre du gouvernement.

Ce rattachement crée une confusion que ne parviendra pas à réduire la bonne volonté politique de tel ou tel titulaire du portefeuille de la Justice.

Témoin cette définition du ministère public trouvée sur un site, dont j'aurais la faiblesse de taire le nom mais qui se veut, je cite «fournisseur d'accès au droit» :

Le ministère public y est donc présenté, je cite encore, «[...] partie d'une juridiction qui y joue un rôle à part, invitant le juge du siège, celui qui prend la décision, à orienter celle-ci d'une certaine manière, en fonction du souhait du gouvernement» fin de citation !

Les soupçons que l'on cherche à dissiper naissent bien plus sûrement de l'existence même du lien entre le ministre et les parquets, lien souvent décrit comme un levier politique sur l'action publique, et, ce, de manière occulte et en dehors de tout cadre procédural tendant à organiser la transparence de ce lien.

Plus d'instruction écrite mais les autres, les instructions orales, les instructions non dites, les espoirs de carrière valant instructions inutiles, tout cela demeure dans l'inconscient collectif et l'analyse médiatique.

Bien sûr, je n'omettrai pas de saluer l'engagement pris par vous et la volonté de constitutionnaliser cet engagement, de ne pas passer outre aux avis défavorables, en l'état légalement non contraignants, de la formation du Conseil supérieur de la magistrature

2. CEDH, gde chbre, arrêt du 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03.

compétente à l'égard des magistrats du parquet, engagement majeur, puisqu'il concerne l'intégralité des postes du parquet depuis la réforme constitutionnelle de juillet 2008, engagement qu'avait déjà pris votre prédécesseur mais que vous avez consolidé par votre décision du 31 juillet 2012, de publier l'ensemble des candidatures aux postes les plus élevés de la hiérarchie du ministère public, bannissant, par là même, la notion porteuse de bien des soupçons, de « postes non transparents » (*sic*).

Mais l'enfer judiciaire est, lui aussi, pavé de bonnes intentions.

Être au sommet de l'organigramme de l'institution en charge de l'action publique et conserver le pouvoir de proposition aux emplois de l'ensemble de la hiérarchie du parquet, n'est-ce pas, bien sûr involontairement, continuer à nourrir l'impression de vouloir un parquet, en quelque sorte, à sa main ?

Il me semble que l'équation impossible est la suivante :

– N'est-il pas paradoxal de souhaiter une indépendance de l'action publique et de ne pas se dessaisir du pouvoir de proposition des nominations des magistrats du parquet, au moins pour les fonctions de responsabilité les plus élevées ? Ce souci de conserver un pouvoir de proposition est encore plus paradoxal lorsqu'il s'applique au parquet général de la Cour de cassation qui, nous l'avons vu, n'est pas un ministère public *stricto sensu* comme n'ayant aucune compétence en matière d'action publique ;

– Ce n'est pas l'abrogation du pouvoir de donner des instructions écrites, celles qui permettraient seulement de poursuivre, c'est-à-dire de saisir un juge, instructions versées au dossier et débattues contradictoirement, en audience publique, dans les affaires particulières qui mettra un terme aux accusations de soumission à l'exécutif dès lors que ce ne sont pas ces instructions-là qui nourrissent ce soupçon ;

– Est-il cohérent de conserver à la fois son pouvoir hiérarchique sur le ministère public par la capacité de donner des instructions générales, ce qui est, bien évidemment légitime, et, dans le même temps, de s'interdire de contraindre un ministère public, peu diligent, à traiter un dossier particulier en saisissant un magistrat du siège ou en arbitrant un conflit entre deux ou plusieurs parquets généraux paralysant un fonctionnement cohérent et normal de la Justice ?

Libérer le pouvoir exécutif du choix des grands décideurs du ministère public comme il l'a fait il y a vingt ans pour les magistrats du siège ne serait-ce pas là, finalement la concrétisation de ce que vous souhaitez, de ce que nous souhaitons tous.

Car l'état actuel des choses à un effet négatif induit : la chancellerie, et notamment la direction des affaires criminelles et des grâces, par la perte de la possibilité de donner des instructions dans des affaires particulières, ne peut plus jouer son rôle de fédérateur de l'action publique en mettant, éventuellement, un terme à des conflits de clochers judiciaires nuisant à la bonne marche de la Justice.

Dans son rapport sur la refondation du ministère public, la commission que je me permettrais d'appeler Nadal et dont il faut saluer la qualité des travaux, propose astucieusement une procédure de règlement de ces conflits sur le modèle de la procédure de règlement de juges que nous connaissons.

C'est une piste intéressante mais qui laisse intacte la question de l'absence de boussole unique et reconnue alors que de toutes parts reviennent les échos d'un questionnement,

sur ce sujet entre autres, des trente-six procureurs généraux près les cours d'appel dont la conférence, association créée de fait, ne peut être institutionnellement le référent unique et cohérent en matière d'action publique.

Par ailleurs, les interrogations des procureurs de la République qui semblent, pour certains, remettre en cause la légitimité d'instructions des procureurs généraux dans la conduite de l'action publique au premier degré ne peuvent qu'interpeller.

À cet instant précis, je me retourne vers vous, cher Jean-Louis Nadal.

Lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 7 janvier 2011, vous aviez déjà posé ce constat :

« [...] Je crois 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 [...] ».

« Au final, poursuiviez-vous, 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 déconnecté du pouvoir exécutif ? Cette évolution, vous le devinez, est celle qui a ma préférence ».

La réponse à la question de la faisabilité d'une structure autonome du ministère public français n'ayant pas de lien hiérarchique avec le pouvoir exécutif est d'autant plus d'actualité que, comme je le rappelais l'an passé, notre pays est l'un des moteurs les plus actifs de la création indispensable d'un parquet européen. Il est pleinement acquis que cette nouvelle institution européenne devra être sans lien avec l'exécutif communautaire et ses agences et qu'en l'état de nos institutions, il pourrait s'appuyer sur des correspondants nationaux dont l'autorité organique suprême resterait paradoxalement l'exécutif national.

Plusieurs propositions ont été avancées, procureur général de la Nation, collègue d'action publique etc., ce n'est ni le lieu ni le moment d'en discourir mais ce chantier mérite d'être ouvert et le parquet général de la Cour de cassation est prêt, en tant que de besoin, à participer à toute réflexion utile sur ce sujet.

Par-delà les questions statutaires, il faut, je le répète, mener une réflexion de fond sur les missions du parquet, thème qui sera sans doute abordé lors du colloque organisé les 10 et 11 janvier, c'est-à-dire demain et après-demain.

En effet, il convient de restaurer chaque magistrat du ministère public dans sa pleine fonction de décideur judiciaire.

Alors que d'autres acteurs de la chaîne pénale ont su recentrer leur activité aux différents niveaux de responsabilité de leurs cadres et agents, il faut aujourd'hui repenser l'organisation des parquets de manière à ce que, au terme de longues années d'études et à l'issue d'un concours difficile, les magistrats du ministère public ne soient plus ces femmes et ces hommes-orchestre à la fois aiguilleurs, standardistes, médiateurs, pédagogues, éducateurs, archivistes, etc.

Mais, et vous le savez, les magistrats du ministère public français sont fiers de leur mission et de leur responsabilité et c'est à raison de cette fierté et de leur engagement

au service de l'intérêt général qu'ils souhaitent, non pour eux mais pour le bien de la justice, disposer d'un environnement à la hauteur du rôle capital qui leur est confié.

Est-il incongru à cet instant de se souvenir, en matière d'organisation judiciaire et de procédure pénale, de Merlin de Douai, qui fut procureur général près le Tribunal de cassation puis près la Cour de cassation, mais aussi conseiller d'État à vie, qui déclarait, le 30 mai 1792 devant l'assemblée :

« Comptable à la patrie de toutes les vues qui peuvent être utiles, je crois devoir adresser à l'Assemblée nationale la rédaction de ce projet. Je le soumets à ses lumières et à son zèle pour la chose publique ; et je m'estimerai heureux si, en me trompant, je puis, par mes erreurs, mettre les bons esprits sur la voie d'un meilleur plan. »

Quel plaisir de pouvoir, à cet instant précis, adresser de sincères et chaleureux vœux de bonne année à ceux qui, aujourd'hui nous ont fait l'honneur de consacrer tout ce temps pour nous écouter et, je l'espère, nous entendre.

Je requiers qu'il plaise à la Cour constater qu'il a été satisfait aux prescriptions du code de l'organisation judiciaire, me donner acte de ces réquisitions et dire que du tout il sera dressé procès-verbal pour être versé au rang des minutes du greffe.



LIVRE 2

**SUGGESTIONS
DE MODIFICATIONS
LÉGISLATIVES OU
RÉGLEMENTAIRES**

Reproduction autorisée avec indication de la source
Utilisation commerciale interdite

I. PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE CIVILE

Le comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que de la directrice des affaires civiles et du sceau, s'est réuni le 27 janvier 2014 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* et, d'autre part, d'évoquer les propositions nouvelles de la Cour de cassation.

A. Suivi des suggestions de réforme

Actes à l'étranger

Rétablissement dans la loi de l'exigence de légalisation des actes de l'état civil étranger

Les *Rapports* 2009, 2010, 2011 et 2012¹ ont proposé d'affirmer, en droit positif, le principe d'obligation de légalisation des actes de l'état civil étranger, qui relevait, depuis l'abrogation de l'ordonnance royale d'août 1681 par une ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit, de la coutume internationale. L'objectif étant, ainsi, d'assurer la stabilité et la sécurité juridiques que requiert un principe comme la légalisation des actes de l'état civil étranger.

Si la direction des affaires civiles et du sceau reconnaît l'intérêt de cette suggestion, elle s'interroge sur l'opportunité d'inscrire aujourd'hui dans la loi un principe qui a vocation à être remplacé par l'apostille. En effet, la France, ayant ratifié la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de légalisation des actes publics étrangers, s'est donc engagée également à promouvoir l'apostille, forme simplifiée de légalisation. Par ailleurs, il convient de prendre en compte les discussions en cours au sein de l'Union européenne sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

Actions possessoires

Les *Rapports* 2009, 2010, 2011 et 2012² relevaient que les propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens incluaient notamment la

1. *Rapport* 2009, p. 20; *Rapport* 2010, p. 18; *Rapport* 2011, p. 20; *Rapport* 2012, p. 41.

2. *Rapport* 2009, p. 17; *Rapport* 2010, p. 13; *Rapport* 2011, p. 13; *Rapport* 2012, p. 36.

suppression des actions possessoires et, corrélativement, du principe du non-cumul du pétitoire et du possessoire.

Cette proposition avait fait l'objet d'un amendement au projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement des procédures juridictionnelles du 3 mars 2010 déposé par le gouvernement, que le Sénat a repoussé.

La direction des affaires civiles et du sceau y est favorable. Une disposition en ce sens est prévue à l'article 4 du projet de loi n° 175 relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, projet adopté en 1^{re} lecture au Sénat le 23 janvier 2014.

Bail rural

Modification de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime

Lors de l'examen, le 12 décembre 2012, d'une question prioritaire de constitutionnalité portant prohibition des pas-de-porte en matière de bail rural (3^e Civ., 12 décembre 2012, QPC n° 12-40.075, *Bull.* 2012, III, n° 186), la Cour a fait ce constat que devrait être modifiée sinon supprimée la disposition de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime prévoyant que les sommes sujettes à répétition comme versées illicitement « sont majorées d'un intérêt calculé à compter de leur versement et égal au taux pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme » (al. 2, *in fine*).

En outre, dans sa décision n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013 [Époux L. Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole], le Conseil constitutionnel a déclaré les mots « et égal au taux pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme » figurant à la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime contraires à la Constitution. La déclaration d'inconstitutionnalité a pris effet le 1^{er} janvier 2014, dans les conditions prévues au considérant 9.

La disposition en cause, issue de la loi n° 67-560 du 12 juillet 1967 tendant à compléter le statut du fermage en ce qui concerne les améliorations pouvant être apportées par les preneurs, est apparue à la Cour de cassation :

- datée (le Crédit agricole n'est plus la seule banque des agriculteurs) ;
- d'application difficile (les taux pratiqués par chaque caisse régionale, si tant est qu'ils diffèrent, étant inconnus) ;
- porteuse d'une certaine rupture d'égalité entre les débiteurs à la restitution.

Elle a en conséquence, dans son *Rapport* 2012³, suggéré sa modification.

La direction des affaires civiles et du sceau y est favorable. Le projet de loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt a fait l'objet d'un amendement au Sénat qui correspond à la demande de la Cour de cassation. Le texte soumis au Sénat comporte ainsi un article 4 *ter* tenant compte de la censure constitutionnelle :

3. *Rapport* 2012, p. 53.

« Article 4 *ter* (nouveau) :

I. – La seconde phrase du deuxième alinéa de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime est complétée par les mots : "et égal au taux de l'intérêt légal mentionné à l'article L. 313-2 du code monétaire et financier majoré de trois points".

II. – Le I s'applique aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la présente loi. »

Baux d'habitation

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

Les *Rapports* 2009, 2010, 2011 et 2012 ⁴[R1] ont proposé d'ajouter, à la suite du dernier alinéa de l'article 17, c, les dispositions suivantes :

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

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

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

La direction des affaires civiles et du sceau précise que le projet de loi pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové voté en seconde lecture insère un article 17-2 à la loi du 6 juillet 1989 qui encadre, dans un sens favorable à la protection de tous les locataires, la fixation du loyer à l'échéance du bail : dans les zones où l'encadrement des loyers s'applique, l'action en réévaluation n'est ouverte que si le loyer est inférieur au loyer de référence minoré et dans la limite de cette norme. Une action en diminution de loyer est même possible si le montant dépasse le loyer de référence majoré ; dans les zones non concernées par cette réglementation, à défaut d'accord exprès sur la réévaluation de loyer « manifestement sous-évalué », le juge statue *in fine* au vu de « loyers de référence » du voisinage ; en l'absence de saisine du juge l'ancien loyer s'applique au bail renouvelé (ancien article 17, c).

4. *Rapport* 2009, p. 12 ; *Rapport* 2010, p. 11 ; *Rapport* 2011, p. 11 ; *Rapport* 2012, p. 35. [R1]prendre garde sur épreuves au décalage de page des notes par rapport aux appels, comme c'est le cas ici

Ce nouveau dispositif protecteur s'appliquera à l'ensemble des locataires, sans distinction d'âge.

Droit de la construction

Abrogation de l'article 1792-4 du code civil

La suggestion, plusieurs fois formulée⁵, d'abroger, en raison de son imprécision et de son faible intérêt, l'article 1792-4 du code civil qui définit les éléments d'équipement entraînant la responsabilité solidaire (habituellement appelés EPERS), n'a toujours pas été suivie d'effet.

La direction des affaires civiles et du sceau n'est pas favorable à cette proposition. En effet, à l'issue d'une réunion qu'elle a organisée, à laquelle ont été conviés les représentants des ministères de l'égalité des territoires et du logement, de l'économie et des finances, du notariat, des constructeurs et des fabricants d'EPERS, des bureaux de contrôle, des maîtres d'ouvrage, des associations de défense des consommateurs et un universitaire, il est apparu qu'aucun consensus ne s'était dégagé en faveur de l'abrogation de l'article 1792-4 du code civil. La jurisprudence rendue en application de cet article semble cohérente aux professionnels du secteur et protectrice des intérêts des maîtres d'ouvrage.

Copropriété

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

Les *Rapports* 2009, 2010, 2011 et 2012⁶ ont proposé d'aligner l'article 50 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 pris pour l'application de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis sur les autres textes relatifs au droit de la copropriété prévoyant une saisine du juge en la forme des référés. Il a ainsi été proposé de rédiger l'article 50 comme suit : « [...] le président du tribunal de grande instance, statuant comme en matière de référé [...] ».

La direction des affaires civiles et du sceau n'est pas favorable à cette modification. Elle rappelle que la commission relative à la copropriété avait émis un avis défavorable. Elle ajoute que cette proposition pose la question du choix entre une procédure de fond et une procédure de référé en ce qui concerne la saisine de l'autorité judiciaire aux fins de convocation de l'assemblée générale des copropriétaires. La procédure instituée à l'article 50 du décret n'a pas d'autre objet que de permettre aux copropriétaires d'obtenir, à bref délai, par voie judiciaire, une convocation de l'assemblée générale : le juge n'a pas à examiner la pertinence ou le bien-fondé des questions inscrites à l'ordre du jour de cette assemblée. Prévoir une saisine au fond changerait l'objet et la portée

5. *Rapport* 2007, p. 17 ; *Rapport* 2008, p. 12 ; *Rapport* 2009, p. 12 ; *Rapport* 2010, p. 11 ; *Rapport* 2011, p. 11 ; *Rapport* 2012, p. 34.

6. *Rapport* 2009, p. 16 ; *Rapport* 2010, p. 12 ; *Rapport* 2011, p. 12 ; *Rapport* 2012, p. 36.

de la procédure actuelle car, en statuant au fond, le juge aurait la possibilité de ne pas autoriser la convocation d'une assemblée générale en considération de contestations sur le contenu même des questions qui y seraient débattues, alors que ces dernières relèvent de l'initiative pleine et entière des copropriétaires et de leur syndic. Le juge pourrait en outre renvoyer l'affaire devant la formation collégiale, ce qui pourrait avoir un impact défavorable sur le délai de traitement de la demande et préjudicier ainsi à l'intérêt des copropriétaires.

Expropriation

Modification de l'article R. 12-5-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

Les *Rapports* 2011 et 2012⁷ ont suggéré, en cas d'annulation d'une déclaration d'utilité publique et des arrêtés de cessibilité, de faire obligation à l'expropriant de notifier cette décision, aussitôt qu'elle sera devenue irrévocable, à tous les expropriés concernés. Le délai de forclusion de l'article R. 12-5-1 ne pourrait courir qu'à compter de cette notification.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition, prise en compte dans le cadre des travaux de recodification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique actuellement en cours.

Fonds de garantie

Harmonisation des textes relatifs à la charge des frais et dépens afférents aux procédures judiciaires, en cas de mise en cause d'un fonds de garantie

Les *Rapports* 2011 et 2012⁸ avaient proposé que des dispositions législatives ou réglementaires précisent, voire harmonisent, les textes relatifs aux frais et dépens pour tous les fonds de garantie ou d'indemnisation mis en place ces dernières années.

La direction des affaires civiles et du sceau n'émet pas un avis défavorable. Dans un souci de sécurité juridique, elle estime qu'il serait effectivement utile que les textes prévoient si les fonds supportent la charge des dépens. Toutefois, une telle réforme suppose en tout état de cause une concertation avec les partenaires intéressés, notamment le ministère du budget et les associations de victimes.

7. *Rapport* 2011, p. 31 ; *Rapport* 2012, p. 35.

8. *Rapport* 2011, p. 29 ; *Rapport* 2012, p. 35.

Réparation du préjudice

L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse et le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (articles 706-3 et suivants du code de procédure pénale)

L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, prévu et réprimé par l'article 223-15-2 du code pénal créé par la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, figure dans le livre II du code pénal « Des crimes et délits contre les personnes », au chapitre III « De la mise en danger de la personne », alors que l'ancien article 313-4 du code pénal, abrogé par cette même loi, figurait dans le livre III « Des crimes et délits contre les biens ». En requalifiant cette infraction aux biens en atteinte à la personne, en élargissant l'incrimination aux auteurs de manipulation mentale et en aggravant les peines prévues, le législateur a entendu améliorer et renforcer la prévention et la répression de délits commis, notamment par des groupements à caractère sectaire, au préjudice de victimes particulièrement vulnérables, à savoir un mineur, ou une personne « dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur », ou encore « en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement ».

Or, les victimes de tels faits ne peuvent être indemnisées par le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) de leur préjudice matériel. La Cour de cassation considère en effet que la réparation du préjudice matériel n'entre pas dans les prévisions de l'article 706-3 du code de procédure pénale, qui prévoit que « toute personne ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction peut obtenir la réparation intégrale des dommages qui résultent des atteintes à la personne [lorsque sont réunies certaines conditions] ». Selon la Cour de cassation, ce texte n'ouvre droit à réparation intégrale que du seul préjudice corporel (2^e Civ., 18 juin 1997, pourvoi n° 95-11.192, *Bull.* 1997, II, n° 194). La victime d'un préjudice corporel ne peut ainsi prétendre à la réparation par le FGTI d'un dommage vestimentaire (2^e Civ., 22 avril 1992, pourvoi n° 91-21.306, *Bull.* 1992, II, n° 131) ou des frais de justice exposés par elle à l'occasion de la procédure devant la juridiction répressive contre l'auteur de l'infraction (2^e Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 06-21.394).

En ce qui concerne plus spécifiquement l'abus de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, par un arrêt récent du 8 mars 2012, s'inscrivant dans cette ligne jurisprudentielle, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a précisé que n'entre pas dans la prévision de l'article 706-3 du code de procédure pénale la réparation du préjudice financier constitué par la perte des sommes remises par la victime de faits présentant le caractère matériel de l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, prévue et réprimée par l'article 223-15-2 du code pénal (2^e Civ., 8 mars 2012, pourvoi n° 11-13.832, *Bull.* 2012, II, n° 43).

Cette exclusion du bénéfice de l'indemnisation par le FGTI des victimes les plus vulnérables, que le législateur de 2001 a souhaité protéger plus efficacement, est d'autant plus regrettable que la prise en charge par l'État, au titre de la solidarité nationale,

de la réparation des dommages résultant d'une infraction, notamment lorsque leur auteur est inconnu ou insolvable, a été étendue, sous certaines conditions, aux victimes d'atteintes aux biens, énumérées par l'article 706-14 créé par la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, complété par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes, et que la loi n° 2008-644 du 1^{er} juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines a prévu, en un article 706-14-1 nouveau, la prise en charge du préjudice matériel des victimes de la destruction de leur véhicule par incendie, et ce sans qu'elles aient à justifier d'une situation matérielle ou psychologique grave.

Afin d'assurer, sous certaines conditions de ressources, l'indemnisation des victimes d'un état d'ignorance ou d'une situation de faiblesse, le *Rapport 2012*⁹ a proposé d'insérer dans le code de procédure pénale un article 706-14-2 prévoyant :

« L'article 706-14 est applicable à toute personne victime de faits présentant le caractère matériel d'un abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, prévu et réprimé par l'article 223-15-2 du code pénal, qui ne peut prétendre, au titre de l'article 706-3, à la réparation de son préjudice matériel, sans qu'elle ait à établir qu'elle se trouve dans une situation matérielle ou psychologique grave ; elle peut alors bénéficier d'une indemnité lorsque ses ressources ne dépassent pas 1,5 fois le plafond prévu par le premier alinéa de l'article 706-14. »

La direction des affaires civiles et du sceau n'est pas opposée à cette proposition mais souligne que la question relève principalement des compétences du service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes. En opportunité, elle reconnaît que rien ne semble justifier l'exclusion du préjudice matériel des victimes en cas d'abus frauduleux de leur état d'ignorance ou de leur situation de faiblesse. Ce d'autant que l'article 706-14-1 du code de procédure pénale prévoit l'indemnisation du préjudice matériel des victimes de destruction de véhicule par incendie et qu'on ne voit pas pourquoi cette dernière catégorie serait mieux protégée. Cependant, elle précise qu'une extension du texte actuel aurait sans doute des conséquences budgétaires qu'il conviendrait d'évaluer.

Contributions indirectes

Les règles de procédures applicables – préalablement à la saisine du tribunal d'instance – à la contestation de l'assiette des contributions indirectes recouvrées par l'administration des douanes sont prévues par le livre des procédures fiscales (articles R. 190-1, R. 196-1, R. 198-1, R. 198-10 et R. 199-1) et par le code des douanes (articles 345 à 349 bis), dont les dispositions pertinentes ne sont pas applicables cumulativement.

Les délais et les formes de la contestation ne sont pas identiques dans les deux séries de textes.

La chambre commerciale a été saisie d'un pourvoi qui l'invitait à déterminer les textes applicables et, par conséquent, les textes devenus sans objet.

9. *Rapport 2012*, p. 48.

Dans un arrêt du 15 janvier 2013 (Com., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-26.700, *Bull.* 2013, IV, n° 5), elle a fait application des articles R. 198-10 et R. 199-1 du livre des procédures fiscales. Dans le *Rapport* 2012¹⁰, il a été suggéré de clarifier les textes en la matière.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition mais souligne que cette dernière ne relève pas de ses attributions.

Procédures collectives

Article L. 624-6 du code de commerce

Par une décision du 20 janvier 2012 (Cons. const., 20 janvier 2012, décision n° 2011-212 QPC, Mme Khadija A., épouse M. [Procédure collective : réunion à l'actif des biens du conjoint]), le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 624-6 du code de commerce contraire à la Constitution.

Cet article précise que le « mandataire judiciaire ou l'administrateur peut, en prouvant par tous les moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif ».

Le Conseil a considéré que, en l'absence de toute disposition retenue par le législateur pour assurer un encadrement des conditions dans lesquelles la réunion des biens à l'actif est possible, les dispositions de l'article L. 624-6 du code de commerce permettent qu'il soit porté une atteinte disproportionnée au droit de propriété du conjoint du débiteur.

Le *Rapport* 2012¹¹ a alors suggéré de procéder à un toilettage ou à un nettoyage des dispositions du code de commerce relatives au statut du conjoint du débiteur et notamment du conjoint commun en biens. De manière générale, il serait opportun d'engager une réflexion sur les droits du conjoint dans la procédure collective. Est-il normal qu'un conjoint soit vu comme un tiers ordinaire ? Quelques efforts ont été faits pour améliorer le statut du conjoint du commerçant ou de l'artisan. Il faut aller plus loin dans la reconnaissance de la spécificité de celui que l'on a assimilé à tort à un tiers. Or, l'article L. 624-5 du code de commerce modifié par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises fait au contraire régresser ses droits par rapport à son prédécesseur, l'article L. 621-111, en lui imposant les règles de la revendication comme à n'importe quel tiers, alors que la preuve de sa propriété selon les règles des régimes matrimoniaux (parfois difficile à rapporter) devrait le dispenser de toute autre procédure.

Cette proposition n'a pas encore été suivie d'effet. Une réforme des procédures collectives est toutefois en cours à la chancellerie, sur laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation est consultée.

10. *Rapport* 2012, p. 56.

11. *Rapport* 2012, p. 55.

Si la direction des affaires civiles et du sceau est consciente que le sujet est sensible et en continue l'expertise, elle précise que la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises n'habilite pas ce dernier à procéder à une telle réforme.

Article L. 631-5, alinéa 1^{er}, du code de commerce

Par une décision du 7 décembre 2012 (Cons. const., 7 décembre 2012, décision n° 2012-286 QPC, Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire]), le Conseil constitutionnel a déclaré les mots « se saisir d'office ou », figurant dans l'article L. 631-5, alinéa 1, du code de commerce, contraires à la Constitution.

Cet article précise que lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

Le Conseil a relevé que ni l'article L. 631-5 du code de commerce, ni aucune autre disposition ne fixent les garanties légales ayant pour objet d'assurer que, en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier. Les dispositions relatives à la saisine d'office du tribunal méconnaissent par suite les exigences de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

À la suite de cette décision, la Cour a considéré, dans son *Rapport* 2012¹², qu'il conviendrait de supprimer tous les cas de saisine d'office du tribunal de commerce chaque fois qu'il n'y a pas de motif d'intérêt général et que ne sont pas instituées de garanties propres.

Cette suggestion est toujours d'actualité, et ce d'autant plus que le Conseil a réitéré sa position dans sa décision 2013-352 QPC (15 novembre 2013, Société Mara Telecom et autre [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française]), par laquelle il a décidé que, au deuxième alinéa de l'article L. 621-2 du code de commerce, dans sa version applicable à la Polynésie française, les mots : « se saisir d'office ou » sont contraires à la Constitution.

Cette proposition n'a cependant pas été suivie d'effet. Une réforme des procédures collectives est toutefois en cours à la chancellerie, sur laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation et le parquet général ont été consultés.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition. Le projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives prévoit de réformer la « saisine d'office ».

Droit des sociétés

L'article L. 225-105 du code de commerce détermine les règles applicables à l'ordre du jour des assemblées générales des actionnaires d'une société anonyme. Aux termes

12. *Rapport* 2012, p. 56.

de son troisième alinéa, l'assemblée ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour. À cette règle claire, le texte n'admet qu'une seule exception : l'assemblée peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement.

Par cette disposition, issue de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (ancien article 160 du code de commerce), qui doit être rapprochée de l'article R. 225-66, alinéa 2, du code de commerce aux termes duquel, « sous réserve des questions diverses qui ne doivent présenter qu'une minime importance, les questions inscrites à l'ordre du jour sont libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement sans qu'il y ait lieu de se reporter à d'autres documents », le législateur a marqué sa volonté de protéger les intérêts des actionnaires en faisant obstacle à ce qu'une assemblée convoquée sur un ordre du jour anodin puisse inopinément émettre un vote sur une question plus importante. Afin de conjurer ce risque et de prévenir tout effet de surprise pour les actionnaires, la loi a voulu que l'ordre du jour se suffise à lui-même.

L'inobservation de cette règle est énergiquement sanctionnée par l'article L. 225-121, alinéa 1^{er}, du code de commerce qui déclare nulles les délibérations prises par les assemblées en violation des dispositions de l'article L. 225-105.

L'auteur de la convocation, qui est en principe le conseil d'administration ou le directoire, doit donc porter une grande attention au libellé de l'ordre du jour. Il n'est toutefois pas exclu que soit omise, de bonne foi, une question soumise au vote des actionnaires et que l'imprécision de l'ordre du jour ne nuise pas aux intérêts de ces derniers. Il serait opportun que, dans de telles circonstances, le juge saisi d'une demande d'annulation d'une délibération fondée sur la violation des dispositions de l'article L. 225-105, alinéa 3, du code de commerce dispose d'un pouvoir d'appréciation. À cela s'ajoute que la rigueur attachée au caractère obligatoire de la sanction prévue par l'article L. 225-121 s'harmonise mal avec l'évolution du droit des sociétés commerciales qui, sous l'influence du droit communautaire, considère la nullité comme une sanction exceptionnelle des irrégularités affectant les décisions sociales.

C'est pourquoi le *Rapport* 2012¹³ a proposé de substituer une nullité facultative à la nullité obligatoire actuellement prévue par l'article L. 225-121 du code de commerce et, pour cela, de modifier ce texte afin qu'il prévoie que « peuvent être annulées » les délibérations prises par les assemblées en violation, soit seulement du troisième alinéa de l'article L. 225-105, soit, de manière plus générale, de l'ensemble des dispositions de ce texte. Dans cette hypothèse, l'article L. 225-121 pourrait être ainsi rédigé :

« Les délibérations prises par les assemblées en violation des articles L. 225-95, L. 225-97, L. 225-98, des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 225-99 et du deuxième alinéa de l'article L. 225-100 sont nulles.

En cas de violation des dispositions des articles L. 225-105, L. 225-115 et L. 225-116 ou du décret pris pour leur application, l'assemblée peut être annulée. »

La direction des affaires civiles et du sceau n'est pas favorable à cette modification. Elle expose que cette proposition consiste à substituer une nullité facultative à une

13. *Rapport* 2012, p. 54.

nullité impérative ; que néanmoins, cette nullité impérative sanctionne une règle essentielle au bon fonctionnement des sociétés anonymes : en effet, l'ordre du jour permet aux actionnaires de connaître à l'avance les questions qui seront débattues lors de l'assemblée et, par conséquent, de préparer leurs interventions et de réfléchir au sens de leur vote ou d'établir une procuration conforme à l'ordre du jour ; qu'il existe des possibilités de régularisation puisque la nullité peut être couverte jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur le fond en première instance (article L. 235-3 du code de commerce) ; qu'en outre, le tribunal de commerce, saisi d'une action en nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités ; qu'il peut également accorder le délai nécessaire pour que les associés puissent prendre une nouvelle décision s'il est justifié d'une convocation régulière de l'assemblée (article L. 235-4 du même code).

Surendettement des particuliers

Le *Rapport* 2012 ¹⁴ a suggéré d'ouvrir la voie de l'appel contre les décisions statuant sur la recevabilité de la demande du débiteur tendant à voir traiter sa situation financière.

Une option est ouverte : ouvrir la voie de l'appel aux seuls débiteurs mécontents d'une décision d'irrecevabilité, ou l'ouvrir également aux créanciers contestant une décision de recevabilité.

Pour limiter le nombre de recours devant les cours d'appel et remédier aux décisions les plus critiquables vues à travers les pourvois, limiter l'appel à la seule première hypothèse paraîtrait opportun.

Cependant, il serait juridiquement contestable de n'ouvrir cet appel que de manière asymétrique, en créant ainsi une inégalité procédurale entre le débiteur et les créanciers. Ces derniers sont en effet directement touchés par la décision de recevabilité, dès lors que cette décision suspend toute procédure civile d'exécution.

Aussi semble-t-il préférable d'ouvrir ce recours à toutes les parties, débiteur et créanciers.

Le *Rapport* 2012 a ainsi proposé le texte suivant :

« L'examen de la recevabilité de la demande d'un débiteur tendant au traitement de sa situation de surendettement fait l'objet d'une décision spécifique qui, pour n'être susceptible d'aucun recours en cas de recevabilité, fait en revanche l'objet d'une part importante des pourvois formés en cette matière lorsqu'est retenue l'irrecevabilité. Or, parmi les conditions d'admission d'un débiteur au dispositif de traitement du surendettement, les deux principales, que sont la bonne foi et l'état de surendettement, relèvent d'une appréciation éminemment factuelle des juges du fond. Le jugement par lequel le juge d'instance retient l'irrecevabilité étant rendu en dernier ressort, en application de l'article R. 331-9-2 du code de la consommation, nombre de pourvois en la matière tendent, sous couvert de cas d'ouverture à cassation, à critiquer des motifs relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. Compte tenu de l'importance de cette étape procédurale, la Cour de cassation propose que la voie de l'appel soit ouverte contre les

14. *Rapport* 2012, p. 47.

décisions statuant sur la recevabilité de la demande du débiteur tendant à voir traiter sa situation financière.»

La direction des affaires civiles et du sceau estime que cette proposition est à expertiser dans le cadre d'une réflexion plus globale concernant les cours d'appel.

Elle relève toutefois que, conformément à ses propositions, la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires a supprimé le recours à l'encontre des décisions d'orientation et instauré la possibilité pour le juge de prononcer directement un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire à l'occasion des recours formés à l'encontre des mesures imposées ou recommandées. La procédure de surendettement s'en trouve ainsi simplifiée et accélérée.

Procédure civile

Modification de l'article 424 du code de procédure civile

Il a été proposé, dans les *Rapports* 2004, 2010, 2011 et 2012¹⁵, d'ajouter un alinéa second à l'article 424 du code de procédure civile, destiné à élargir en toute matière et pour tous les recours la solution posée par l'article L. 661-8 du code de commerce (ancien article L. 623-8 dudit code) réservant au seul ministère public le pourvoi en cassation pour défaut de communication de certaines procédures en matière commerciale.

La direction des affaires civiles et du sceau émet un avis défavorable. Elle expose que le ministère public n'est pas une partie comme les autres, il intervient pour défendre les intérêts de la société et toute partie au procès doit pouvoir se prévaloir de la violation de cette obligation de communication si l'on souhaite donner une portée effective à cette obligation.

Modification de l'article 526 du code de procédure civile

L'article 526 du code de procédure civile a été modifié par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, entré en vigueur le 1^{er} mars 2006. Mesure emblématique de ce décret¹⁶, destinée à renforcer l'exécution des décisions de première instance et le droit à l'exécution, la radiation de l'affaire à la demande de l'intimé, en cas d'inexécution du jugement frappé d'appel, lorsqu'il est revêtu de l'exécution provisoire, a été construite sur le modèle du retrait du rôle des pourvois pour défaut d'exécution, prévu par l'article 1009-1 du code de procédure civile créé par décret n° 89-511 du 20 juillet 1989 modifiant certaines dispositions de procédure civile, ultérieurement modifié, notamment par le décret n° 99-131 du 26 février 1999 relatif à la Cour de cassation et modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile.

15. *Rapport* 2004, p. 14; *Rapport* 2010, p. 10; *Rapport* 2011, p. 10; *Rapport* 2012, p. 34.

16. R. Perrot, « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* n° 2, février 2006, p. 4, n° 25; B. Lissarrague, « Décret de procédure du 28 décembre 2005 : quel cadeau? », *Gaz. pal.* 31 janvier 2006 n° 31, V, 2; P. Hoonakker, « Dernières réformes de l'exécution provisoire : raison et déraison », *D.* 2006, chr., p. 754, n° 19; P. Julien et N. Fricero, *D.* 2006, panorama p. 546.

Dès sa promulgation, la doctrine s'est interrogée sur de possibles imperfections techniques de l'article 526¹⁷, susceptibles d'entraver le droit d'accès au juge d'appel¹⁸. Figurait notamment parmi ces imperfections la question de l'interruption du délai de péremption de l'instance dans le cas de la radiation de l'affaire.

En effet, en vertu du droit commun, la radiation, qui suspend le cours de l'instance, ne suspend pas le délai de péremption de l'instance (article 392 du code de procédure civile). L'article 526 prévoit en ce sens que l'affaire est réinscrite au rôle des affaires en cours, sauf péremption de l'instance.

Au contraire, puisque la péremption est un mode d'extinction de l'instance qui repose principalement sur l'idée d'un désistement tacite¹⁹, l'interruption du délai de péremption ne résulte en principe que d'une démarche accomplie par une partie manifestant la volonté certaine de poursuivre l'instance et de faire progresser l'affaire²⁰. Il a été souligné combien ce critère n'était pas adapté à la radiation pour inexécution, qui sanctionne l'inexécution d'une décision que l'appelant entend justement pouvoir contester en la déférant à la cour d'appel²¹.

C'est pourquoi, devant la Cour de cassation, la jurisprudence a d'abord retenu que la décision de radiation interrompait le délai de péremption²², avant que cette solution ne soit confortée par la modification de l'article 1009-2 du code de procédure civile, prévoyant qu'en cas de radiation pour défaut d'exécution, le délai de péremption ne court qu'à compter de la notification de la décision ordonnant la radiation du rôle.

L'absence d'une telle précision apportée à l'article 526 par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 précité, qui prenait pourtant le parti de souligner la filiation des deux dispositifs en requalifiant le retrait du rôle prévu par l'article 1009-1 de radiation, suscite nécessairement le doute quant à la possibilité d'étendre cette solution devant la cour d'appel, par une voie purement prétorienne.

17. Voir B. Lissarrague, R. Perrot, P. Hoonakker, art. préc., en particulier l'article de ce dernier.

18. Sur la question, voir A. Lacabarats et J.-P. Lacroix-Andrivet, « La procédure de radiation du rôle des articles 526 et 1009-1 du code de procédure civile et le droit d'accès au juge », in *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, citant notamment l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État, p. 784 et s. ; S. Guinchard, « Petit à petit, l'effectivité du droit à un juge s'effrite », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 275.

19. D. Cholet, *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, Dalloz action 2012/2013, sous la dir. de S. Guinchard, n° 352.330 ; voir également S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31^e éd., 2012, n° 454.

20. 2^e Civ., 11 septembre 2003, pourvoi n° 01-12.331, *Bull.* 2003, II, n° 256, faisant état de la manifestation de la volonté de poursuivre l'instance ; sur les diligences procédurales, voir, par exemple, 3^e Civ., 20 décembre 1994, pourvoi n° 92-21.536, *Bull.* 1994, III, n° 227 ; c'est pourquoi, à l'inverse, la demande de renvoi, même sollicitée par toutes les parties à l'instance, ne constitue pas, par elle-même, une diligence au sens de l'article 386 du nouveau code de procédure civile : 2^e Civ., 17 juin 1998, pourvoi n° 96-14.800, *Bull.* 1998, II, n° 198 ; *idem* pour les demandes tendant à la réinscription d'une affaire radiée : 2^e Civ., 30 avril 2003, pourvoi n° 01-10.632 ; 2^e Civ., 22 octobre 2002, pourvoi n° 00-22.054.

21. P. Gerbay, « L'article 526 du NCPC : premières approches », *Procédures* n° 6, juin 2006, étude 15.

22. 3^e Civ., 20 janvier 1999, pourvoi n° 94-12.652, *Bull.* 1999, III, n° 15.

Elle apparaît néanmoins opportune. D'autant que la Cour européenne des droits de l'homme, considérant que l'article 526 était, compte tenu de ses objectifs, compatible avec l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a toutefois souligné que, « compte tenu de la gravité de l'atteinte au droit à un tribunal à ce stade de la procédure, la Cour estime que l'État ne disposait en l'espèce d'une marge d'appréciation plus restreinte que dans les affaires portant sur l'article 1009-1 du code de procédure civile pour juger de l'opportunité de la mesure de radiation ²³ ». L'extension à la cour d'appel du dispositif applicable devant la Cour de cassation est indubitablement de nature à renforcer l'effectivité du droit d'appel en retardant le point de départ du délai de péremption de l'instance à la date à laquelle l'appelant est spécialement averti de son obligation d'exécuter la décision de première instance.

Le *Rapport* 2012 ²⁴ a dès lors proposé d'aligner le régime de l'article 526 du code de procédure civile sur celui de l'article 1009-2 de ce code, en prévoyant que le délai de péremption de l'instance d'appel court à compter de la notification de la décision ordonnant la radiation du rôle de l'affaire pour inexécution de la décision frappée d'appel. Il était également suggéré un alignement plus complet de l'article 526 sur les articles 1009-1 à 1009-3.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette suggestion. Il lui apparaît en effet justifié, alors que l'appelant a introduit une voie de recours ordinaire, que le délai de péremption ne coure qu'à compter de la date à laquelle il aura été averti de son obligation d'exécuter la décision de première instance. L'effectivité du droit d'appel s'en trouvera renforcée.

Ce point pourra être intégré dans le cadre de la réforme de l'appel.

Droit du travail

Protection des conseillers prud'hommes

Il a été suggéré à six reprises ²⁵ dans les *Rapports annuels* de modifier les dispositions de l'article L. 1442-19 du code du travail pour clarifier la durée de la protection du conseiller prud'homme salarié et préciser les conséquences d'un licenciement prononcé en méconnaissance de son statut.

Le *Rapport* 2012 précisait que cette modification apparaissait d'autant plus nécessaire que, par un arrêt rendu le 16 février 2011 (Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10.592), la chambre sociale a jugé que la protection des conseillers prud'hommes s'applique à compter de la proclamation des résultats des élections, peu important l'ignorance par l'employeur de l'existence du mandat.

²³. CEDH, 31 mars 2011, *Chattelier c. France*, requête no 34658/07 ; *Procédures* n° 5, mai 2011, comm. 171, par N. Fricero.

²⁴. *Rapport* 2012, p. 45.

²⁵. *Rapport* 2007, p. 14 ; *Rapport* 2008, p. 12 ; *Rapport* 2009, p. 11 ; *Rapport* 2010, p. 14 ; *Rapport* 2011, p. 14 ; *Rapport* 2012, p. 36.

Faire obligation au salarié élu d'informer son employeur de l'existence de son mandat au plus tard au moment de l'entretien préalable semble opportun pour éviter à ce dernier de prononcer, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance du nouveau statut du salarié.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition, sous réserve de l'avis de la direction générale du travail. Elle estime que, par cohérence, il est nécessaire d'élargir la réflexion à toutes les situations similaires (notamment celle du conseiller du salarié). La direction générale du travail a été saisie de cette question.

La direction des affaires civiles et du sceau observe toutefois que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur cette question (Cons. const., 14 mai 2012, décision n° 2012-242 QPC, Association Temps de Vie [Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise]) en ces termes :

« Considérant que la protection assurée au salarié par les dispositions contestées découle de l'exercice d'un mandat extérieur à l'entreprise ; que, par suite, ces dispositions ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, permettre au salarié protégé de se prévaloir d'une telle protection dès lors qu'il est établi qu'il n'en a pas informé son employeur au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement ; que, sous cette réserve, le 13° de l'article L. 2411-1 du code du travail et les articles L. 2411-3 et L. 2411-18 du même code ne sont pas contraires à la liberté d'entreprendre » (considérant 10).

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

Il a été suggéré dans les *Rapports* 2008, 2010, 2011 et 2012²⁶ d'intégrer dans le code du travail la solution adoptée en la matière par la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 novembre 2008 (pourvoi n° 06-44.608, *Bull.* 2008, V, n° 211), 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 a été en outre proposé, dans ces conditions, de modifier l'article L. 3121-45 du code du travail, afin de prévoir que l'accord collectif instituant les conventions de forfait en jours comporte les modalités de décompte des absences non comptabilisables en journée ou demi-journée et, qu'à défaut d'accord, l'employeur ait l'obligation d'utiliser un mode de décompte défini réglementairement.

La direction des affaires civiles et du sceau n'est pas favorable à ces propositions qui relèvent principalement des compétences de la direction générale du travail. Cette dernière direction est réservée, estimant que de telles propositions doivent s'inscrire

26. *Rapport* 2008, p. 16 ; *Rapport* 2010, p. 14 ; *Rapport* 2011, p. 14 ; *Rapport* 2012, p. 37.

dans une réflexion globale, compte tenu de la grande variété des modalités d'organisation du temps de travail dans les entreprises.

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

Un arrêt de la chambre sociale du 25 mars 2009 (pourvoi n° 07-45.686, *Bull.* 2009, V, n° 86) 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.

Les *Rapports* 2009, 2010, 2011 et 2012²⁷ ont proposé d'ajouter à l'article 6 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de sécurité un alinéa prévoyant qu'en cas de recours contre la décision administrative de retrait d'agrément le contrat de travail est suspendu, et de préciser, au premier alinéa, que la rupture de plein droit du contrat de travail est acquise au terme du délai de recours.

L'article 6 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 a été abrogé et partiellement codifié, par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012, à compter du 1^{er} mai 2012, à l'article L. 612-20 du code de la sécurité intérieure, sans intégrer la proposition soumise.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition. Elle expose cependant qu'elle relève principalement des attributions de la direction générale du travail et nécessite une réflexion globale pour viser d'autres catégories de salariés placés dans des situations comparables (comme, à titre d'exemples, les personnels de casinos et les assistantes maternelles).

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 :

« 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. »

Cette directive européenne n'a pas encore été transposée en droit interne.

27. *Rapport* 2009, p. 17 ; *Rapport* 2010, p. 15 ; *Rapport* 2011, p. 15 ; *Rapport* 2012, p. 37.

Les *Rapports* 2009, 2010, 2011 et 2012²⁸ ont donc souligné la nécessité, pour le droit interne, de se conformer au droit de l'Union européenne.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette suggestion. Elle rappelle que, non transposées en droit interne, les dispositions de la directive du 12 mars 2001 ne peuvent créer d'obligations à la charge des entreprises (absence d'effet direct ou horizontal). La solution s'appuie sur l'article 249 du traité instituant la Communauté européenne qui prévoit que la directive non transposée s'adresse aux États auxquels elle impose une obligation d'atteindre un objectif, et non aux particuliers. La jurisprudence en déduit que les directives ne sauraient 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 (Soc., 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-43.397, *Bull.* 2009, V, n° 256; Soc., 17 décembre 2013, pourvoi n° 12-13.503, s'agissant précisément de la directive en cause). La direction des affaires civiles et du sceau indique que la direction générale du travail, chargée de cette transposition, semble rechercher un vecteur adéquat.

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

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, 2009, 2010, 2011 et 2012²⁹, 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. »

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable, sur le principe, à cette proposition, deux voies étant, selon elle, possibles :

- soit l'appel est ouvert en matière d'élections professionnelles et, en ce cas, il est délicat, eu égard à la nécessaire célérité de ces contentieux, d'allonger les délais d'avertissement et d'imposer la lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans le projet de décret instituant l'appel, il avait été envisagé d'allonger à cinq jours le délai d'avertissement;
- soit l'appel n'est pas ouvert et, en ce cas, il serait possible d'allonger un peu la durée de la première instance en s'inspirant de ce qui a été fait dans le cadre du décret relatif à la mesure de l'audience syndicale dans les très petites entreprises (article R. 2122-96 du code du travail : « Le tribunal statue dans un délai d'un mois à compter de sa saisine, après avoir averti toutes les parties intéressées quinze jours à l'avance par remise

²⁸. *Rapport* 2009, p. 18; *Rapport* 2010, p. 15; *Rapport* 2011, p. 15; *Rapport* 2012, p. 38.

²⁹. *Rapport* 2008, p. 13; *Rapport* 2009, p. 12; *Rapport* 2010, p. 16; *Rapport* 2011, p. 16; *Rapport* 2012, p. 39.

contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. À défaut de retour au greffe de l'avis de réception signé, la notification est réputée faite à domicile au jour de sa première présentation ») et en adaptant les délais, le contentieux sur le déroulement des élections pour la mesure de l'audience syndicale n'ayant pas d'incidence sur le fonctionnement d'institutions permettant à l'entreprise de fonctionner comme c'est le cas pour les élections professionnelles. Cette solution permettrait de concilier célérité de la procédure et nécessaire protection des droits de la défense.

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

Les *Rapports* 2011 et 2012³⁰ avaient fait état d'un projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel, en cours d'examen en 2011, prévoyant 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, lequel répondait aux suggestions présentées en ce sens dans les *Rapports* 2008, 2009, 2010 et 2011³¹.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition. Elle observe cependant que le projet de décret mentionné ci-dessus, amendé en tenant compte des remarques formulées par la Cour de cassation, suscite une grande réserve de la part de la direction générale du travail. Certains partenaires sociaux, qui craignent un allongement des procédures, ont également des réserves.

Création d'un bloc de compétences en matière de droit syndical et d'élections professionnelles

Afin d'unifier le contentieux en la matière, les *Rapports* 2011 et 2012³² avaient proposé que soit prévu de manière générale dans le code du travail que :

Article R. 2221-1 : « Les contestations relatives à la désignation ou à l'élection des représentants du personnel et syndicaux prévus conventionnellement, y compris ceux mis en place par les groupes spéciaux de négociation, sont formées, instruites et jugées dans les conditions prévues par les articles R. 2324-24 et R. 2324-25. »

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition : certains contentieux, tels la contestation de la création d'une section syndicale, ou ceux concernant des institutions représentatives conventionnelles courantes, ou concernant le comité d'entreprise européen, ne relèvent pas de la compétence spécifique du juge d'instance. Par ailleurs, à défaut de disposition particulière, ces décisions sont susceptibles d'appel, alors même que les problématiques posées sont souvent liées à des contentieux quant à eux soumis au seul pourvoi.

Le projet de décret mentionné plus haut prévoyait l'ouverture de l'appel pour ces contentieux, tel que cela avait été appelé de ses vœux par la Cour de cassation dans plusieurs rapports précédents. Probablement en raison de l'opposition de certains

30. *Rapport* 2011, p. 17 ; *Rapport* 2012, p. 39.

31. *Rapport* 2008, p. 13 ; *Rapport* 2009, p. 15 ; *Rapport* 2010, p. 17 ; *Rapport* 2011, p. 17.

32. *Rapport* 2011, p. 32 ; *Rapport* 2012, p. 39.

syndicats, le projet peine à aboutir. Néanmoins, ledit projet, dans un souci de cohérence des textes et d'harmonisation, comprend des dispositions relatives à la création de ce bloc de compétences du tribunal d'instance ainsi qu'une uniformisation et une amélioration des règles de procédures applicables en la matière.

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

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 les *Rapports* 2008, 2009, 2010, 2011, 2012³³, d'ajouter, 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. »

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable, sur le principe, à cette suggestion, sous réserve de l'avis de la direction générale du travail. Elle indique que cette proposition permettrait assurément de sécuriser les actes des représentants du personnel et éviterait la paralysie du processus de négociation, tout contentieux engagé pouvant remettre en cause le mandat des représentants du personnel, mais qu'elle semble toutefois mériter une analyse de ses effets. Différentes questions peuvent en effet être soulevées. Ainsi, le législateur doit-il entériner la validité de tous les actes conclus par le représentant des salariés, ou seulement les actes à portée collective ? Par ailleurs, la validité des actes peut-elle s'imposer dans tous les cas d'annulation de l'élection ou de la désignation, ou certains motifs, à l'origine de ladite annulation, peuvent-ils légitimer un refus de validation ? Se pose également la question de la responsabilité laissée aux partenaires sociaux. Le législateur doit-il instituer le principe de la validation systématique, ou doit-il adopter une disposition confiant aux partenaires le soin de préciser les effets d'une annulation sur les accords en vigueur ? Parallèlement, convient-il de réserver le même régime de validation, que l'accord soit interprofessionnel, de branche ou d'entreprise ?

Salariés mis à disposition

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail 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).

³³. *Rapport* 2008, p. 16 ; *Rapport* 2009, p. 13 ; *Rapport* 2010, p. 17 ; *Rapport* 2011, p. 18 ; *Rapport* 2012, p. 40.

Il a été suggéré, dans les *Rapports* 2009, 2010, 2011, 2012 ³⁴, de compléter ces dispositions pour préciser les modalités d'exercice de ce droit, en déterminant notamment à quel moment et de quelle façon il devait être mis en œuvre.

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

La direction des affaires civiles et du sceau précise que cette question relève de la compétence de la direction générale du travail.

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

Un arrêt rendu le 11 février 2009 par la chambre sociale (pourvoi n° 08-60.490, *Bull.* 2009, V, n° 44) 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.

Les *Rapports* 2009, 2010, 2011, 2012 ³⁵ ont proposé une harmonisation des règles en la matière.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition.

Le projet de décret déjà évoqué réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel introduit devant la Cour de cassation une procédure avec représentation obligatoire, conformément à l'article 978 du code de procédure civile, assortie de délais réduits impartis pour la remise des mémoires, courant conformément aux règles de droit commun. Les nouvelles dispositions, sous réserve que ce décret puisse être pris et publié, mettraient ainsi fin aux difficultés évoquées. Si toutefois ce décret ne pouvait être adopté en raison des réticences déjà mentionnées, la difficulté mériterait en effet d'être résolue.

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

Les *Rapports* 2010, 2011 et 2012 ³⁶ ont 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.

La direction des affaires civiles et du sceau indique qu'elle est favorable à une réflexion sur la question, en lien avec la direction générale du travail. Elle précise qu'en raison des délais contraints d'organisation des élections et de traitement des procédures, il risque d'y avoir une « régénérescence des mandats », et non une simple prorogation

34. *Rapport* 2009, p. 19 ; *Rapport* 2010, p. 18 ; *Rapport* 2011, p. 18 ; *Rapport* 2012, p. 40.

35. *Rapport* 2009, p. 19 ; *Rapport* 2010, p. 18 ; *Rapport* 2011, p. 18 ; *Rapport* 2012, p. 41.

36. *Rapport* 2010, p. 26 ; *Rapport* 2011, p. 19 ; *Rapport* 2012, p. 41.

par le juge, ce qui pourrait être considéré comme contraire à la Constitution quant au droit des salariés de déterminer leurs institutions représentatives du personnel. Plusieurs pistes alternatives sont envisageables et seront à étudier en lien avec la direction générale du travail :

- prorogation uniquement dans le cadre du contentieux préélectoral pour une durée prédéterminée par la loi ;
- allongement des délais de préparation des élections pour éviter la nécessité même d’avoir recours à la prorogation ;
- prorogation automatique par l’effet de la loi en cas de contentieux.

Fixation d’un délai pour les recours contre les décisions du médecin du travail en matière d’inaptitude

Les *Rapports* 2011 et 2012³⁷ ont suggéré de prévoir un délai pour encadrer le recours dirigé contre la décision du médecin du travail prévu à l’article L. 4624-1 du code du travail.

La direction des affaires civiles et du sceau reconnaît que cette proposition tend à sécuriser la procédure de reconnaissance de l’inaptitude d’un salarié par l’introduction d’un délai encadrant la contestation de la décision du médecin du travail ou de l’inspecteur du travail. En effet, en application de l’article L. 4624-1 du code du travail, le médecin du travail qui constate l’inaptitude d’un salarié est habilité à proposer des mesures individuelles telles qu’une mutation ou une transformation de poste, justifiées par des considérations relatives notamment à l’âge, à la résistance physique ou à l’état de santé physique et mentale des travailleurs. L’employeur est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s’opposent à ce qu’il y soit donné suite. En cas de difficulté ou de désaccord, l’employeur ou le salarié peuvent exercer un recours devant l’inspecteur du travail. Ce dernier prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail. Cependant, le texte n’encadre pas ce recours dans un délai précis, ce qui, en cas de licenciement de l’intéressé, que l’origine de l’inaptitude soit professionnelle ou non, peut être source d’insécurité juridique, le licenciement pouvant être remis en cause, par la contestation, formée en amont, sur le principe de la reconnaissance de l’inaptitude ou sur les mesures d’adaptation préconisées par le médecin du travail. Cette difficulté est d’autant plus aiguë que la contestation de la décision de l’inspecteur du travail est portée devant la juridiction administrative, alors que celle qui pourrait se porter sur la cause du licenciement relève des conseils de prud’hommes. Ainsi, pour le justiciable, à la difficulté attachée au défaut de fixation d’un délai de recours pour contester les décisions prises en application de l’article L. 4624-1 du code du travail, s’ajoute la dualité des juridictions susceptibles d’être saisies d’une contestation.

Dans ces conditions, la direction des affaires civiles et du sceau expose qu’elle ne peut être que favorable à cette proposition, sous réserve de l’identification d’un véhicule législatif adéquat et de l’appréciation du ministère du travail.

37. *Rapport* 2011, p. 32 ; *Rapport* 2012, p. 41.

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)

Le *Rapport* 2012³⁸ avait suggéré une modification de l'article L. 4613-1 du code du travail relatif aux conditions de mise en place du CHSCT.

Le CHSCT est une institution représentative qui a pris une place de plus en plus importante en entreprise compte tenu des impératifs renforcés en matière d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail des salariés.

Or les conditions de la mise en place de l'institution sont très sommairement évoquées par l'article L. 4613-1 du code du travail qui dispose :

« Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail comprend l'employeur et une délégation du personnel dont les membres sont désignés par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise et les délégués du personnel. »

Si la jurisprudence, depuis longtemps, affirme que la désignation prend la forme d'une élection, dont elle a fixé les contours essentiels, une intervention législative pour fixer les conditions concrètes de détermination des modalités électorales devient indispensable. Ainsi, la chambre sociale a constaté qu'en l'absence de texte prescrivant un appel général à candidature, une publicité restreinte pouvait suffire à la licéité du scrutin (Soc., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-60.339).

En outre, la chambre a récemment précisé que l'accord unanime par lequel les membres du collège électoral appelés à procéder à la désignation des membres du CHSCT adoptent expressément une règle particulière de départage des candidats à égalité pouvait intervenir à l'issue du premier tour et prendre la forme de l'organisation, acceptée par tous les membres du collège désignatif, d'un second tour de scrutin (Soc., 20 mars 2013, pourvoi n° 12-20.307, *Bull.* 2013, V, n° 80), ou encore qu'il appartenait au collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise et les délégués du personnel de fixer lui-même le mode de scrutin à adopter (en l'espèce vote par correspondance) pour la désignation des membres de la délégation du personnel au CHSCT (Soc., 17 avril 2013, pourvoi n° 12-25.249).

Un tel mécanisme, qui repose sur des règles électorales minimalistes, n'est pas satisfaisant au regard de l'importance de l'institution représentative. Il serait opportun de prévoir dans les textes de confier soit aux organisations syndicales, soit au collège désignatif, le soin de conclure, comme pour les élections, un protocole préélectoral avec l'employeur. Outre la sécurisation juridique du processus, une telle précision législative permettrait également de susciter de manière plus efficace les candidatures des salariés intéressés aux questions évoquées devant le CHSCT.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition, sous réserve de l'avis de la direction générale du travail.

38. *Rapport* 2012, p. 57.

Instauration d'une question préjudicielle dans les rapports de la Cour de cassation avec le Conseil d'État

Le droit du travail fait partie des domaines du droit qui connaissent un partage de compétence entre les ordres juridictionnels judiciaire et administratif.

Le mécanisme de la question préjudicielle est un mécanisme essentiel pour résoudre les difficultés qui peuvent naître d'un litige qui, relevant au principal d'un ordre de juridiction, pose une question sérieuse qui relève de l'autre ordre de juridiction. La décision du tribunal des conflits du 17 octobre 2011 (Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, pourvois n° 11-03.828 et n° 11-03.829, *Bull.* 2011, T. conflits, n° 24) permet de limiter les questions préjudicielles aux situations dans lesquelles l'ordre de juridiction compétent sur la question n'a pas encore, par une jurisprudence constante, donné de réponse. Mais la procédure de la question préjudicielle, qui continue à avoir une utilité importante, en rend la mise en œuvre lourde et est surtout source de lenteurs parfois inacceptables.

Le Conseil d'État a appelé l'attention du législateur sur la nécessité d'une réforme en profondeur (voir notamment l'intervention de M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, le 27 juin 2012, lors des deuxièmes états généraux du droit administratif à Paris, disponible sur le site internet du Conseil d'État).

Pour le contentieux soumis à la chambre sociale de la Cour de cassation, une modification des textes serait indispensable afin de donner à cette dernière la possibilité de poser elle-même une question préjudicielle au Conseil d'État ou aux juridictions administratives. En effet, à l'heure actuelle, seules les juridictions du fond peuvent reconnaître l'existence d'une question préjudicielle, ce qui les conduit à surseoir à statuer dans l'attente de la saisine par les parties de la juridiction administrative compétente, et à attendre le cas échéant l'expiration des voies de recours sur la décision administrative statuant sur la question préjudicielle avant de pouvoir statuer à leur tour. Or, il arrive fréquemment que la nécessité d'une question préjudicielle apparaisse à hauteur de cassation, soit que la cour d'appel l'ait, à tort, écartée, soit que les parties ne l'aient pas alors soulevée. Il serait de bonne justice que la Cour de cassation puisse dans ce cas adresser directement la question préjudicielle au Conseil d'État, qui y répondrait en dernier ressort, ce qui permettrait, en fonction de cette réponse, de rejeter ou de casser la décision des juges du fond, et cela au terme d'une procédure rapide et sécurisée.

Cette proposition, déjà présente dans le *Rapport 2012*³⁹, n'a pas été suivie d'effet.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à ce qu'une réflexion soit menée sur cette suggestion. À cet égard, le rapport du groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits présidé par M. le conseiller Jean-Louis Gallet, remis le 10 octobre 2013, a proposé d'apporter deux modifications au mécanisme des questions préjudicielles. Il s'agit, d'une part, de prévoir que la transmission de la question préjudicielle par la juridiction saisie au principal soit faite directement à la juridiction de l'autre ordre territorialement compétente. Il s'agit, d'autre part, de prévoir que, pour éviter un allongement excessif des procédures, la juridiction saisie statue en dernier ressort. La décision sur la question préjudicielle ferait seulement l'objet d'un pourvoi en cassation sur lequel la juridiction suprême compétente devrait statuer dans les meilleurs délais.

39. *Rapport 2012*, p. 57.

Contrat de travail : expiration de la période d'essai et délai de prévenance (article L. 1221-25 du code du travail)

Le *Rapport* 2012⁴⁰ proposait une réforme de l'article L. 1221-25 du code du travail, afin que le législateur précise l'articulation des dispositions de ce texte lorsque la durée du délai de prévenance est supérieure à la durée restant à courir de la période d'essai, de sorte que le contrat ne peut être rompu avant la fin de la période d'essai en respectant ledit délai de prévenance. Il s'agirait de mettre en cohérence ces deux exigences, qui dans cette situation sont antinomiques, et de préciser la sanction éventuellement applicable lorsque le respect du délai de prévenance conduit à dépasser le terme fixé pour la période d'essai (dont le maximum est fixé par les articles L. 1221-19 et L. 1221-21 du code du travail).

Dans son arrêt du 23 janvier 2013 (Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 11-23.428, *Bull.* 2013, V, n° 14), la chambre sociale de la Cour a constaté que le non-respect du délai de prévenance par l'employeur ne pouvait conduire à la requalification de la rupture de la période d'essai en un licenciement.

En outre, à l'occasion d'une demande d'avis déclarée irrecevable (Avis de la Cour de cassation, 14 janvier 2013, n° 12-00.014, *Bull.* 2013, Avis, n° 1), le rapporteur désigné a examiné dans son rapport les trois questions qui ont été posées à la Cour :

- « – le délai de prévenance prévu par l'article L. 1221-25 du code du travail doit-il être inclus dans la période d'essai ?
- le non-respect de ce délai doit-il conduire au versement d'une indemnité compensatoire ?
- le non-respect de ce délai doit-il conduire à la poursuite du contrat de travail jusqu'à la fin de ce délai de prévenance et éventuellement au licenciement puisque la période d'essai est terminée ? »

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition, sous réserve de l'avis de la direction générale du travail. Elle relève que le contrat de travail peut comporter une période d'essai pour l'employeur et le salarié destinée respectivement, pour le premier, à apprécier les compétences du second, et, pour ce dernier, à évaluer si la nature du poste correspond à ses aspirations initiales. Pendant la période d'essai, le salarié ne bénéficie pas des protections inhérentes à la procédure de droit commun du licenciement. Pour éviter les abus en la matière, le législateur a encadré les périodes concernées et fixé le régime de leur renouvellement. Selon l'article L. 1221-25 du code du travail, les délais de prévenance préalables à la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur ou au terme de la période vont de vingt-quatre heures à un mois, selon le temps d'activité déjà accompli⁴¹. Dans ce contexte, pour un cadre qui a trois mois d'ancienneté, l'employeur se doit d'anticiper de quelques jours le délai de prévenance d'un mois s'il ne veut pas être confronté à la mutation automatique de la relation de travail en contrat à durée indéterminée. La direction des affaires civiles et du sceau précise que la proposition de la Cour de cassation relève de la direction générale du travail, étant toutefois observé que l'article L. 1221-25 précité reflète la volonté du

40. *Rapport* 2012, p. 58.

41. Vingt-quatre heures en dessous de huit jours de présence ; quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence ; deux semaines après un mois de présence ; un mois après trois mois de présence.

législateur d'imposer à l'employeur de bien anticiper la gestion de ses contrats en précisant que « la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance ». Il appartiendra à ce ministère d'apprécier l'opportunité de clarifier les textes en la matière.

Nécessaire regroupement des contentieux

Dans le domaine des licenciements économiques affectant des entreprises comportant de nombreux établissements, il est fréquent que les mêmes questions soient soumises à des juridictions différentes également compétentes.

Ainsi, dans une série d'arrêts prononcés le 14 décembre 2011 (Soc., 14 décembre 2011, pourvoi n° 10-11.042, *Bull.* 2011, V, n° 295 ; pourvoi n° 10-13.922, *Bull.* 2011, V, n° 296 ; pourvoi n° 10-23.753 ; pourvoi n° 09-42.395 ; pourvoi n° 10-23.198 ; pourvoi n° 10-14.525) concernant un licenciement économique collectif au sein d'un groupe français comportant de nombreux établissements, pas moins de quatre cours d'appel se sont prononcées sur le même litige, avec des appréciations différentes selon les éléments d'information fournis localement par les représentants des parties, certaines juridictions considérant que les licenciements étaient justifiés par un motif économique sérieux, d'autres jugeant le contraire.

Le *Rapport* 2012⁴² a estimé qu'il était indispensable, pour assurer l'efficacité et la crédibilité des interventions judiciaires, de prévoir une concentration du contentieux, par exemple au lieu du siège social de l'entreprise dominante, pour que la juridiction désignée comme compétente bénéficie des moyens d'appréhender la réalité de la situation économique au sein de l'entité affectée et de traiter l'ensemble des conséquences, collectives et individuelles, en résultant.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition, sous réserve de l'avis de la direction des services judiciaires. Des réflexions sont en cours dans le cadre des débats sur « La Justice du XXI^e siècle ».

Traitement du contentieux prud'homal

Le *Rapport* 2012⁴³ a suggéré qu'une réflexion approfondie soit engagée sur le traitement du contentieux prud'homal, qui donne lieu trop souvent à des condamnations prononcées sur le fondement de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire relatif à la réparation des dommages causés par le fonctionnement défectueux du service de la justice.

Parmi les sujets qui méritent une attention particulière, ont été mentionnés, à titre d'exemples :

- l'analyse des conditions de réalisation des procédures de conciliation préalable devant les conseils de prud'hommes, afin d'assurer une meilleure efficacité ;
- l'éventuelle instauration d'une véritable mise en état des affaires, avec des pouvoirs de sanction en cas de non-respect des délais fixés, les réformes de procédure civile issues du décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale

42. *Rapport* 2012, p. 58.

43. *Rapport* 2012, p. 59.

en matière civile, commerciale et sociale s'avérant à cet égard insuffisantes puisqu'elles subordonnent les mesures de contrainte à l'accord des parties ;

- les difficultés liées aux procédures de départage, trop nombreuses devant certaines juridictions ;

- l'utilité ou l'inutilité du maintien de la procédure orale devant la cour d'appel en droit du travail, certaines cours d'appel ayant des délais de fixation des affaires particulièrement longs et étant malgré tout conduites, les dispositions contraignantes de la procédure ordinaire n'étant pas applicables, à renvoyer un certain nombre d'entre elles, en raison de communications tardives que les textes ne permettent pas toujours de sanctionner efficacement.

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'était déclaré favorable en 2012 au principe visant à améliorer la phase de conciliation et à mettre en place une véritable mise en état ainsi qu'une extension aux conseils de prud'hommes du décret du 1^{er} octobre 2010 précité même si des concertations interministérielles restaient nécessaires.

L'article L. 1235-1 du code du travail, concernant la phase de conciliation préalable, a ainsi été modifié par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, et énonce désormais :

« En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié.

Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre.

À défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie.

Si un doute subsiste, il profite au salarié.»

En revanche, les autres propositions n'ont toujours pas été suivies d'effet.

La direction des affaires civiles et du sceau émet un avis favorable sur le principe, s'agissant d'améliorer la phase de conciliation et de mettre en place une véritable mise en état ainsi que d'étendre aux conseils de prud'hommes les dispositions du décret du 1^{er} octobre 2010 relatif à la procédure orale. Cependant, elle souligne la nécessité de concertations interministérielles. Une telle évolution pourrait résulter des travaux en cours sur « La Justice du XXI^e siècle ». En effet, dans l'accompagnement des réformes induites par les propositions du groupe de travail présidé par M. Didier Marshall, premier président de la cour d'appel de Montpellier, portant sur les juridictions, il pourrait être envisagé une refonte de la procédure prud'homale, refonte qui ferait également suite à la réflexion engagée, à la demande de la garde des sceaux, par les partenaires sociaux au sein du Conseil supérieur de la prud'homie.

Sécurité sociale

Contentieux de l'incapacité

Les *Rapports* 2010, 2011 et 2012 ⁴⁴ ont proposé de supprimer la distinction entre le contentieux général et le contentieux technique de la sécurité sociale, source de complexité. Ainsi, a été proposée l'abrogation des articles L. 143-1 et suivants et 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. Cependant, l'existence de cette dernière pourrait 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.

Cette proposition n'a pas été reprise par la loi n° 2011-901 du 28 juillet 2011 tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap.

Inscrite dans les préconisations du rapport du groupe de travail sur « Les juridictions du XXI^e siècle » présidé par M. Didier Marshall, premier président de la cour d'appel de Montpellier, elle n'a pas été suivie d'effet.

La direction des affaires civiles et du sceau précise que des réflexions sont en cours pour cette proposition.

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

Les *Rapports* 2010, 2011 et 2012 ⁴⁵ ont suggéré 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. »

La direction des affaires civiles et du sceau émet un avis favorable, sur le principe, mais précise que les modalités techniques de mise en œuvre de la proposition sont à expertiser avec le ministère compétent.

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 *Rapports* 2010, 2011 et 2012 ⁴⁶ ont 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

44. *Rapport* 2010, p. 19 ; *Rapport* 2011, p. 20 ; *Rapport* 2012, p. 42.

45. *Rapport* 2010, p. 22 ; *Rapport* 2011, p. 23 ; *Rapport* 2012, p. 43.

46. *Rapport* 2010, p. 24 ; *Rapport* 2011, p. 26 ; *Rapport* 2012, p. 44.

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 puissent lui être opposées 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. »

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet, malgré les modifications intervenues dans le cadre du contentieux technique (articles L. 143-10, R. 143-32 et R. 143-33 du code de la sécurité sociale).

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition.

Modification de l'article R. 144-10 du code de la sécurité sociale

Il résulte de l'article R. 144-10, alinéas 4, 5 et 6 du code de la sécurité sociale que, dans les litiges portant sur le recouvrement de cotisations ou de majorations de retard mentionnés aux articles R. 133-3, R. 243-6 à R. 243-22, R. 243-24, R. 243-25 et R. 244-2, et si la procédure est jugée dilatoire ou abusive, « le demandeur qui succombe est condamné à une amende ».

Or, une jurisprudence bien établie (Soc., 23 janvier 2003, pourvoi n° 00-22.014, *Bull.* 2003, V, n° 24; Soc., 6 février 2003, pourvoi n° 01-20.085, *Bull.* 2003, V, n° 49; 2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-23.577, *Bull.* 2011, II, n° 151, *Gaz. pal.*, 10 sept. 2011, n° 253, p. 37, note P. Coursier, *Procédures* n° 10, oct. 2011, comm. 308 par A. Bugada) attribue au destinataire de la contrainte ayant saisi le tribunal d'une opposition la qualité de défendeur et non celle de demandeur. La qualification ainsi retenue répond à la spécificité de la procédure de la contrainte qui habilite l'organisme de recouvrement à délivrer un titre exécutoire, assorti, à défaut d'opposition, des effets qui s'attachent normalement à une décision de justice. Plus généralement, c'est l'acte d'exécution qui engage l'instance et assigne à chacune des parties le rôle de demandeur ou de défendeur : opposition à commandement (Com., 6 août 1951, pourvoi n° 1099, *Bull.* 1951, II, n° 270, p. 147, *D.* 1951, p. 720; 3^e Civ., 20 avril 1974, pourvoi n° 72-13.373, *Bull.* 1974, III, 175, *JCP* 1974, IV, p. 221); opposition à injonction de payer (2^e Civ., 23 octobre 1991, pourvoi n° 90-15.529, *Bull.* 1991, II, n° 272; 2^e Civ., 1^{er} octobre 2009, pourvoi n° 08-19.489), et, plus récemment, en matière de recours contre une ordonnance de taxe d'honoraires (3^e Civ., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.647, *Bull.* 2012, III, n° 9). La position de défendeur reconnue à l'opposant à contrainte est au demeurant cohérente avec la jurisprudence en matière d'opposition à injonction de payer, qui conserve au créancier sa qualité de demandeur et à l'opposant celle de défendeur.

Si l'article R. 144-10 du code de la sécurité sociale vise à l'évidence à sanctionner l'auteur d'une opposition abusive, cette amende ne peut toutefois jamais être prononcée dans la mesure où il a la qualité de demandeur.

Le *Rapport* 2012⁴⁷ a donc suggéré de remplacer dans l'article R. 144-10, alinéa 4, « le demandeur » par « la partie ».

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition. Il pourra être envisagé de modifier ces textes, sous réserve de l'accord de la direction de la sécurité sociale.

Modification de l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale

À la différence des autres branches, dont le financement repose sur des cotisations perçues à un taux uniforme, le financement de la branche Accident du travail/Maladies professionnelles (branche AT/MP) est assuré par des cotisations dont le taux brut est égal à la somme algébrique, d'une part, d'un taux net, fonction de la situation propre de l'entreprise, d'autre part, de majorations fixées d'une manière forfaitaire par voie réglementaire pour la couverture des accidents du trajet et des charges communes.

Le paiement des cotisations au titre des accidents du travail et des maladies professionnelles s'inscrit par ailleurs dans les relations unissant l'employeur à l'URSSAF. Cette dernière n'a compétence que pour les litiges relatifs à l'assiette, au paiement et au recouvrement des cotisations, à l'exclusion notamment de ceux touchant à la tarification, qui relèvent des attributions exclusives des caisses d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT) et, le cas échéant, des caisses primaires d'assurance maladie.

Dans ces conditions, l'employeur peut être exposé, s'il a obtenu, au terme d'une procédure administrative ou juridictionnelle parfois longue, la notification à son profit de son taux brut de cotisations, à des difficultés pour se voir restituer le montant des cotisations qu'il a indûment versées. En effet, la stricte indépendance de l'URSSAF et de la CARSAT en la matière conduit, le cas échéant, l'organisme de recouvrement à opposer à l'employeur la prescription triennale instituée par l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale à une action de sa part en restitution des cotisations indûment versées, du moins pour les cotisations afférentes à la période ainsi prescrite.

Si une telle exclusivité est parfaitement conforme à la distinction opérée par le code de la sécurité sociale entre l'assiette et le paiement des cotisations et la tarification du risque, elle n'en méconnaît pas moins les droits des employeurs, confrontés à la complexité de l'organisation du service public de la sécurité sociale.

C'est pourquoi le *Rapport* 2012⁴⁸ a suggéré de modifier la législation applicable en la matière en conférant à l'action engagée en matière de tarification un effet interruptif de la prescription applicable aux cotisations correspondantes.

Il a ainsi été proposé d'insérer, après le deuxième alinéa de l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale, un nouvel alinéa ainsi rédigé :

47. *Rapport* 2012, p. 51.

48. *Rapport* 2012, p. 52.

« Lorsque le remboursement desdites cotisations naît d'une décision administrative ou juridictionnelle qui modifie le taux de la tarification du risque, la demande de remboursement des cotisations d'accident du travail et des maladies professionnelles peut porter sur l'ensemble de la période à laquelle s'applique les bases ainsi rectifiées. »

La deuxième chambre civile a d'ailleurs été amenée à prendre position sur cette question en 2013, sur la base des textes dont elle avait sollicité la modification :

- 2^e Civ., 24 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.585, *Bull.* 2013, II, n° 12 : « Après avoir énoncé que, selon l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale, la demande de remboursement des cotisations de sécurité sociale indûment versées se prescrit par trois ans à compter de la date à laquelle les cotisations ont été acquittées et relevé que les taux majorés de cotisations accidents du travail avaient été notifiés annuellement à la société avec la mention des délais de recours, sans qu'il soit soutenu que ceux-ci aient été exercés, c'est à bon droit que la cour d'appel a, par ces seuls motifs, décidé qu'aucun élément ne permettait de fixer le point de départ du délai de prescription à une autre date que celle prévue par le texte précité et que la saisine de la caisse primaire, organisme social distinct de l'union de recouvrement n'était pas de nature à interrompre ce délai. »
- 2^e Civ., 10 octobre 2013, pourvoi n° 12-23.477, *Bull.* 2013, II, n° 189 : « le recours [conservatoire formé par un employeur] devant une caisse d'assurance retraite et de la santé au travail contre la notification d'un taux de cotisation d'accident du travail est de nature à interrompre le cours de la prescription de la demande de remboursement des cotisations indûment versées dès lors que les accidents et maladies professionnelles ayant donné lieu à rectification du taux de cotisation sont ceux pour lesquels le recours initial a été formé ».

La direction des affaires civiles et du sceau précise que cette proposition est soumise à l'appréciation de la direction de la sécurité sociale, laquelle n'y est pas favorable au regard de l'impact important d'une telle modification sur le financement de la branche AT/MP. Au demeurant, la jurisprudence de la Cour répond selon elle au vœu émis.

Réparation des conséquences de la faute inexcusable

Depuis 2010⁴⁹, le *Rapport* suggère une modification des dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale dès lors que celles-ci, telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel, ne permettent pas une indemnisation intégrale des victimes d'accidents du travail dus à la faute inexcusable de leur employeur. Les normes européennes ne peuvent pas davantage être sollicitées à cette fin (2^e Civ., 11 juillet 2013, pourvoi n° 12-15.402, *Bull.* 2013, II, n° 159).

L'évolution de l'indemnisation des victimes d'accidents du travail liés à une faute inexcusable de l'employeur depuis trois ans témoigne de l'acuité du sujet et de l'intérêt de maintenir la proposition précédemment développée.

L'absence d'application, en la matière, du principe de réparation intégrale a conduit la Cour de cassation à écarter l'élargissement de la réparation sollicitée au titre du besoin d'assistance par une tierce personne après consolidation (2^e Civ., 20 juin 2013, pourvoi n° 12-21.548, *Bull.* 2013, II, n° 127 ; 2^e Civ., 28 novembre 2013, pourvoi n° 12-25.338),

49. *Rapport* 2010, p. 19 ; *Rapport* 2011, p. 21 ; *Rapport* 2012, p. 42.

ainsi que toute réparation complémentaire au titre des préjudices professionnels temporaires, de la perte de gains professionnels futurs et du déficit fonctionnel permanent, déjà indemnisés par la rente (2^e Civ., 9 novembre 2012, pourvoi n° 11-25.577).

De même, ont été exclues les demandes d'indemnisation formulées au titre des frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques et accessoires, les frais de transport et, d'une façon générale, les frais nécessités par le traitement, la réadaptation fonctionnelle, la rééducation professionnelle et le reclassement de la victime (2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-18.014, *Bull.* 2012, II, n° 67).

Les décisions relatives à l'indemnisation du préjudice né de la nécessité de l'assistance par une tierce personne avant et après consolidation témoignent, en particulier, du fort risque d'incohérence du système de réparation des accidents du travail liés à une faute inexcusable.

Dans ces conditions, l'indemnisation des victimes de tels accidents, quoique présentant toujours l'avantage d'être en partie automatique et forfaitaire, présente aujourd'hui d'importantes restrictions au regard du droit commun de la réparation, qui ont du mal à trouver une justification et ont des conséquences graves pour les victimes, de sorte qu'il apparaît, aujourd'hui, opportun de modifier les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale.

Dans la mesure où l'application immédiate des principes de la réparation intégrale pourrait compromettre nombre d'entreprises de taille moyenne, dès lors que leur assureur se refuserait à supporter la conséquence d'un risque ainsi étendu, il serait préférable d'opter, à titre transitoire, pour l'imputation, en ce qui concerne les accidents survenus et les maladies constatées antérieurement à la loi modificative, 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 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 de financement de la sécurité sociale pour 1999, modifiée, article 40).

La deuxième chambre civile maintient sa proposition, au moyen d'une formulation qu'elle souhaite dénuée de toute ambiguïté sur le caractère intégral de la réparation. Elle propose, dès lors, la modification suivante 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 indemnisés pour l'intégralité de leur montant 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 à la publication de la présente loi.»

La direction des affaires civiles et du sceau précise que cette question fait l'objet de discussions interministérielles.

B. Suggestions nouvelles

Droit rural

Modification de l'article L. 411-32 du code rural et de la pêche maritime

Il est proposé de modifier l'article L. 411-32 du code rural et de la pêche maritime qui évoque «les zones urbaines» des plans locaux d'urbanisme (pour ouvrir un droit au bailleur à la résiliation du bail rural) alors que cette catégorie n'est pas reconnue par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, pour correspondre à celles visées par le code de l'urbanisme, dans un souci de cohérence et de sécurité juridique.

La direction des affaires civiles et du sceau considère que cette proposition mérite d'être expertisée plus avant car il existe dans le code de l'urbanisme des articles faisant référence aux zones urbaines.

Ainsi :

– l'article R. 123-1 du code de l'urbanisme qui dispose : «Le plan local d'urbanisme comprend :

- 1° Un rapport de présentation ;
- 2° Un projet d'aménagement et de développement durables ;
- 3° Des orientations d'aménagement et de programmation, dans les conditions prévues à l'article L. 123-1-4 ;
- 4° Un règlement ;
- 5° Le cas échéant, le ou les plans de secteurs prévus par l'article L. 123-1-1-1.

Chacun de ces documents peut comprendre un ou plusieurs documents graphiques. Il comporte, s'il y a lieu, l'étude prévue au huitième alinéa de l'article L. 111-1-4 et, en zone de montagne, les études prévues au a du III de l'article L. 145-3 et au troisième alinéa de l'article L. 145-5.

Le plan local d'urbanisme est accompagné d'annexes» ;

– l'article R. 123-4 du code de l'urbanisme (situé dans une section «Contenu des plans locaux d'urbanisme) qui prévoit que : «Le règlement délimite les zones urbaines, les zones à urbaniser, les zones agricoles et les zones naturelles et forestières. Il fixe les règles applicables à l'intérieur de chacune de ces zones dans les conditions prévues à l'article R. 123-9».

Vices cachés

Modification de l'article 1644 du code civil

Il est proposé de supprimer le dernier membre de phrase de l'article 1644 du code civil.

Dans le cas de l'action estimatoire des vices cachés, la restitution d'une partie du prix doit être arbitrée par des experts. Cette désignation des experts est une obligation pour le juge, même en l'absence de demande des parties, et sa méconnaissance est sanctionnée :

La méconnaissance de cette obligation par le juge du fond entraîne ainsi la cassation (voir, par exemple, 3^e Civ., 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-28.420).

Une telle expertise – par un collège – peut être utile ou inutile, le juge doit avoir la liberté d'en décider. L'obligation renchérit le coût de la procédure et accroît les délais.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition.

Procédure civile

Recevabilité des contestations en matière électorale prud'homale

Compétente pour les contentieux des élections prud'homales, la deuxième chambre civile s'est prononcée en faveur du cloisonnement des collèges « employeurs » et « salariés » pour le contentieux de la validité de l'élection prud'homale (2^e Civ., 13 octobre 1993, pourvoi n° 93-60.167, *Bull.* 1993, II, n° 284 ; 2^e Civ., 8 décembre 1993, pourvoi n° 93-60.051, *Bull.* 1993, II, n° 354 ; 2^e Civ., 7 mai 2003, pourvoi n° 03-60.056, *Bull.* 2003, II, n° 134).

Elle a ensuite retenu la même solution s'agissant du contentieux de l'éligibilité, alors même que les textes en cause évoquent « la » liste électorale (2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-60.570, *Bull.* 2009, II, n° 146).

Un arrêt ancien retient la solution inverse concernant le contentieux des élections internes au conseil de prud'hommes (2^e Civ., 11 décembre 1985, pourvoi n° 85-60.256, *Bull.* 1985, II, n° 194), les textes applicables paraissant admettre plus aisément la solution du cloisonnement des collèges (article L. 1423-5 du code du travail).

Une modification législative pourrait sécuriser cette question pour les élections internes, dans le sens de la jurisprudence la plus récente, sans qu'il soit besoin d'attendre la naissance d'un contentieux. Elle pourrait prendre la forme d'un alinéa supplémentaire dans l'article L. 1423-5 du code du travail :

« Les conseillers prud'hommes salariés élisent un président ou un vice-président ayant la qualité de salarié.

Les conseillers prud'hommes employeurs élisent un président ou un vice-président ayant la qualité d'employeur.

Aucune contestation relative à l'élection ou à l'éligibilité n'est recevable de la part d'un conseiller qui n'appartient pas au collège concerné.

Le vote par mandat est possible. Toutefois, un conseiller ne peut détenir qu'un seul mandat.»

La direction des affaires civiles et du sceau considère que cette proposition doit faire l'objet d'une expertise. Elle institue un «droit à élire» enserré dans les limites de son collège d'appartenance. Elle mérite réflexion dès lors qu'elle repose sur une conception séparatiste du paritarisme, qui s'oppose à une conception unificatrice fondée sur l'égalité, la complémentarité et l'idée de tout mandat impératif. Au demeurant, la direction des affaires civiles et du sceau s'interroge sur le point de savoir si on doit exclure, sans écarter pour autant le risque de litiges opportunistes, tout éventuel intérêt attaché à la contestation de l'élection du membre d'un collège auquel on n'appartient pas.

Modification des procédures de récusation et de suspicion légitime

Ces procédures, souvent inadaptées et complexes, mériteraient d'être simplifiées afin de répondre à l'objectif général d'accès à un juge impartial. Cependant, la pratique démontre un réel manque d'effectivité de ces procédures, préjudiciable à l'impératif d'efficacité de la justice.

Plusieurs pistes pourraient être explorées pour rationaliser ce contentieux, parmi lesquelles les deux suivantes :

- rendre la représentation par avocat obligatoire dans l'hypothèse où la procédure pendant au fond exige elle-même une telle représentation ;
- modifier la procédure en matière de suspicion légitime : lorsqu'elle ne vise qu'une chambre de la juridiction et non pas la juridiction en sa totalité, le président de la juridiction se prononcerait par une ordonnance, qui pourrait être frappée de recours devant la juridiction supérieure, ce recours étant formé obligatoirement par ministère d'avocat.

La direction des affaires civiles et du sceau n'émet aucune opposition de principe à cette proposition, laquelle devra faire l'objet d'une expertise.

Droit du travail

Congés payés et droit communautaire (adaptation des règles légales de droit interne) – La perte des droits à congés payés en cas de faute lourde

L'article L. 3141-26 du code du travail prévoit, en son alinéa 2, que la faute lourde du salarié est privative de congés payés. Or, la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ne prévoit pas de perte des droits à congés payés, lesquels sont fixés par ce texte à quatre semaines au minimum par an. Une restriction de la définition actuelle de la faute lourde par la jurisprudence ne suffirait pas à rendre conforme le texte à la directive, sauf à opter pour une interprétation *contra legem*, ce qui est exclu.

Il est donc suggéré une modification de l'article L. 3141-26 du code du travail : soit la suppression de la perte de congés payés en cas de licenciement pour faute lourde, soit la limitation de cette perte aux jours de congés payés excédant les quatre semaines irréductibles issues du droit communautaire. Si cette dernière option était retenue, se poserait une question délicate quant à l'imputation des jours de congés déjà pris, afin

de déterminer s'ils s'imputent sur les jours issus du droit communautaire ou sur ceux issus du droit interne.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition mais précise qu'elle relève de la compétence du ministère du travail.

Congés payés et droit communautaire (adaptation des règles légales de droit interne) – La perte ou le report des droits au terme de la période de référence

Le sort des congés payés acquis en cas de maladie du salarié concerné a été l'objet de nombreux contentieux. Appliquant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la chambre sociale a jugé que lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés annuels au cours de l'année prévue par le code du travail ou par une convention collective, en raison d'absences liées à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail (Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 05-42.293, *Bull.* 2007, V, n° 147). Cette solution a été étendue au congé maladie (Soc., 24 février 2009, pourvoi n° 07-44.488, *Bull.* 2009, V, n° 49) et à l'hypothèse où le salarié ne peut exercer ses droits en raison d'une rechute d'accident du travail (Soc., 16 février 2012, pourvoi n° 10-21.300, *Bull.* 2012, V, n° 75).

La question de la distinction entre les congés payés « communautaires » et les jours supplémentaires prévus par le droit interne n'a pas encore été posée à la chambre sociale. De toute façon, une distinction entre l'origine des jours de congés payés est délicate en l'absence de textes définissant les conséquences d'une telle distinction, et alors même que les congés payés, qu'ils soient « communautaires » ou « internes », ont la même finalité, le repos et la santé du salarié concerné. En outre, si une distinction est retenue, il faut ensuite régler le problème délicat, mais d'une portée évidente, de l'imputation des jours pris, reportés, perdus : « communautaires » ou « internes ». L'intervention du législateur serait de nature à dissiper des incertitudes sur le point de savoir si les droits à congés issus du droit national doivent ou non suivre le sort des congés issus du droit communautaire.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition mais précise qu'elle relève de la compétence du ministère du travail.

Congés payés et droit communautaire (adaptation des règles légales de droit interne) – Congé maladie

La CJUE n'autorise aucune distinction entre les salariés en situation de maladie et les autres travailleurs en matière de congés payés (CJCE, arrêt du 20 janvier 2009, *Schultz-Hoff e. a.*, C-350/06, points 37 à 41) et, saisie d'une question préjudicielle par la Cour de cassation, elle ajoute qu'aucune distinction ne doit être faite en fonction de l'origine de l'absence du travailleur en congé maladie (CJUE, arrêt du 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10).

La Cour de cassation a alors sollicité, après un renvoi préjudiciel (CJUE, 24 janvier 2012, affaire C-282/10), le principe de l'interprétation conforme pour assimiler certaines périodes, apparemment exclues, afin d'assurer le droit aux congés payés,

par exemple aux salariés ayant subi un accident de trajet (Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 08-44.834, *Bull.* 2012, V, n° 240).

Or, la limite de l'interprétation conforme est atteinte en matière d'arrêts maladie non professionnels (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-22.285, *Bull.* 2013, V, n° 73).

Il est donc proposé de modifier l'article L. 3141-5 du code du travail afin d'éviter une action en manquement contre la France et des actions en responsabilité contre l'État du fait d'une mise en œuvre défectueuse de la directive.

La question quant au devenir des congés payés issus purement du droit interne, qui viennent s'ajouter aux quatre semaines issues de la directive, devra également être résolue. Si une distinction entre les sources des droits à congés était retenue, celle-ci pourrait modifier les règles d'imputation (la Cour de cassation s'est d'ailleurs déjà engagée dans cette voie sur la base des dispositions légales relatives au compte épargne-temps : Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-10.037, *Bull.* 2013, V, n° 213). Il est donc suggéré au législateur de fixer de façon claire la (ou les) règle(s) applicable(s).

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition mais précise qu'elle relève de la compétence du ministère du travail.

Congés payés et droit communautaire (adaptation des règles légales de droit interne – Accident du travail et maladie professionnelle)

Il est encore suggéré de modifier l'article L. 3141-5 du code du travail afin de se mettre en conformité avec le droit communautaire. En effet, cet article limite l'acquisition des droits à congés payés par un salarié en situation de congé pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle à une période ininterrompue de un an. Le caractère inconditionnel des congés payés issu de la directive communautaire 2003/88 précitée paraît heurter ce texte. De plus, la CJUE admet clairement la possibilité pour un salarié malade de cumuler les droits à congés payés annuels sur plusieurs années (CJUE, arrêt du 22 novembre 2011, *KHS*, C-214/10). La solution retenue par la CJUE n'est pas une limite à l'acquisition des droits à congés mais une possibilité de perte des droits acquis lorsqu'ils ne sont pas exercés au terme d'une période de report, laquelle doit dépasser de façon significative la période de référence (CJUE, même arrêt, point 35), laquelle est *a priori* de quinze mois (CJUE, même arrêt)⁵⁰.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition mais précise qu'elle relève de la compétence du ministère du travail.

Les six propositions suivantes reprennent les suggestions faites, le 18 novembre 2013, dans le bilan de la mise en œuvre par la jurisprudence de la loi n° 2088-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, par la chambre sociale de la Cour de cassation, à la demande de la direction générale du travail.

⁵⁰. La Cour ayant considéré qu'une période de neuf mois était insuffisante : CJUE, arrêt du 3 mai 2012, *Neidel*, C-337/10.

Formalisation des résultats électoraux en termes de représentativité

La représentativité ou l'absence de représentativité n'étant pas formalisées après les élections, des contestations peuvent naître au jour où est exercée, ou revendiquée, une prérogative subordonnée à la qualité de syndicat représentatif. Le constat de cette représentativité ou de son absence peut être fait à tout moment par le tribunal d'instance⁵¹, et le fait qu'un jugement constate qu'un syndicat n'est pas représentatif n'a pas pour effet de rouvrir le délai de forclusion applicable à la contestation de la désignation, par ce syndicat, d'un délégué syndical⁵².

Afin d'introduire plus de sécurité et de prévisibilité, il est proposé d'instaurer un processus tendant, en même temps que la proclamation des élus, à la proclamation des syndicats représentatifs et ouvrant un bref délai de contestation à l'issue duquel la situation serait sécurisée pour toute la durée du cycle électoral.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition mais précise qu'elle relève de la compétence du ministère du travail.

Représentation syndicale au comité d'entreprise

L'article L. 2323-2 du code du travail prévoit que, pour les entreprises de plus de trois cents salariés, chaque syndicat doit avoir des élus au comité d'entreprise pour pouvoir y désigner un représentant. Si cette exigence permet éventuellement à des syndicats non représentatifs d'être présents au sein de cette institution, elle peut aussi conduire à exclure la présence de syndicats représentatifs, les privant ainsi d'une source importante d'information et d'un lieu privilégié d'expression alors pourtant qu'ils vont devoir négocier au nom des salariés.

Il semble donc opportun d'apporter un remède à ce paradoxe.

La direction des affaires civiles et du sceau précise que cette proposition relève de la compétence du ministère du travail.

Droits des salariés mis à disposition

Les articles L. 2324-17-1 et L. 2324-1 du code du travail prévoient, pour les salariés mis à disposition, un droit d'option entre l'entreprise qui les emploie et l'entreprise utilisatrice, pour les élections, respectivement, du comité d'entreprise et des délégués du personnel.

Cependant, compte tenu de l'ancienneté de trois mois requise pour être électeur au comité d'entreprise (article L. 2324-14), un salarié changeant d'employeur peut, en principe, voter dans plusieurs entreprises au cours d'une même période de quatre ans (théoriquement il pourrait voter seize fois).

Au regard de ce constat, et dans le prolongement des suggestions effectuées depuis le *Rapport* 2009⁵³ par la Cour à ce sujet, on peut se demander si le dispositif tendant à

51. Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-25.429, *Bull.* 2012, V, n° 39.

52. Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 11-25.456, *Bull.* 2013, V, n° 170.

53. *Rapport* 2009, p. 19; *Rapport* 2010, p. 18; *Rapport* 2011, p. 18; *Rapport* 2012, p. 40.

empêcher le double vote des salariés mis à disposition, qui conduit à des litiges d'une grande complexité juridique et pratique de nature à affecter la régularité du processus électoral, doit être maintenu.

La direction des affaires civiles et du sceau émet un avis réservé en l'état, cette proposition étant à expertiser en lien avec le ministère du travail.

Négociation collective dans le cadre d'une représentativité volatile

La remise en cause quadriennale des situations syndicales acquises peut conduire à un renouvellement plus ou moins régulier des acteurs à tous les niveaux de négociation. Se posera alors la question de la gestion du dispositif négocié et conclu par d'autres. La chambre sociale sera certainement saisie de ces questions et y répondra. Cependant, il serait opportun qu'elle puisse s'appuyer sur des dispositions légales appropriées à ce nouveau contexte.

La direction des affaires civiles et du sceau précise que cette proposition relève de la compétence du ministère du travail.

Représentativité des organisations syndicales et transfert d'entreprise

La chambre sociale est actuellement saisie de nombreux litiges posant la question de savoir si un syndicat représentatif dans une structure perd sa représentativité lorsque cette structure est transférée, sans constituer une entité juridique autonome, dans une entreprise d'accueil. Cette question, qui a fait l'objet d'une consultation, semble ne pas avoir de réponse totalement satisfaisante en l'état de la législation. En effet, s'il est décidé, en application de la règle de la représentativité par cycle électoral, que, n'ayant pas participé aux élections dans l'entreprise d'accueil, le syndicat perd sa représentativité, les salariés transférés ne pourront être représentés par leurs anciens syndicats dans le cadre, notamment, des négociations d'adaptation. S'il est décidé que les syndicats peuvent conserver leur représentativité, le critère d'audience électorale et le calcul du pourcentage de voix qu'ils représentent dans la négociation collective, en rapport avec les syndicats de l'entreprise absorbante, s'avérerait extrêmement complexe.

La direction des affaires civiles et du sceau précise que cette proposition relève de la compétence du ministère du travail.

Réforme de la procédure devant les tribunaux d'instance

Si la procédure devant les tribunaux d'instance n'a pas été modifiée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 précitée, certaines de ses failles sont apparues en raison de l'augmentation du contentieux et de son importance depuis la loi nouvelle.

Il est donc proposé de modifier plusieurs points afin de permettre un meilleur fonctionnement du système :

- modification des délais et des conditions de convocation ;
- possibilité pour le requérant d'obtenir des informations sur les coordonnées des défendeurs auprès de celui qui les détient ;
- création d'un bloc de contentieux élections/désignations des représentants syndicaux relevant du tribunal d'instance pour éviter la compétence de droit commun du tribunal

de grande instance sur quelques éléments épars ne figurant pas actuellement dans la compétence d'attribution du tribunal d'instance (représentant syndical au CHSCT, etc.).

Un projet de décret intégrant ces modifications avait été un temps soumis pour avis à la chambre sociale. Il serait opportun d'en reprendre au moins les dispositions qui concernent les points évoqués.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition. Le projet de décret créant l'appel en matière d'élections professionnelles répondait en effet à ces préoccupations en augmentant le délai d'avertissement et prévoyait que le tribunal d'instance et la cour d'appel pouvaient solliciter du requérant ou de l'employeur par tout moyen les informations nécessaires à l'avertissement des parties intéressées, et la création d'un bloc de contentieux (voir la proposition déjà formulée p. 27 (actuelle)). Les modifications pourraient, sous réserve de l'avis de la direction générale du travail, être retenues.

Litiges entre armateur et capitaine ou marin

Compétence en matière de litiges entre armateur et capitaine

En matière maritime, une première règle de compétence est posée par l'article L. 5542-48 du code des transports : « Le différend qui peut s'élever, à l'occasion des périodes d'embarquement, entre l'employeur et le marin est porté devant le juge judiciaire. Sauf en ce qui concerne le capitaine, cette instance est précédée d'une tentative de conciliation devant l'autorité compétente de l'État. »

Ce texte légal ne prévoit que la compétence du juge judiciaire. Le tribunal de l'ordre judiciaire compétent est désigné par un texte de nature réglementaire.

À l'origine il s'agissait du décret n° 59-1337 du 20 novembre 1959, qui disposait :
– pour les marins : art. 2 : « Les litiges qui s'élèvent, en ce qui concerne les contrats d'engagement régis par le code du travail maritime, entre les armateurs ou leurs représentants et les marins, à l'exception des capitaines, sont portés devant le tribunal d'instance, après tentative de conciliation devant l'administrateur de l'inscription maritime. [...] » ;
– pour les capitaines : article 12 : « Les litiges survenus entre les armateurs et les capitaines sont soumis à la juridiction commerciale. »

Ces dispositions du décret du 20 novembre 1959 ont été abrogées par l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports, à compter du 1^{er} décembre 2010 (articles 7 et 17). La partie réglementaire du code des transports n'a pas encore été adoptée.

Cette abrogation est sans incidence pour les marins, dans la mesure où la compétence du tribunal d'instance pour les litiges relatifs au contrat d'engagement maritime conclu avec un armateur est prévue par l'article R. 221-13 du code de l'organisation judiciaire : « Le tribunal d'instance connaît des contestations relatives au contrat d'engagement entre les armateurs et marins et dans les conditions prévues par le code du travail maritime. »

Pour les capitaines, aucune disposition réglementaire n'a pris le relais et le code de commerce ne contient pas de compétence spéciale pour les litiges opposant un

capitaine à un armateur. Il existe donc des incertitudes sur la compétence qu'il serait préférable de dissiper.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la pertinence d'un traitement différent de la situation des capitaines et des marins au regard des règles de compétence.

La jurisprudence retient la compétence d'attribution de la juridiction commerciale (Soc., 15 juin 1999, pourvoi n° 97-15.983, *Bull.* 1999, V, n° 287), y compris en dehors des périodes d'embarquement (Soc., 5 janvier 1995, pourvoi n° 90-43.576, *Bull.* 1995, V, n° 17).

La juridiction commerciale étant compétente, la procédure prud'homale n'est pas applicable pour les litiges opposant un capitaine à un armateur, et, en particulier, les règles de l'unicité de l'instance sont écartées (Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 10-20.568, *Bull.* 2013, V, n° 18).

Pour autant le capitaine est un salarié comme les autres, et les règles relatives, par exemple, au licenciement, mais aussi celles, souvent très techniques, de la durée du travail, leur sont applicables comme aux autres marins (Soc., 23 janvier 2013, préc., qui a fait application de la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 180 relative à la durée de travail des gens de mer).

Dans ces conditions, il serait utile de combler le vide issu de l'abrogation du décret de 1959 en précisant clairement la juridiction compétente. À cette occasion il serait également utile de s'interroger sur l'opportunité de maintenir une différence de juridiction selon la qualité du salarié concerné, alors que l'objet du litige est le même, le contrat d'engagement maritime, que les règles à mettre en œuvre sont d'abord celles découlant de la relation de travail, et que la technicité du contentieux (notamment pour ce qui concerne la durée du travail, particulièrement complexe) plaide pour la réunion au sein d'un bloc de compétence vers le juge qui connaît le mieux ce contentieux, à savoir le juge d'instance, les litiges concernant les marins étant plus nombreux que ceux concernant les capitaines. Une unification du contentieux en résulterait dès la première instance, tant pour les règles de fond que pour les règles de forme, même si certaines spécificités existent pour ce qui concerne les capitaines.

Une éventuelle réunion du contentieux auprès du tribunal d'instance pourrait poser la question de la procédure de conciliation préalable devant la direction des affaires maritimes. Mais, outre le fait que cette tentative de conciliation peut par ailleurs susciter des interrogations, elle est clairement exclue par l'article L. 5542-48 du code des transports pour ce qui concerne les capitaines. Le maintien de cette exception concernant les capitaines ne poserait donc pas de difficultés, d'autant que le législateur a dû exclure cette procédure particulière en raison des fonctions très particulières que sont celles du capitaine et de la nature des liens qu'il peut avoir, de ce fait, avec l'armateur.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition, sous réserve de l'avis de la direction des services judiciaires et d'une étude d'impact. Interrogé, le ministère du développement durable est favorable à une clarification des règles de compétence.

Procédure dans les litiges entre armateur et marin

Les articles 4 et 5 du décret n° 59-1337 du 20 novembre 1959, modifiés par le décret n° 67-431 du 16 mai 1967, instituent un préliminaire de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes et précisent le mode de saisine du tribunal d'instance compétent en ce qui concerne les litiges entre armateur et marin.

Outre que la tentative de conciliation se déroule devant une autorité administrative, le texte prévoit qu'en cas d'échec : « Il est remis au demandeur une copie [du procès-verbal] contenant permission de citer devant le tribunal d'instance compétent. »

Mais l'article 5 précise ensuite que le tribunal est saisi par voie de citation délivrée « par le greffier du tribunal d'instance ».

Ce mode de saisine (la citation) correspond à ce qui était alors le mode habituel de saisine du tribunal d'instance (article 4 du code de procédure civile, tel qu'il résultait du décret n° 65-1066 du 26 novembre 1965). Mais on ignore pourquoi l'initiative de la délivrance de la citation (c'est-à-dire l'assignation) incombe au greffe de la juridiction, qui devait être, à l'époque, tenu par un greffier titulaire de charge, la fonctionnarisation des greffes ayant été mise en place par la loi n° 65-1002 du 30 novembre 1965 et le décret n° 67-472 du 20 juin 1967.

Ces dispositions, qui ont vieilli, peuvent être source de difficultés : s'y croyant autorisé par la permission de l'administrateur des affaires maritimes, le marin fait assigner l'armateur devant le tribunal. Mais il se voit alors opposer l'irrecevabilité de sa demande, en raison de l'irrégularité du mode de saisine utilisé, seul le greffe pouvant faire délivrer la citation. Pour éviter ce genre de situation, il pourrait être souhaitable de moderniser la procédure, en remplaçant par exemple la voie de la citation par une déclaration au greffe de la juridiction, suivie de la convocation des parties.

La direction des affaires civiles et du sceau est favorable à cette proposition, sous réserve de l'avis de la direction des services judiciaires et d'une étude d'impact. Interrogé, le ministère du développement durable est favorable à une clarification des règles de procédure.

Sécurité sociale

Notifications à l'étranger des convocations devant le tribunal des affaires de sécurité sociale

Lorsque le greffe du tribunal des affaires de sécurité sociale convoque une personne domiciliée au Maroc ou en Algérie, les textes applicables imposent une notification par transmission de l'acte au parquet du lieu où se trouve le destinataire.

Deux conventions d'entraide judiciaire imposent cette règle : pour le Maroc, la Convention d'aide mutuelle judiciaire franco-marocaine du 5 octobre 1957, annexée au décret n° 60-11 du 12 janvier 1960, et, pour l'Algérie, le Protocole judiciaire entre la France et l'Algérie du 28 août 1962 annexé au décret n° 62-1020 du 29 août 1962.

Lorsque la convocation a été faite par lettre recommandée et que l'intéressé n'a pas comparu, la deuxième chambre civile est donc conduite à casser des décisions en grand

nombre sur cette seule question de la modalité de la convocation (voir, par exemple, s'agissant du Maroc, 2^e Civ., 28 novembre 2013, pourvoi n° 12-24.807 ; s'agissant de l'Algérie, 2^e Civ., 28 novembre 2013, pourvoi n° 12-22.712), alors que l'application d'une logique empruntée au droit commun de l'article 670-1 du code de procédure civile, sous réserve des difficultés liées à la hiérarchie des normes, permettrait sans doute une économie de deniers publics. En cas d'envoi d'une lettre recommandée qui ne parvient pas à son destinataire, il serait possible d'inviter la caisse (donc en l'espèce le défendeur à l'action) à procéder par voie de signification dans les termes des conventions internationales applicables.

La direction des affaires civiles et du sceau n'est pas favorable à cette proposition. Elle expose que la difficulté provient d'une mauvaise application par les juridictions des affaires de sécurité sociale du droit existant, en raison d'une non-application du circuit de transmission prévu par la norme de niveau conventionnel. La solution première devrait donc consister non pas à proposer de modifier le droit existant mais d'abord à le rappeler à tous les intéressés, étant précisé par ailleurs que l'intégration dans deux instruments bilatéraux de la logique du droit interne français n'irait pas de soi, dans un contexte où de surcroît la France devrait *a priori* solliciter l'autorisation de la Commission européenne pour renégocier les conventions bilatérales citées.

Une dépêche de la direction des affaires civiles et du sceau visant à rappeler les dispositions tirées des conventions internationales applicables en la matière avec le Maroc et l'Algérie serait de nature à éviter le recours aux notifications par lettre recommandée avec demande d'avis de réception alors que devrait être effectuée une notification par transmission au parquet étranger localement compétent. Un tel rappel officiel et général serait par conséquent de nature à résoudre les difficultés pratiques actuelles, lesquelles donnent lieu à des pourvois en cassation à l'impact considérable pour les deniers publics étant donné que les personnes concernées bénéficient quasiment toutes de l'aide juridictionnelle.

À noter par ailleurs que même s'il était envisagé de permettre en l'espèce le recours à la voie de la signification, elle supposerait en tout état de cause, en application des instruments précités, la transmission de la signification au parquet étranger localement compétent.

Modification de l'article L. 355-1 du code de la sécurité sociale

Les dispositions de l'article L. 341-4 du code de la sécurité sociale procèdent à la classification des bénéficiaires d'une pension d'invalidité en trois catégories, à savoir :

- « 1^o) invalides capables d'exercer une activité rémunérée ;
- 2^o) invalides absolument incapables d'exercer une profession quelconque ;
- 3^o) invalides qui, étant absolument incapables d'exercer une profession, sont, en outre, dans l'obligation d'avoir recours à l'assistance d'une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie. »

Le classement dans cette dernière catégorie ouvre à l'invalidé, en application des dispositions des articles L. 355-1 et R. 355-1 du code de la sécurité sociale, le bénéfice d'une majoration pour tierce personne dont le montant est normalement égal à 40 % du montant de la pension, sans pouvoir être inférieur à un minimum fixé annuellement

par voie réglementaire. Insérées dans une subdivision du code de la sécurité sociale qui réunit des dispositions communes à l'assurance invalidité et à l'assurance vieillesse, ces dernières dispositions s'appliquent également, d'une part, aux titulaires d'une pension de vieillesse substituée, le jour venu, à une pension d'invalidité, d'autre part, aux titulaires d'une pension de vieillesse, dès lors qu'ils remplissent avant un âge déterminé la condition de recours nécessaire à l'assistance d'une tierce personne.

Il s'avère difficile en pratique, pour la Cour de cassation, de dégager de la notion d'actes ordinaires de la vie une ligne directrice claire qui fixe l'interprétation du texte légal tout en préservant le pouvoir souverain d'appréciation des juridictions du fond (voir, par exemple, Soc., 9 décembre 1999, pourvoi n° 98-11.827 ou Soc., 7 décembre 2000, pourvoi n° 98-21.375). Il n'est pas certain, au demeurant, que l'attribution d'une majoration forfaitaire s'accorde pleinement aux exigences de la couverture des besoins des personnes atteintes, sous une forme ou sous une autre, de dépendance. Les dispositions les plus récentes en la matière tendent, en effet, à substituer aux anciennes prestations forfaitaires qui obéissent à la logique du « tout ou rien » des prestations dont les modalités de calcul permettent une prise en charge plus appropriée de la situation des différents bénéficiaires. C'est d'ailleurs en ce sens que le législateur est intervenu s'agissant des titulaires d'une rente accident du travail : les dispositions de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 ont substitué à l'ancienne majoration pour tierce personne, attribuée selon les mêmes modalités que la majoration propre aux pensions d'invalidité et de vieillesse, « une prestation complémentaire pour recours à tierce personne », dont le montant est fixé d'après un barème, « en fonction des besoins d'assistance par une tierce personne de la victime, évalués selon des modalités précisées par décret » (article L. 434-2, alinéa 3, issu de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 préc., article 85, I, 2°).

Une telle formule pourrait être reprise au bénéfice des titulaires de pensions d'invalidité et de vieillesse de manière à ouvrir droit au bénéfice, non plus d'une majoration fixée *ne varietur* quelle que soit l'étendue des besoins de la personne, mais d'une prestation attribuée en fonction d'une évaluation des besoins de l'assuré.

Dans cette perspective, il est proposé de modifier les dispositions de l'article L. 355-1 du code de la sécurité sociale dans les termes suivants :

« Une prestation complémentaire pour recours à tierce personne est accordée aux titulaires de pensions d'invalidité qui remplissent les conditions prévues au 3° de l'article L. 341-4, et aux titulaires de pensions de vieillesse substituées à des pensions d'invalidité qui viendraient à remplir ces conditions postérieurement à l'âge auquel s'ouvre le droit à pension de vieillesse et antérieurement à un âge plus élevé. Le barème de cette prestation est fixé en fonction des besoins d'assistance par une tierce personne de l'assuré, selon des modalités précisées par décret ; elle est revalorisée dans les conditions prévues à l'article L. 341-6.

Peuvent, en outre, obtenir cette prestation... [sans changement]. »

La direction des affaires civiles et du sceau n'émet pas d'opposition de principe mais souligne qu'il est nécessaire d'attendre les réflexions conduites par la direction de la sécurité sociale.

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 27 janvier 2014 afin, d'une part, d'examiner les suites réservées aux propositions de réforme des dispositions de nature législative et réglementaire en matière pénale figurant dans les précédents *Rapports annuels* et, d'autre part, d'évoquer les propositions nouvelles de la Cour de cassation.

A. Suivi des suggestions de réforme

Procédure pénale

Extension de la représentation obligatoire devant la chambre criminelle

En 2013, 41 % des pourvois formés devant la chambre criminelle n'ont pas été soutenus par un mémoire, en dépit de la possibilité théoriquement offerte au justiciable qui forme lui-même un pourvoi en matière pénale de présenter un mémoire personnel exposant les moyens qu'il propose à l'appui de ce pourvoi. Une telle proportion traduit en réalité la difficulté éprouvée par un grand nombre de justiciables pour formaliser un mémoire au regard de la complexité de la technique de cassation.

Par ailleurs, la grande majorité des pourvois assortis de mémoires donnant lieu à une non-admission traduisant l'absence de moyens sérieux (soit 32 % des pourvois soutenus par un mémoire) concerne des mémoires personnels qui n'ont pas su s'adapter aux exigences de la technique de cassation et au rôle spécifique de la chambre criminelle.

Rendre obligatoire le recours au ministère d'avocat aux Conseils devant la chambre criminelle, comme c'est déjà le cas devant toutes les autres chambres de la Cour de cassation, offrirait de meilleures chances aux justiciables de voir aboutir les moyens sérieux pouvant être invoqués contre une décision, rendrait plus effectif le droit au pourvoi en cassation, et permettrait à la chambre elle-même de se consacrer pleinement à sa mission consistant à dire le droit dans les causes qui le justifient.

Cette proposition, régulièrement formulée depuis 2000⁵⁴, n'a pas été suivie d'effet.

Adoptée par le Sénat lors de l'examen de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, elle avait été rejetée en commission mixte paritaire suite à l'opposition de l'Assemblée nationale qui estimait notamment que l'intervention obligatoire d'un avocat aux Conseils risquait de limiter l'accès à la Cour de cassation.

⁵⁴. *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 ; *Rapport* 2010, p. 27 ; *Rapport* 2011, p. 34 ; *Rapport* 2012, p. 61.

Cette question aurait dû être examinée dans le cadre de la réforme d'ensemble du code de procédure pénale du précédent gouvernement, mais les travaux sur cette réforme ont été suspendus avant que ne débutent les travaux sur les dispositions relatives au pourvoi en cassation.

Une différence essentielle entre la procédure civile – où la représentation est obligatoire – et la procédure pénale réside dans le délai du pourvoi, très court en matière pénale. La représentation obligatoire en matière pénale ne pourra avoir comme conséquence de dissuader la personne de former un pourvoi mais pourra la conduire à se désister sur les conseils de son avocat ultérieurement désigné.

La direction des affaires criminelles et des grâces n'est pas opposée à cette réforme qui paraît cohérente et légitime, mais dont la concrétisation nécessite une décision politique de la ministre de la justice et un vecteur législatif utile. Le cabinet de la ministre étudie cette proposition et consulte l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Modification de la législation sur la conservation des scellés

Il a été proposé⁵⁵ de soumettre la destruction des scellés à un contrôle ou à une autorisation préalable du parquet.

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

Toutefois, la dépêche CRIM-PJ n° 08-32-H2 du 16 mars 2011 prévoit expressément la possibilité pour les parquets de conserver, au-delà du délai de six mois à compter de la décision de classement sans suite ou de la décision par laquelle la dernière juridiction a épuisé sa compétence, les objets non restitués, afin de permettre à l'avenir une exploitation nouvelle et positive des scellés, notamment en cas de décision de classement sans suite, de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement rendue dans des procédures susceptibles de faire l'objet d'une réouverture d'enquête ou d'instruction avant l'expiration des délais de prescription ou en cas de décision de condamnation lorsqu'une procédure de révision est envisageable.

Une proposition de loi relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen des procédures pénales définitives est actuellement à l'étude. Elle prévoit de compléter l'article 41-4 du code de procédure pénale par un alinéa permettant à la personne condamnée d'être informée de l'intention du ministère public de procéder à la destruction de scellés et de s'y opposer, le différend étant alors tranché par la chambre de l'instruction.

Cette proposition de loi recueille l'assentiment de la direction des affaires criminelles et des grâces.

⁵⁵. *Rapport* 2007, p. 21 ; *Rapport* 2008, p. 19 ; *Rapport* 2009, p. 22 ; *Rapport* 2010, p. 27 ; *Rapport* 2011, p. 34 ; *Rapport* 2012, p. 64.

Modification de l'article 179 du code de procédure pénale

Les développements qui suivent ont déjà été abordés dans les *Rapports* 2010, 2011, 2012⁵⁶. Ils concernent une difficulté de plus en plus fréquente à laquelle il devient urgent d'apporter une réponse législative.

Parmi les observations non suivies d'effet figurant au *Rapport annuel* 2012, l'invitation à clarifier les délais sanctionnés par la mise en liberté conserve une particulière actualité.

Dans cette problématique, la question de l'incidence de voies de recours irrecevables sur la computation de délais qui continuent de courir se pose avec le plus d'acuité.

On observe en effet une tendance forte à voir frapper d'appel, puis de pourvoi, des décisions de renvoi devant une juridiction de jugement correctionnelle, en principe non susceptibles de recours sauf cas particuliers (ordonnances mixtes ou statuant sur la compétence).

L'exercice de ces voies de recours, bien que donnant lieu à une décision d'irrecevabilité, crée une situation juridique floue au regard des textes sur la détention provisoire et des délais de comparution.

Par exemple, en matière correctionnelle, l'article 179 du code de procédure pénale prévoit en effet un délai de deux mois, dans lequel une personne renvoyée doit comparaître devant cette juridiction.

La chambre criminelle juge régulièrement qu'au cas d'appel contre l'ordonnance de renvoi, cet appel doit être jugé dans le délai de deux mois prévu par l'article 179 (Crim., 2 décembre 1971, pourvoi n° 71-92.789, *Bull. crim.* 1971, n° 336; Crim., 11 juin 1991, pourvoi n° 91-81.870, *Bull. crim.* 1991, n° 249; Crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 92-81.427, *Bull. crim.* 1992, n° 170; Crim., 18 août 2010, pourvoi n° 10-83.656, *Bull. crim.* 2010, n° 125).

Autrement dit, la chambre criminelle transpose à la procédure devant la chambre de l'instruction les dispositions applicables devant la juridiction de jugement, ce qui peut se comprendre pour des raisons pratiques mais n'a pas véritablement de justification au plan théorique, la comparution (éventuelle) devant la chambre de l'instruction ne pouvant naturellement être assimilée à celle qui interviendra devant la juridiction de jugement.

On voit en tout cas apparaître avec une récurrence certaine une stratégie par laquelle des mis en examen inscrivent sciemment un appel puis un pourvoi irrecevables, dans le seul but de voir courir à leur profit le délai de comparution devant la juridiction de jugement.

La chambre criminelle sera conduite à se prononcer sur ce type de manœuvres qui ne relèvent pas d'un exercice bien compris des droits de la défense mais qui consistent à rechercher un effet d'aubaine dans certaines lacunes ou incertitudes de la loi, du fait que durant la période intermédiaire de l'examen du pourvoi, les délais applicables ne sont plus ceux de l'instruction (le juge d'instruction est dessaisi par son ordonnance de

56. *Rapport* 2010, p. 41; *Rapport* 2011, p. 45; *Rapport* 2012, p. 63.

renvoi même frappée d'appel) ni encore ceux du jugement (le tribunal n'est pas valablement saisi par une ordonnance de renvoi frappée d'appel).

Il serait dès lors justifié :

1 – de prévoir, comme en matière criminelle où l'appel des ordonnances de mise en accusation est de droit (articles 186-2 et 574-1 du code de procédure pénale), un délai imparti à la chambre de l'instruction pour statuer sur tout appel, même irrecevable, concernant une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel;

2 – de conférer un statut juridique à la détention provisoire subie le temps de l'examen des voies de recours exercées contre l'ordonnance de renvoi;

3 – de préciser, à l'article 179 du code de procédure pénale, qu'au cas de voies de recours exercées contre l'ordonnance de renvoi devant la juridiction de jugement, le délai de comparution devant la juridiction de jugement ne commencera à courir qu'à compter de l'arrêt de la chambre de l'instruction non frappé de pourvoi, ou de la chambre criminelle statuant sur l'arrêt de la chambre de l'instruction.

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à cette modification, mais ne dispose pas de vecteur législatif (sauf à procéder par voie d'amendement dans le cadre du projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction).

Modification de l'article 181 du code de procédure pénale

À plusieurs reprises⁵⁷, il avait été proposé de modifier l'article 181 du code de procédure pénale en son alinéa 7, afin que le juge d'instruction statue, par une ordonnance motivée, sur le maintien ou non en détention provisoire du mis en examen lorsqu'il le met en accusation.

Des procédures soumises à la chambre criminelle conduisent à souligner à nouveau l'importance d'une modification de l'article 181, alinéa 7, 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, au moment où celui-ci est mis en accusation, alors que le texte actuel prévoit purement et simplement la poursuite de la détention provisoire initialement décidée.

Cette nouvelle décision conduirait à un débat contradictoire sur la détention provisoire. En cas de maintien, elle constituerait un nouveau fondement à la détention provisoire et clôturerait les contentieux nés antérieurement dans ce domaine.

L'avant-projet de code de procédure pénale diffusé le 3 mars 2010 prévoyait dans un article 433-37 : « 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. » Cette réforme pourrait intervenir indépendamment de la refonte du code de procédure pénale.

⁵⁷. *Rapport* 2008, p. 22 ; *Rapport* 2009, p. 24 ; *Rapport* 2010, p. 29 ; *Rapport* 2011, p. 37 ; *Rapport* 2012, p. 64.

La proposition n'a toujours pas été suivie d'effet.

La direction des affaires criminelles et des grâces n'est pas opposée à cette modification de mise en cohérence de la procédure criminelle avec la procédure correctionnelle. Elle ne dispose pas néanmoins de vecteur législatif (sauf à procéder par voie d'amendement dans le cadre du projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction).

Pouvoirs d'évocation de la chambre de l'instruction

Une clarification de la rédaction des dispositions du code de procédure pénale, notamment de l'article 207, relatives à la chambre de l'instruction et à ses pouvoirs d'évocation du dossier, était souhaitée⁵⁸.

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

L'avant-projet de réforme du code de procédure pénale du 1^{er} mars 2010 prévoyait 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.

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à une clarification, mais ne dispose pas de vecteur législatif (sauf à procéder par voie d'amendement dans le cadre du projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction).

Extension de l'appel en matière de contravention de police

Il était suggéré, dans les *Rapports* 2009, 2010, 2011, 2012⁵⁹, de réformer les dispositions de l'article 506 du code de procédure pénale en étendant le droit d'appel à toute la matière contraventionnelle.

La chambre criminelle tient à appeler à nouveau l'attention sur la nécessité de réformer les dispositions de cet article en étendant le droit d'appel en matière de contravention de police.

Outre les raisons précédemment invoquées, il convient d'insister sur le paradoxe résultant de ce que les justiciables peuvent saisir directement la Cour de cassation de pourvois contre les décisions les moins importantes prises par les juridictions pénales. Cette possibilité est largement utilisée par des justiciables. C'est ainsi qu'en 2011, 2012, 2013 ont été respectivement formés 502, 482, et 647 pourvois contre des jugements de juridictions de proximité.

En ce domaine, pour répondre à la crainte parfois exprimée d'un trop grand nombre d'appels, il pourrait en outre être envisagé, afin de limiter le nombre des recours dilatoires, de modifier l'article L. 223-6 du code de la route. Ce texte prévoit que les points du permis de conduire perdus à la suite du paiement d'une amende forfaitaire ou d'une amende forfaitaire majorée, ou à la suite d'une condamnation devenue définitive, sont récupérés dès lors qu'aucune nouvelle infraction ayant donné lieu à retrait de points

58. *Rapport* 2009, p. 33 ; *Rapport* 2010, p. 38 ; *Rapport* 2011, p. 43 ; *Rapport* 2012, p. 66.

59. *Rapport* 2009, p. 31 ; *Rapport* 2010, p. 37 ; *Rapport* 2011, p. 35 ; *Rapport* 2012, p. 62.

n'a été commise dans le délai prévu. Cette disposition incite les usagers à multiplier les recours afin que la perte de points n'intervienne pas au cours de ce délai. La loi pourrait utilement prévoir que c'est la date de l'infraction qui est prise en compte pour mettre obstacle à une récupération des points, et non la date de la perte effective des points à la suite d'une nouvelle infraction.

La direction des affaires criminelles et des grâces indique que la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 a supprimé la juridiction de proximité (à compter du 1^{er} janvier 2015, compte tenu du report de la réforme opéré par la loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012 relative aux juridictions de proximité), la matière contraventionnelle relevant désormais entièrement de la compétence du tribunal de police (même si celui-ci pourra être composé par un juge de proximité pour les décisions concernant les contraventions des quatre premières classes). Elle rappelle le risque de recours dilatoires, appels suivis de pourvois (sans que les appels entraînent ensuite nécessairement une diminution du nombre de pourvois), notamment en matière de contentieux routier. La proposition en matière de récupération des points devra être expertisée avec le ministère de l'intérieur. Il demeure selon la direction des affaires criminelles et des grâces un risque d'affaiblissement de la répression, de surcroît de charge importante pour les cours d'appel, et de maintien du nombre de pourvois devant la Cour de cassation.

Modification de l'article 665 du code de procédure pénale relatif aux requêtes en dépaysement dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice

La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles a modifié l'article 665 du code de procédure pénale en précisant que la requête devait être signifiée « à toutes les parties intéressées qui ont un délai de huit jours pour déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation ».

Or, le délai de huit jours est trop court pour permettre l'instruction du dossier par le cabinet du procureur général, puis par le rapporteur et l'avocat général, de sorte que, dans la pratique, la chambre criminelle est conduite, pour respecter ce délai, à n'enregistrer la requête que lorsque la date d'audience est fixée.

Il était donc suggéré⁶⁰ de porter le délai à un mois (et quinze jours pour le dépôt d'observations éventuelles).

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à un allongement du délai pour statuer sur les requêtes en dépaysement mais ne dispose pas de vecteur législatif.

60. *Rapport 2011*, p. 55 ; *Rapport 2012*, p. 71.

Adaptation de la procédure de dépôt des questions prioritaires de constitutionnalité devant les juridictions du fond (articles R. 49-21 et suivants du code de procédure pénale)

Il était proposé⁶¹ d'encadrer dans un délai déterminé le dépôt par les parties d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à compter de leur renvoi devant le tribunal correctionnel ou après la saisine de la cour d'appel afin d'éviter des remises en cause excessives du calendrier des juridictions du fond de nature à empêcher le déroulement des procès.

De telles exigences éviteraient qu'après une décision de non-transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel la même question reformulée soit posée à nouveau au même stade de la procédure (voir Crim., 13 septembre 2011, décision de non-transmission, pourvoi n° 11-90.081 ; nouvelle transmission dans la même procédure, par arrêt en date du 20 octobre 2011 de la même cour d'appel, d'une QPC identique).

La direction des affaires criminelles et des grâces émet un avis réservé sur cette proposition. Elle expose que dès lors que l'on n'exige pas que l'exception de nullité soit déposée dans un délai déterminé à compter du renvoi devant le tribunal correctionnel ou après la saisine de la cour d'appel, on ne peut exiger que ce soit le cas pour la QPC. La QPC n'est pas une prétention autonome mais un moyen dont le régime suit celui applicable à la demande au soutien de laquelle elle vient. Il paraît donc difficile d'imposer aux parties un tel délai pour déposer leur(s) question(s) à compter de leur renvoi devant le tribunal correctionnel ou de la saisine de la cour d'appel. En outre, un encadrement des conditions de dépôt des QPC au cours de la procédure pénale ne paraît pas pouvoir relever du domaine réglementaire, mais exige une loi organique, qui est donc soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, lequel n'est pas favorable à un encadrement, même minimal, des conditions de dépôt des QPC.

B. Suggestions nouvelles

Droit pénal

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

Pour mettre fin à l'impunité dont jouissaient certains conducteurs, auteurs d'infractions à la sécurité routière, du fait de l'impossibilité de les identifier de manière certaine particulièrement en cas de contrôle automatisé sans interception du véhicule, la loi n° 99-505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs a créé une présomption, aujourd'hui inscrite dans l'article L. 121-3 du code de la route, rendant le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule redevable pécuniairement de l'amende encourue pour des contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, sur le respect des distances de sécurité entre les véhicules,

61. *Rapport* 2011, p. 49 ; *Rapport* 2012, p. 68.

sur l'usage de voies et de chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et sur les signalisations imposant l'arrêt des véhicules, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il n'apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction.

La loi permet ainsi à tout titulaire d'un certificat d'immatriculation de s'exonérer de sa responsabilité pécuniaire en communiquant un ou plusieurs écrits attestant qu'il était, aux jour et heure du constat, en un autre lieu que celui où la contravention a été constatée. Par l'application de ce moyen, que la jurisprudence de la chambre criminelle admet comme étant conforme à la loi, la contravention commise reste sans suite judiciaire.

Une réforme législative pourrait utilement tirer les conséquences de ce constat d'inefficacité d'un dispositif important pour la sécurité routière, en s'inspirant de la rédaction de l'article L. 121-2 du code de la route, qui prévoit que le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est responsable pécuniairement des infractions à la réglementation sur le stationnement des véhicules ou sur l'acquiescement des péages pour lesquelles seule une peine d'amende est encourue, à moins qu'il 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.

La direction des affaires criminelles et des grâces est réservée sur la possibilité d'uniformiser les deux régimes de «présomption de culpabilité» institués respectivement par les articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route.

Elle expose en effet que les règles édictées par l'article L. 121-2 sont issues de la loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions (non soumise au Conseil constitutionnel). Le régime de présomption de culpabilité qu'il édicte s'applique à des infractions mineures : contraventions en matière de stationnement (puis de péage depuis 2003). L'article L. 121-3 du code de la route, applicable à des contraventions plus graves (infraction au respect des distances de sécurité, infraction à l'usage réservé de certaines voies, infraction aux signalisations imposant un arrêt) prévoit lui aussi un régime de présomption, mais moins fort, puisque la preuve contraire peut être rapportée par le propriétaire du véhicule en prouvant qu'il n'était pas l'auteur de l'infraction sans l'obliger à désigner l'auteur véritable pour s'exonérer. Pour mémoire, à l'origine, le projet de texte était rédigé sur le modèle de l'article L. 121-2. Toutefois, lors de l'examen de la loi du 18 juin 1999 précitée en commission des lois, le rapporteur a expliqué que, pour le régime initial, «les sommes en jeu sont beaucoup moins importantes qu'en matière d'excès de vitesse, infractions pour lesquelles le propriétaire du véhicule impliqué pourra se voir appliquer une amende allant jusqu'à 10 000 F». C'est pourquoi les parlementaires ont souhaité, en supprimant la référence aux renseignements que pourrait fournir le propriétaire pour permettre l'identification de l'auteur de l'infraction, éviter que cette disposition ne soit perçue comme une incitation à la délation. Revenir sur cet «équilibre politique» trouvé lors des débats devant le Parlement pourrait sembler délicat. Par ailleurs, dans sa décision du 16 juin 1999 (n° 99-411 DC Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs) sur cet article L. 121-3 (alors L. 21-2), le Conseil constitutionnel a bien précisé que ce n'est qu'à titre exceptionnel, notamment en matière contraventionnelle, que le législateur peut instituer des présomptions de culpabilité. Le Conseil a d'ailleurs souligné que l'intéressé pouvait renverser la présomption en prouvant la

force majeure ou apporter tous éléments justificatifs permettant d'établir qu'il n'était pas l'auteur de l'infraction. C'est donc un domaine dans lequel il faut être particulièrement prudent sur tout renforcement de la répression.

Procédure pénale

Modification de l'article 99-2 du code de procédure pénale

Cet article, en son alinéa 2, est ainsi libellé :

« Le juge d'instruction peut également ordonner, sous réserve des droits des tiers, de remettre à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués [AGRASC], en vue de leur aliénation, des biens meubles placés sous main de justice appartenant aux personnes poursuivies, dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité et dont la confiscation est prévue par la loi, lorsque le maintien de la saisie serait de nature à diminuer la valeur du bien. S'il est procédé à la vente du bien, le produit de celle-ci est consigné pendant une durée de dix ans. En cas de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement, ou lorsque la peine de confiscation n'est pas prononcée, ce produit est restitué au propriétaire des objets s'il en fait la demande. »

Quatre conditions sont donc prévues par ce texte :

- la confiscation est prévue par la loi ;
- la conservation du scellé n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité ;
- le bien appartient aux personnes poursuivies ;
- le bien est susceptible de perdre de la valeur.

Ce texte ne permet donc pas la remise à l'AGRASC de biens meubles qui ne sont pas juridiquement la propriété de personnes poursuivies. La chambre criminelle a ainsi, par un arrêt du 3 décembre 2013 (pourvoi n° 12-87.940), confirmé un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Fort-de-France qui avait refusé d'ordonner la remise d'un catamaran saisi dont la valeur diminuait, qui était la propriété non du mis en examen, mais d'une société dont celui-ci était l'unique ayant droit économique.

Par la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, le législateur a précisé le champ d'application des confiscations de patrimoine, celles-ci pouvant désormais porter non seulement sur les biens dont le condamné est propriétaire, mais aussi sur ceux dont il a la libre disposition. Par renvoi de l'article 706-148 du code de procédure pénale aux dispositions de l'article 131-21 du code pénal, le champ des saisies spéciales a également été élargi. Toutefois, la rédaction de l'article 99-2 du code de procédure pénale n'a pas été modifiée en conséquence.

Il serait donc utile que, par coordination, le texte de l'article 99-2, alinéa 2 (de même que l'alinéa 3 qui prévoit la remise aux services des domaines en vue de l'affectation à titre gratuit à des services de police), soit actualisé compte tenu de ces modifications, et que les biens dont la personne poursuivie a la libre disposition puissent également donner lieu à remise à l'AGRASC en vue de leur aliénation si les autres conditions légales sont remplies.

La direction des affaires criminelles et des grâces émet un avis favorable à la proposition consistant à étendre le champ de l'article 99-2, alinéa 2, du code de procédure

pénale pour ne pas le limiter aux biens appartenant à la personne poursuivie, d'autant plus que l'article 41-5, alinéa 2, du code de procédure pénale – corollaire de l'article 99-2, alinéa 2, pour l'enquête préliminaire – ne prévoit pas une telle limitation.

Elle expose qu'en effet, l'article 41-5, alinéa 2, vise simplement les « biens meubles saisis dont la conservation en nature n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité et dont la confiscation est prévue par la loi ». Il conviendrait donc d'aligner la rédaction de l'article 99-2, alinéa 2, du code de procédure pénale sur celle de l'article 41-5 du code de procédure pénale, c'est-à-dire de ne plus viser les seuls biens appartenant à la personne poursuivie mais de viser plus largement les biens dont la confiscation est prévue par la loi : outre la nécessaire cohérence entre les articles 41-5 et 99-2, cela permettrait d'inclure non seulement les biens dont la personne poursuivie a la libre disposition (ainsi que le souligne la Cour de cassation), mais également l'objet ou le produit de l'infraction, qui peuvent être confisqués en quelque main qu'ils se trouvent.

En revanche, la direction des affaires criminelles et des grâces est réservée quant à l'extension du champ de l'alinéa 3 de l'article 99-2 du code de procédure pénale (et de l'article 41-5) relatif à l'affectation à titre gratuit aux services d'enquête des biens saisis avant jugement. Bien que ce texte vise, comme l'alinéa 2, l'hypothèse où le maintien de la saisie serait de nature à diminuer la valeur du bien, le dispositif de l'alinéa 3 est plus attentatoire aux droits du propriétaire : en effet, le bien n'est pas vendu aux fins d'éviter une déperdition de valeur, mais remis au service des domaines aux fins d'affectation aux services de police judiciaire. Par ailleurs, il s'agit d'une procédure « lourde » sur laquelle la direction des affaires criminelles et des grâces a peu de recul. Une circulaire interministérielle NOR/INT/C 1323437C du 11 septembre 2013 est venue préciser les modalités de mise en œuvre de cette procédure et il a été convenu dans un premier temps d'en limiter l'usage aux véhicules. Il conviendrait d'attendre le retour des services d'enquête et des magistrats sur cette pratique (notamment afin d'examiner dans quelle mesure les véhicules saisis et affectés aux services d'enquête sont *in fine* confisqués et si la procédure se déroule dans des conditions satisfaisantes) avant d'envisager une extension du dispositif.

Modification des articles 148-2 et 194 du code de procédure pénale

La chambre criminelle a récemment connu de situations à l'occasion desquelles des demandes de mise en liberté avaient fait l'objet d'un examen par la juridiction de renvoi alors qu'un délai important s'était écoulé depuis des arrêts de cassation.

Les intéressés ont alors invoqué un dépassement du délai raisonnable au sens de l'article 5, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, exigence rappelée par les articles préliminaire et 144-1 du code de procédure pénale. Si, par un arrêt du 24 mai 2011 (pourvoi n° 11-81.118), la chambre criminelle a rejeté le pourvoi dans un cas où le délai ayant suivi la réception du dossier par la juridiction de renvoi avait été de vingt et un jours, elle a, le 12 juin 2013 (pourvoi n° 13-82.084), cassé un arrêt d'une chambre de l'instruction au motif que celle-ci ne s'était pas suffisamment expliquée sur le délai de sept mois s'étant écoulé entre l'arrêt de cassation et la décision de la juridiction de renvoi.

Il est en conséquence proposé de compléter les articles 148-2 et 194 du code de procédure pénale afin de rendre applicables les délais prévus par ces dispositions aux

cas dans lesquels doit statuer une juridiction saisie sur renvoi après cassation par la chambre criminelle.

Il serait opportun de prévoir une fixation du point de départ de ces délais à la date de réception par la juridiction de renvoi de l'arrêt et du dossier transmis par la Cour de cassation. Un parallélisme serait ainsi établi avec le point de départ du délai imposé à la chambre criminelle par l'article 567-2 du code de procédure pénale pour statuer sur un pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction rendu en matière de détention provisoire.

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à une modification, mais ne dispose pas de vecteur législatif (sauf à procéder par voie d'amendement dans le cadre du projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction).

Modification de l'article 199 du code de procédure pénale

Lorsque la chambre de l'instruction statue sur l'appel du ministère public à la suite d'une mise en liberté sous contrôle judiciaire de la personne mise en examen, la comparution personnelle de cette dernière à l'audience n'est pas prévue comme étant de droit à l'article 199 du code de procédure pénale. Ainsi, si le président de la chambre de l'instruction n'a pas ordonné la comparution personnelle du mis en examen, il n'est pas fait obligation à la chambre de permettre à celui-ci, avisé de la date d'audience et qui se présente, d'y assister et d'y présenter ses observations. Il serait nécessaire, pour un plein respect des droits de la défense et du principe du procès équitable, que la comparution personnelle soit de droit si l'intéressé ou son avocat en fait la demande.

Une telle précision irait dans le sens de la jurisprudence de la chambre criminelle qui veille à ce que le principe de la contradiction soit respecté. C'est ainsi que, par arrêt du 8 janvier 2013 (pourvoi n° 12-86.830), elle a cassé un arrêt d'une chambre de l'instruction décidant de placer en son absence une personne en détention provisoire sur appel du ministère public alors que le procureur général n'avait pas notifié l'avis d'audience au mis en examen par les soins du chef de l'établissement pénitentiaire dans lequel il savait qu'il était incarcéré.

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à une modification, mais ne dispose pas de vecteur législatif (sauf à procéder par voie d'amendement dans le cadre du projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction).

Modification de l'article 215 du code de procédure pénale

L'article 327 du code de procédure pénale, tel que modifié par l'article 10 de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et au jugement des mineurs, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012, dispose :

« Le président de la cour d'assises présente, de façon concise, les faits reprochés à l'accusé tels qu'ils résultent de la décision de renvoi.

Il expose les éléments à charge et à décharge concernant l'accusé tels qu'ils sont mentionnés, conformément à l'article 184, dans la décision de renvoi.

[...]

Dans sa présentation, le président ne doit pas manifester son opinion sur la culpabilité de l'accusé.

À l'issue de sa présentation, le président donne lecture de la qualification légale des faits objets de l'accusation.»

On rappellera que la mise en œuvre de ces dispositions ne soulève pas de difficulté si le mis en examen a fait l'objet d'une ordonnance de mise en accusation et de renvoi devant la cour d'assises rendue par un magistrat instructeur en application de l'article 184 du code de procédure pénale. En effet, ce texte dispose que :

« Les ordonnances rendues par le collège de l'instruction en vertu de la présente section contiennent les nom, prénoms, date, lieu de naissance, domicile et profession de la personne mise en examen. Elles indiquent la qualification légale du fait imputé à celle-ci et, de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non contre elle des charges suffisantes. Cette motivation est prise au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au collège de l'instruction en application de l'article 175, en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen. »

En revanche, lorsque la mise en accusation est ordonnée par une chambre de l'instruction notamment après réformation d'une ordonnance de non-lieu, les textes des articles 214 et 215, qui n'ont pas pris en compte la nouvelle rédaction de l'article 327 du code de procédure pénale, ne font toujours pas expressément obligation à la chambre de l'instruction de faire apparaître les éléments à charge et à décharge lorsqu'elle met en accusation une personne et ordonne son renvoi devant la cour d'assises.

L'article 214 du code de procédure pénale dispose ainsi que :

« Si les faits retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction qualifiée crime par la loi, la chambre de l'instruction prononce la mise en accusation devant la cour d'assises [...] »

L'article 215 du même code ajoute :

« L'arrêt de mise en accusation contient, à peine de nullité, l'exposé et la qualification légale des faits, objet de l'accusation, et précise l'identité de l'accusé. Il précise également, s'il y a lieu, que l'accusé bénéficie des dispositions de l'article 132-78 du code pénal.

Les dispositions de l'article 181 sont applicables [...] »

Jusqu'à une date récente, la chambre criminelle jugeait que la seule obligation qui était faite à une chambre de l'instruction était de relever l'existence de charges suffisantes et de répondre aux articulations essentielles du mémoire, ce qui, il est vrai, contraint à reprendre pour partie les éléments avancés à décharge par la défense.

Par un arrêt du 5 novembre 2013 ⁶², la chambre criminelle a infléchi très sensiblement sa jurisprudence, estimant nécessaire que les arrêts de mise en accusation soient motivés à charge et à décharge :

62. Crim., 5 novembre 2013, pourvoi n° 13-85.828.

« Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation de l'article 184 du code de procédure pénale ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que M. X... a été mis en examen du chef de viols commis sur la personne de la fille de sa compagne, mineure de quinze ans ; qu'à l'issue de l'information, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu dont l'administrateur *ad hoc* de la mineure a interjeté appel et qui a été infirmée par la chambre de l'instruction ;

Attendu qu'en cet état, les motifs de l'arrêt, qui, pour l'énoncé des éléments à décharge, reproduit les mentions de l'ordonnance de non-lieu infirmée et satisfait ainsi aux exigences du texte visé au moyen, mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction, après avoir exposé les faits et répondu comme elle le devait aux articulations essentielles du mémoire dont elle était saisie, a relevé l'existence de charges qu'elle a estimées suffisantes contre M. X... pour ordonner son renvoi devant la cour d'assises sous l'accusation de viols aggravés ;

Qu'en effet, les juridictions d'instruction apprécient souverainement si les faits retenus à la charge de la personne mise en examen sont constitutifs d'une infraction, la Cour de cassation n'ayant d'autre pouvoir que de vérifier si, à supposer ces faits établis, la qualification justifie la saisine de la juridiction de jugement ;

Que, dès lors, le moyen ne peut qu'être écarté. »

Il paraîtrait donc opportun que l'article 215 du code de procédure pénale soit mis en harmonie avec les articles 327 et 184 du code de procédure pénale. La même modification devrait affecter l'article 213 du code de procédure pénale.

La direction des affaires criminelles et des grâces souligne qu'à son sens c'est lors de l'adoption de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale que les dispositions de l'article 215 du code de procédure pénale n'ont pas été mises en cohérence avec la nouvelle rédaction de l'article 184 que cette loi modifiait pour introduire l'exigence d'une énumération des éléments à charge et à décharge.

Cette incohérence n'a pas été nécessairement renforcée par la loi du 10 août 2011 précitée qui impose au président de la cour d'assises d'exposer les éléments à charge et à décharge du dossier puisqu'il peut utilement se référer à l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction pour y trouver les éléments à décharge.

Néanmoins, la direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à une harmonisation, mais ne dispose pas de vecteur législatif (sauf à procéder par voie d'amendement dans le cadre du projet de loi relatif à la collégialité de l'instruction).

Modification de l'article 308 du code de procédure pénale

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, l'article 308 du code de procédure pénale permet au président de la cour d'assises d'ordonner l'enregistrement des débats. Il serait souhaitable que cet enregistrement, au lieu d'être laissé à l'appréciation du président de la cour d'assises, soit rendu obligatoire, au moins lorsqu'une partie le demande.

Cet enregistrement pourrait ainsi être utilisé dans le cadre de la procédure de révision. Il pourrait également s'avérer utile lors du réexamen en appel de l'affaire.

Dans le cadre de la mission d'information sur la révision des condamnations pénales conduite par M. Alain Tourret et M. Georges Fenech, dont le rapport a été déposé en décembre 2013, l'attention des rapporteurs a été appelée sur le caractère potentiellement perturbateur d'une caméra et sur le fait que cette technologie serait soumise à un plus grand nombre d'aléas pratiques que l'enregistrement sonore.

En conséquence, la proposition de loi, faisant suite au rapport de cette mission, relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen des procédures pénales définitives, prévoit une obligation d'enregistrement uniquement sonore des débats des cours d'assises, sous le contrôle du président de la cour d'assises.

Cette proposition de loi recueille l'assentiment du cabinet de la garde des sceaux et de la direction des affaires criminelles et des grâces.

Modification de l'article 503, alinéa 3, du code de procédure pénale

L'article 503 du code de procédure pénale prévoit que la déclaration d'appel faite par la personne détenue auprès du chef de l'établissement pénitentiaire est adressée sans délai au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, le greffier en assurant la transcription.

La chambre criminelle est confrontée de manière récurrente à la question de la combinaison de ces dispositions avec celles de l'article 194, dernier alinéa, du code de procédure pénale, qui prévoient les délais d'examen de ces appels par la chambre de l'instruction. Selon sa jurisprudence, le point de départ des délais fixés par ce dernier texte est la date de la transcription de la déclaration d'appel. Or, bien que l'article 503 précise que la transmission doit être faite sans délai, il arrive que le délai effectif entre la déclaration d'appel et le moment où elle est transcrite soit excessif.

Il est donc proposé de compléter le troisième alinéa de l'article 503 du code de procédure pénale en prévoyant que la déclaration d'appel est adressée le jour même ou, au plus tard, le premier jour ouvrable suivant, en original ou en copie, au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, transcrite sur le registre prévu par l'article 502, troisième alinéa, et annexée à l'acte dressé par le greffier, le jour de sa réception ou, au plus tard, le premier jour ouvrable suivant.

La direction des affaires criminelles et des grâces s'interroge sur l'opportunité de cette proposition.

En effet, les difficultés soulevées relèvent non d'une mauvaise écriture de la loi puisque celle-ci prévoit une transmission « sans délai » qui s'impose à tous, mais d'un dysfonctionnement ponctuel dans certains établissements pénitentiaires. Pour rappeler les dispositions textuelles et les bonnes pratiques, une circulaire ou une dépêche cosignée par la direction des affaires criminelles et des grâces et par la direction de l'administration pénitentiaire pourrait paraître suffisante.

Il serait également envisageable d'apporter par décret simple ces précisions, en indiquant, dans un article «D», que «si la transmission n'est pas faite le jour même⁶³, elle doit intervenir au plus tard le premier jour ouvrable suivant», décret qui serait ensuite suivi d'une circulaire.

63. Il est en effet difficile d'exiger une transmission le jour même si la déclaration est faite en toute fin de journée, juste avant la fermeture du greffe de la maison d'arrêt.



LIVRE 3 **ÉTUDE**

Reproduction autorisée avec indication de la source
Utilisation commerciale interdite

L'ORDRE PUBLIC

**En collaboration avec M. le professeur Guillaume Drago
et le comité de rédaction composé de :**

M. Pierre Bargue
M. Pierre Chevalier
M. Alexis Contamine
Mme Renée Koering-Joulin

ont contribué à l'étude :

M. Hugues Adida-Canac
M. Frédéric Arbellot
Mme Thérèse Aubert-Monpeyssen
M. Gildas Barbier
M. Jean-Marc Béraud
M. Patrick Bonnet
Mme Sophie Canas
Mme Claire Carbonaro
Mme Delphine Chauchis
M. Alexis Contamine
Mme Catherine Corbel
Mme Anne-Élisabeth Crédeville
M. Samuel Crevel
M. Fabrice Delbano
Mme Sophie Depelley
M. Grégoire Finidori
M. Philippe Flores
M. Thierry Fossier
M. Didier Guérin
Mme Hélène Guillou
Mme Dominique Guirimand
Mme Isabelle Guyon-Renard
Mme Isabelle Harel-Dutirou
M. Dominique Hascher
M. Jean-Guy Huglo
Mme Renée Koering-Joulin

Mme Pascale Labrousse
M. Alain Lacabarats
Mme Rachel Le Cotty
M. Édouard de Leiris
M. Alexandre Linden
Mme Agnès Maitrepierre
M. Patrick Matet
M. Philippe Mollard
Mme Christine Moreau
Mme Julie Mouty-Tardieu
Mme Laurence Pécaut-Rivolier
M. Xavier Prétot
M. Jean-Pierre Rémercy
Mme Murielle Robert-Nicoud
M. Cyril Roth
M. Renaud Salomon
M. Xavier Savatier
M. Christophe Soulard
M. Gilles Straehli
M. Yves Struillou
M. Olivier Talabardon
Mme Nina Touati
M. Thomas Vasseur
M. Samuel Vitse
M. Raphaël Weissmann
Mme Emmanuelle Wurtz

AVANT-PROPOS

Par M. Guillaume Drago,
Professeur à l'université Panthéon-Assas, Paris 2

« *Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême* ».

Portalis.

L'ordre public. L'expression sonne comme une injonction, comme un impératif catégorique rappelé aux acteurs du Droit et de la Justice.

Notion complexe et protéiforme, l'ordre public apparaît comme l'horizon de l'État légal fixant les bornes de ce qui est possible et de ce qui est interdit, comme le rappel des limites qu'il ne faut pas franchir afin de conserver ce vouloir vivre ensemble qui fait une Nation. Le Droit suppose un ordre, ordre politique et ordre d'une société, ordre de droits et d'obligations, ordre de règles de fond et de procédure. Le Droit porte ainsi en lui-même un principe d'ordre public.

Faut-il commencer par définir l'ordre public ? En toute logique, la définition devrait être donnée après la lecture de cette Étude du *Rapport* 2013 de la Cour de cassation. Pourtant, la présentation de ce sujet implique de savoir un tant soit peu de quoi l'on parle et ce que l'on veut présenter.

Contours d'une notion

Dans la notion d'ordre public, il faut d'abord voir l'expression d'une autorité qui s'impose aux destinataires d'une règle de droit. Ainsi, dans une première acception, la plus large, l'ordre public est l'expression de l'impérativité d'une règle de droit à laquelle on ne peut déroger. De ce point de vue, l'ordre public conduit à la restriction de certaines libertés, liberté d'agir, de contracter, ou au contraire ordonne d'agir d'une certaine façon conforme à ce qu'il impose, ce qui est une autre forme de restriction de la liberté.

Ce caractère impératif de l'ordre public se manifeste de deux façons, pour reprendre les deux catégories identifiées par Jean Combacau (« Conclusions générales » in *L'Ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruylant, 2001, p. 415 et s.).

D'une part, l'ordre public relève du maintien d'un ordre, face à certains désordres qui se traduisent par des « agissements matériels » (J. Combacau, art. préc., p. 419). C'est alors l'ordre public au sens classique du maintien de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publiques et des impératifs de la loi pénale. Cet ordre public concerne les comportements, vient les réguler, par des interdictions ou des injonctions de faire ou de ne pas faire. Ce premier ordre public est celui de la régulation de comportements matériels, c'est un ordre public de police, au sens le plus général et le plus classique du terme.

D'autre part, on trouve une seconde catégorie d'ordre public qui relève de techniques juridiques qui « se rassemblent toutes sous une idée commune : les titulaires d'un pouvoir légal, c'est-à-dire d'un pouvoir de produire des effets de droit par leurs agissements, ne peuvent l'exercer en toute liberté car des règles s'imposent à eux dans la façon dont ils en usent » (J. Combacau, art. préc., p. 420). Cette seconde catégorie est bien celle de l'article 6 du code civil selon lequel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Cet ordre public là est celui qui vient de l'extérieur imposer ou interdire, en fonction d'exigences supérieures étatiques, extra-étatiques, internationales (conventionnelles ou non conventionnelles) ou supranationales comme celles du droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou du droit de l'Union européenne.

En effet, l'ordre public procède d'abord de la règle de droit, et au premier rang de ces règles, il faut placer la Constitution qui forme un ensemble juridique d'ordre public par nature parce qu'il s'impose nécessairement. Et il est significatif de remarquer combien les normes constitutionnelles sont aujourd'hui une référence essentielle de la jurisprudence de la Cour de cassation et pas seulement à cause ou à l'occasion de la question prioritaire de constitutionnalité.

D'abord, parce que la Constitution fait naître un ordre public politique en forgeant les institutions de l'État. Bien plus, la Constitution organise la règle de droit, dans son processus d'édiction certes, mais aussi en hiérarchisant les normes, cette hiérarchie étant la manifestation d'un ordre juridique qui s'impose à tous les organes de l'État.

Plus précisément, du point de vue constitutionnel, l'ordre public est nécessaire à l'exercice des libertés, est ce qui tend à assurer la garantie effective des droits et libertés constitutionnels. C'est ce que rappelle régulièrement le Conseil constitutionnel en disant que « la prévention des atteintes à l'ordre public est nécessaire à la sauvegarde des droits de valeur constitutionnelle ».

Ainsi, les pouvoirs publics doivent être attentifs à assurer une conciliation équilibrée entre libertés et ordre public, conciliation qui revient à la loi, selon l'article 34 de la Constitution. C'est ce qu'exprime le Conseil constitutionnel en rappelant que « en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; [...] dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré » (Cons. const., 25 janvier 1985, décision n° 85-187 DC, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances. Sur l'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, voir Ch. Vimbert, *RD publ.*, 1994, p. 693 et s., et, plus récemment, A. Roblot-Troizier, in *L'Ordre public*, sous la direction de Ch.-A. Dubreuil, Cujas, 2011, p. 309 et s. Plus généralement, N. Jacquinet, *Ordre public et Constitution*, thèse, Aix-Marseille 3, 2000).

Cette prise de position du Conseil constitutionnel souligne le rôle du juge, gardien de l'ordre public, ici de l'ordre public constitutionnel. Il existe donc, comme le souligne Étienne Picard, « cette clause générale et implicite d'ordre public qui veut que tout droit et toute liberté, même de rang constitutionnel, ne puisse s'exercer que sous réserve des exigences de l'ordre public » (« Introduction générale » in *L'Ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, op. cit., p. 36) et qu'il appartient au juge de rappeler les exigences de l'ordre public.

Ce constat doit être élargi à tous les juges. Tout juge peut être conduit à déterminer lui-même les restrictions aux droits que peuvent exiger les nécessités de l'ordre public. Et l'étude du *Rapport* 2013 de la Cour de cassation souligne à loisir combien la Cour régulatrice exerce cette fonction dans toutes les composantes du droit.

L'ordre public manifeste donc une double limitation. Il crée d'abord un mécanisme d'habilitation donné aux autorités publiques pour restreindre légitimement certains droits ou certaines libertés. Cette limitation des droits et libertés est organisée et encadrée, sous le contrôle du juge.

Dans le même temps, comme on l'a vu, cet ordre public comporte en lui-même des limites, des restrictions qui imposent de ne pas dépasser un certain degré dans l'atteinte portée aux droits et libertés.

C'est ici qu'intervient le juge pour identifier ce qui relève de l'ordre public et ce qui n'en relève pas. C'est peut-être dans cette identification de l'ordre public et des atteintes qui lui sont portées que le rôle régulateur du juge se manifeste de la façon la plus éclatante. Qu'il s'agisse de la restriction de libertés pour des raisons d'ordre public, ou de la mise à l'écart d'effets habituellement attachés à une règle de droit telle que l'exception d'ordre public opposée à l'application de la loi étrangère ou à la reconnaissance d'un jugement étranger, le juge constate que l'exercice d'une prérogative légale cède devant un impératif qualifié d'ordre public et qu'il a qualité pour identifier, qualifier et appliquer.

Il y a en effet, dans la mise en œuvre de l'ordre public, un versant fortement procédural qui souligne également la fonction du parquet comme gardien premier de l'ordre public, ce dont témoigne l'article 423 du code de procédure civile qui reconnaît au ministère public le pouvoir d'agir « pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

Diversité de l'ordre public

Quand on pense à l'ordre public, la première réflexion nous porte vers l'article 6 du code civil qui énonce que « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Ce n'est pas une définition mais une limite posée à la liberté contractuelle. Car la manifestation de l'ordre public, dans le code civil, consiste à le poser en limite à la liberté contractuelle.

Ce « refoulement [...] dans le domaine contractuel », François Terré l'explique ainsi, et on ne saurait mieux dire : « En matière contractuelle, la liberté était première, sinon au fondement de l'engagement obligatoire, du moins dans la hiérarchie des préoccupations. L'ordre public remplissait un rôle, mais principalement afin d'assurer le plein exercice de la liberté contractuelle » (« Rapport introductif » in *L'Ordre public à la fin du XX^e siècle*, avec la coordination de Th. Revet, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 1996, p. 4 ; voir aussi M. Mekki, *L'Intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, coll. « Bibl. de droit privé », tome 411, LGDJ, 2004).

Cet ordre public, en tant que limite, se retrouve aussi dans l'article 1128 du code civil qui prohibe *a contrario* les conventions sur les choses qui sont hors du commerce et qu'on utilise en jurisprudence dans les domaines du droit des personnes et de la famille. On peut encore citer les articles 1131 et 1133 du même code qui, par combinaison,

conduisent à l'annulation des conventions dont la cause est prohibée par la loi ou qui sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Où l'on constate que l'article 6 du code civil a une vocation plus large que les contrats au sens strict et que le terme de « loi » qu'il emploie a un sens générique et non formel. On pourrait même dire que, par « loi », on entend loi sociale, loi généralement reconnue par la société, à un moment et selon un contexte donnés.

Et François Terré de souligner une deuxième manifestation de l'ordre public, hors la matière contractuelle : « Ailleurs, sa fonction était bien différente : il servait à la sauvegarde de tout un ordre social ; celui d'un État et d'une société donnés. En cela il était inséparable d'un ordre politique et social, de sorte que sa fonction protectrice avait là un objet différent. Il était médiateur entre l'individu et la société globale, par l'intermédiaire de la famille, ce qui a fait de l'ordre public familial, une manifestation par excellence de l'ordre public » (*id.*, p. 4).

Laissons de côté cette sœur de l'ordre public que sont les « bonnes mœurs » citées par l'article 6 du code civil, quoique la dignité de la personne, la liberté de celle-ci, la lutte contre les contrats à objet immoral ou de spéculation, s'ils relèvent de la catégorie des bonnes mœurs, sont aussi la manifestation d'un ordre public, peut-être aussi important en ce qu'il défend la personne et les relations juridiques contractuelles dans ce qu'elles ont de plus essentiel.

Peut-on présenter une typologie de l'ordre public ? Au-delà de la définition générale que l'on vient de donner, et de l'existence d'un « ordre public politique et constitutionnel » dont on a cherché à dessiner les contours, on ne peut que faire le constat d'une juxtaposition de conceptions de l'ordre public appliquées à des matières, à des situations.

L'ordre public est ainsi toujours *situé*, selon une configuration donnée. Il est tantôt un ordre de limitation des libertés, tantôt un ordre de protection de ces libertés, mais aussi un ordre de fondation de valeurs (c'est le plan de la thèse de Marie-Caroline Vincent-Legoux, *L'Ordre public. Étude de droit comparé interne*, coll. « Les grandes thèses du droit français », PUF, 2001 ; préf. J.-P. Dubois).

Il faut constater, avec Jean Hauser et Jean-Jacques Lemouland, que « l'ensemble ordre public a un contenu éminemment variable en fonction de ce que la société, à un moment donné, estime suffisamment important pour l'élever à la consécration de l'intérêt général. Cette variabilité dans le détail du contenu n'exclut pas une certaine permanence dans les rubriques qui découpent la notion » (*Rép. dr. civ.*, Dalloz, V° Ordre public et bonnes mœurs, mars 2004, mise à jour juin 2013, n° 31).

Ainsi, il est classique de distinguer ordre public de direction et ordre public de protection, en constatant que, dans certaines matières, l'ordre public de direction est en régression, comme en matière économique, alors que l'ordre public de protection se développe, par exemple au profit des consommateurs.

Certains types d'ordre public ont vu leur contenu, sinon leur conception même, se modifier substantiellement. Ainsi de l'ordre public familial, dont les caractères sont intimement liés aux évolutions sociales et qui n'est plus intangible (voir J. Hauser, « L'ordre public dans les relations de famille », Rapport français, in *L'Ordre public. Travaux de l'association H. Capitant*, Journées libanaises, tome XLIX, LGDJ, 1998, p. 475 et s.). De même, le droit des personnes demeure, aujourd'hui plus que jamais, le domaine privilégié d'intervention de règles d'ordre public, comme les principes de l'indisponibilité

et de l'immutabilité de l'état des personnes en témoignent. Mais on peut faire le même constat de l'importance de l'ordre public dans le droit du mariage, de la filiation, comme dans le droit patrimonial de la famille.

L'ordre public des biens apparaît plus stable alors que l'ordre public des personnes et de la famille connaît des bouleversements dont on ne mesure pas encore les effets sur la structuration de la société et à propos duquel la Cour de cassation exerce sa fonction régulatrice avec une mesure qu'il faut souligner.

Les particularités de l'ordre public social doivent être remarquées. D'abord par l'importance quantitative du recours à cette notion, tant par la loi que par les mécanismes conventionnels et leur utilisation par le juge. Mais c'est bien cette diversité des sources de l'ordre public social qu'il faut souligner et qui en fait une catégorie spécifique d'ordre public. À son égard, on parle parfois d'ordre public absolu, auquel on ne peut déroger, comme la compétence des conseils de prud'hommes, ou les libertés et droits fondamentaux des travailleurs, qui trouvent d'ailleurs leurs fondements dans les règles constitutionnelles du préambule de 1946 (sur ce débat, voir Th. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'Ordre public à la fin du XX^e siècle*, préc., p. 43 et s.).

De nouveaux terrains de l'ordre public apparaissent avec un « ordre public rural » en construction, et un ordre public environnemental en plein développement. De même, les relations économiques ne sont pas absentes d'application d'un ordre public « assurantiel » ou de consommation, expression d'un ordre public économique qui cherche son équilibre entre liberté d'entreprendre et sécurité juridique.

On remarquera, à la lecture de l'Étude, l'importance prise par l'ordre public en droit international, qu'il s'agisse des réserves d'ordre public dans le droit conventionnel, ou dans l'éviction de la loi étrangère, par exemple en droit de la famille. Cet ordre public se manifeste aussi fortement en droit pénal, non pas pour rejeter les normes internationales mais au contraire pour faire application d'un ordre public international répressif.

Plus largement, on souligne l'importance, pour la Cour de cassation, de la conception française de l'ordre public international qui a pour fonction d'empêcher la perturbation que peut produire l'application de normes étrangères dont le contenu heurte les conceptions de l'ordre juridique du for.

Le domaine processuel est aussi devenu un terrain privilégié de l'ordre public. Les garanties fondamentales du procès, principe de la contradiction, droits de la défense, peuvent ainsi être qualifiées d'ordre public « plein », pour reprendre l'expression de la Cour de cassation, conception d'un ordre public largement influencé depuis longtemps par le droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aujourd'hui par les exigences constitutionnelles. Mais il ne faut pas laisser de côté les moyens d'ordre public qui forment la charpente de l'organisation juridictionnelle et de la procédure et qui, dépassant les intérêts privés, mettent en jeu les intérêts généraux de la société.

Le domaine pénal est évidemment le terrain d'élection de l'ordre public en ce que les lois pénales sont intrinsèquement d'ordre public, comme le souligne l'Étude.

Enfin, on constatera l'importance donnée à la présentation des finalités de l'ordre public comme un ordre de protection et de prévention des atteintes qui peuvent être portées tant au sujet de droit qu'à la société de façon plus générale.

Plan de l'Étude

Au terme de cet avant-propos, on constate que les sources de l'ordre public doivent d'abord être identifiées avant d'en définir les contours. C'est bien la démarche intellectuelle qui a été suivie par cette Étude du *Rapport* 2013 de la Cour de cassation puisque sa première partie porte sur les « Sources de l'ordre public ».

Selon une présentation classique, sont ainsi distinguées les sources internationales (titre 1^{er}), les sources européennes (titre 2), au double sens de sources du droit de l'Union européenne et des autres sources conventionnelles, particulièrement la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Enfin, les sources internes (titre 3) distinguent les sources constitutionnelles, les sources législatives qui contiennent des dispositions d'ordre public, enfin les « principes essentiels du droit français » que la jurisprudence de la Cour de cassation a identifiés et auxquels elle confère la qualité de règles d'ordre public. On accordera une importance particulière à ce chapitre qui manifeste la vocation régulatrice de la Cour et sa fonction de « veilleur » de l'ordre public français.

C'est donc ensuite dans une deuxième partie que la « Notion d'ordre public » est identifiée dans la jurisprudence de la Cour de cassation. On trouve dans cette partie les éléments de la distinction que l'on propose au début de cet avant-propos : celle d'un ordre public procédural (titre 1^{er}) et d'un ordre public substantiel (titre 2).

Une troisième partie de l'Étude est consacrée assez logiquement aux « Finalités de l'ordre public ». Il a paru important de distinguer ici entre un ordre public qui conduit à protéger le sujet de droit dans sa vie personnelle et familiale, dans ses relations de travail, économiques et sociales ainsi que dans le cadre du procès (titre 1^{er}), d'un autre versant de l'ordre public dont la finalité est la protection de la société (titre 2). Cette protection apparaît tantôt comme une limite aux garanties fondamentales, tantôt comme limite à la reconnaissance d'un droit.

L'ordre public, recherche d'harmonie

« Un rocher, il nous faut un rocher », disait Jean Carbonnier, dans son « Exorde » au colloque consacré à *L'Ordre public à la fin du XX^e siècle* (*op. cit.*, p. 1). Serait-ce cela, l'ordre public ? Un rocher, contre lequel se briseraient toutes les tentatives centrifuges des citoyens, des groupes sociaux et du communautarisme au sein de la société ? François Terré constate que « [la] coexistence [entre ordre et désordre] est naturelle » (art. préc., p. 8) et que « l'ordre ne serait qu'un désordre dominé », mais aussi que « l'ordre public va de pair avec une préoccupation d'harmonie ».

L'ordre public comme recherche de l'harmonie, à mille lieues d'une conception répressive ou étriquée. Comme le rappelle encore François Terré (art. préc., p. 11), « l'ordre public est d'abord celui d'un peuple qui s'affirme et se perpétue malgré les vicissitudes, les aventures, les heurs et les malheurs de son histoire ». C'est cette recherche d'harmonie que révèle le thème de l'Étude du *Rapport* 2013 de la Cour de cassation.



L'ordre public

L'ORDRE PUBLIC

PARTIE 1 – SOURCES DE L'ORDRE PUBLIC	111
TITRE 1 – SOURCES INTERNATIONALES	111
Chapitre 1 – Normes internationales	111
Section 1 – Textes internationaux	111
§ 1. Primauté des normes internationales	111
§ 2. Réserves conventionnelles et exceptions d'ordre public	113
A. <i>Conventions prévoyant une réserve d'ordre public</i>	113
1. Dans le domaine de l'entraide civile et de l'arbitrage	113
2. Dans le domaine de l'état, de la capacité des personnes et du droit de la famille	113
3. Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique	114
B. <i>Réserves et exceptions d'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation</i>	115
1. Obstacles à la reconnaissance d'une décision étrangère	116
2. Éviction de la loi étrangère	117
§ 3. Ordre public international en matière pénale	118
A. <i>S'agissant des crimes contre l'humanité</i>	118
B. <i>S'agissant de la compétence universelle</i>	119
Section 2 – Coutume internationale	121
§ 1. Devant les chambres civiles	121
§ 2. Devant la chambre criminelle	123
A. <i>Coutume internationale et norme d'incrimination</i>	123
B. <i>Coutume internationale et immunité de juridiction</i>	124
Section 3 – <i>Jus cogens</i>	125
§ 1. Devant la chambre criminelle	125
§ 2. Devant les chambres civiles	126
Chapitre 2 – Conception française de l'ordre public international	127
Section 1 – Devant les chambres civiles	128
§ 1. Présentation générale	128
A. <i>Lois de police et définition de l'ordre public international</i>	128
B. <i>Ordre public atténué et ordre public de proximité</i>	129
§ 2. Illustrations de la conception française de l'ordre public international substantiel	130
A. <i>Principe d'égalité des époux</i>	130
B. <i>Principe d'égalité des parents</i>	130
C. <i>Principe du droit à une filiation</i>	131
D. <i>Principe d'ordre public alimentaire</i>	132
E. <i>Principe d'indisponibilité de l'état des personnes</i>	132
F. <i>Principe de proportionnalité de la sanction pécuniaire</i>	132
G. <i>Intérêt de l'enfant</i>	133
§ 3. Illustrations de la conception française de l'ordre public international dans le domaine des entreprises en difficulté	133

<i>A. Ordre public international et reconnaissance d'une décision étrangère ouvrant la procédure collective</i>	133
1. Un ordre public international essentiellement fondé sur le respect des droits de la défense.....	134
2. Un ordre public international utilisé pour apprécier indirectement la compétence étrangère	135
<i>B. Rôle de l'ordre public international dans l'application du droit des procédures collectives</i>	136
1. Ordre public international au regard de l'évolution du droit national.....	136
2. Respect des règles essentielles du droit français des procédures collectives imposé aux sentences arbitrales prononcées à l'étranger ou en matière d'arbitrage international.....	139
§ 4. Illustrations de la conception française de l'ordre public international procédural	139
<i>A. Garanties fondamentales de la procédure</i>	139
<i>B. Principe de motivation du jugement</i>	140
<i>C. Principe du droit d'accès au juge</i>	140
Section 2 – Devant la chambre criminelle	142
§ 1. La compétence universelle pour les infractions relevant de la Cour pénale internationale.....	142
§ 2. La défense des droits fondamentaux de la personne poursuivie dans le cadre de l'entraide judiciaire <i>lato sensu</i> entre États	143
<i>A. En matière d'extradition</i>	143
<i>B. En matière de mandat d'arrêt européen</i>	144
<i>C. En matière d'entraide judiciaire internationale</i>	145

TITRE 2 – SOURCES EUROPÉENNES

Chapitre 1 – Droit de l'Union européenne	147
Section 1 – Devant les chambres civiles	147
§ 1. Droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union européenne	147
<i>A. Principes posés par la Charte des droits fondamentaux</i>	147
<i>B. Principe général de non-discrimination</i>	150
§ 2. L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	150
Section 2 – Devant la chambre criminelle	151
Section 3 – Primauté du droit de l'Union européenne et question prioritaire de constitutionnalité	154
Chapitre 2 – Droit conventionnel	155
Section 1 – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.....	156
§ 1. Impérativité des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.....	156
<i>A. Dans le domaine de l'organisation judiciaire et du droit processuel</i> ...	156
<i>B. En droit social</i>	158
<i>C. Question spécifique de la dissimulation du visage dans l'espace public devant la chambre criminelle</i>	161
§ 2. Application des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devant la Cour de cassation.....	166

§ 3. Conflits d'impérativité entre inconstitutionnalité et inconvencionnalité ?	168
Section 2 – Autres conventions	169
§ 1. Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe	169
§ 2. Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière	171
§ 3. Convention sur la cybercriminalité.....	172
§ 4. Convention relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes	173
TITRE 3 – SOURCES INTERNES	177
Chapitre 1 – Sources constitutionnelles.....	177
Section 1 – La primauté de la Constitution.....	177
Section 2 – La suprématie des traités tirée de l'article 55 de la Constitution.....	179
Section 3 – Principe d'ordre public de la séparation des autorités administratives et judiciaires.....	182
Section 4 – Ordre public invoqué à l'occasion de questions prioritaires de constitutionnalité	185
§ 1. Devant la chambre criminelle.....	185
§ 2. Devant les chambres civiles	187
Section 5 – Sources constitutionnelles en droit social	189
Chapitre 2 – Critères d'identification des dispositions d'ordre public au sein d'un texte.....	191
Section 1 – Exemple du droit de la sécurité sociale	191
§ 1. Assurance maladie	191
§ 2. Assurance chômage	193
§ 3. Droit de la santé et protection sociale	194
Section 2 – Exemple du droit du travail.....	194
Section 3 – Exemple du statut locatif.....	196
Chapitre 3 – Consécration jurisprudentielle des principes essentiels du droit français.....	199
PARTIE 2 – NOTION D'ORDRE PUBLIC	201
TITRE 1 – ORDRE PUBLIC PROCÉDURAL	201
Chapitre 1 – Ordre public procédural interne	201
Section 1 – Devant les chambres civiles	201
§ 1. Conduite de la procédure	201
<i>A. Procédure empreinte d'ordre public : l'exemple du droit de la sécurité sociale</i>	201
1. Durant la phase précontentieuse.....	201
2. Durant la phase contentieuse.....	202
a. Concernant l'accès au juge	202
<i>α. Nullité des conventions tendant à la renonciation au procès</i>	202
<i>β. Compétence exclusive de la juridiction de sécurité sociale pour connaître des demandes d'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail</i>	203

b. Incidences sur les pouvoirs du juge.....	204
α. <i>Limites apportées aux pouvoirs du juge des référés</i>	204
β. <i>Pouvoirs du juge saisi au fond</i>	205
B. <i>Attributions procédurales du ministère public, garant de l'ordre public</i>	206
1. Conception stricte et contingente de la notion d'ordre public..	206
a. En droit des personnes et de la famille	206
b. Dans le domaine des procédures collectives.....	208
2. Extension des attributions du ministère public en matière de procédures collectives	211
§ 2. Moyens d'ordre public	212
A. <i>Incompétence</i>	212
1. Compétence d'attribution	213
a. Principe	213
b. Déclinaison	214
α. <i>Devant la chambre commerciale, économique et financière</i>	214
β. <i>Devant la chambre sociale</i>	214
2. Compétence territoriale.....	217
B. <i>Nullités</i>	218
1. Place résiduelle du moyen d'ordre public tiré de la nullité d'un acte de procédure	219
a. Présentation générale	219
b. Vices de forme	219
c. Vices de fond	221
2. Spécificités du moyen tiré de la nullité d'un jugement.....	222
a. Communication des affaires au ministère public	223
b. Excès de pouvoir	223
c. Tenue des débats et prononcé de la décision.....	224
d. Composition.....	224
3. Absence de correspondance entre le caractère d'ordre public de la prescription sanctionnée par la nullité et le moyen l'invoquant	224
C. <i>Fins de non-recevoir</i>	225
1. Présentation générale	225
2. Sources	226
a. Textes	226
b. Jurisprudence.....	227
α. <i>Prise en compte de la nature et de l'importance de l'intérêt en cause</i>	227
β. <i>Dans le domaine des procédures collectives</i>	227
γ. <i>Dans le domaine du droit fiscal</i>	228
δ. <i>Dans le domaine des taxes</i>	228
D. <i>Moyens relevés d'office</i>	229
1. Présentation.....	229
2. Illustrations.....	229
a. Procédures collectives et droit fiscal	229
b. Droit social	231
α. <i>Fins de non-recevoir</i>	231
β. <i>Exceptions de procédure</i>	234
Section 2 – Devant la chambre criminelle	237
§ 1. Définition.....	237
A. <i>Présentation</i>	237
B. <i>Illustrations</i>	238
1. Moyens de fond.....	238
a. Principe : les lois pénales sont d'ordre public	238
b. Hypothèses particulières.....	239
α. <i>Lois d'amnistie</i>	239
β. <i>Exception d'illégalité d'un acte administratif</i>	239

2. Moyens de procédure	240
a. Exception d'incompétence	240
b. Composition des juridictions.....	241
c. Exercice de l'action publique	242
d. Enquête et information	242
e. Formalités de l'audience	243
f. Recours	243
g. Motivation des décisions.....	243
h. Action civile.....	244
i. Liberté de la presse.....	245
§ 2. Conditions de mise en œuvre	245
A. <i>Au stade de l'information</i>	245
B. <i>Devant la juridiction de jugement</i>	245
C. <i>Devant le juge de cassation</i>	246
1. Incidence des mécanismes de purge des nullités et des règles de forclusion.....	246
2. Conditions d'accueil du moyen d'ordre public.....	247
3. Moyens relevés d'office par la chambre criminelle	248
a. Simple faculté	248
b. Possibilité de relever d'office un moyen en vue de l'écarter	249
c. Possibilité d'étendre les effets de la cassation à d'autres parties que le demandeur au pourvoi	249
D. <i>Principe commun aux moyens relevés d'office par les juridictions pénales : le respect du principe de la contradiction</i>	249
Chapitre 2 – Utilisation de l'ordre public procédural international et européen.....	251
Section 1 – Devant les chambres civiles	251
§ 1. Moyen pris de la violation de dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	251
A. <i>Illustrations en droit social</i>	251
1. Droit à ce que sa cause soit entendue	251
2. Par un tribunal indépendant et impartial.....	253
3. Droit d'accès au juge	253
B. <i>Nouveauté du moyen devant le juge de cassation</i>	255
§ 2. Moyen pris de la violation d'une disposition du droit de l'Union européenne.....	256
A. <i>Devant les juridictions du fond</i>	257
B. <i>Devant la Cour de cassation</i>	258
Section 2 – Devant la chambre criminelle	258
Chapitre 3 – Arbitrage international.....	260
Section 1 – Étendue du contrôle de l'exception de l'ordre public.....	260
Section 2 – Contenu de l'exception de l'ordre public	260
§ 1. Principe d'égalité.....	260
§ 2. Principe de la contradiction.....	261
§ 3. Exigence de motivation	261
§ 4. Accès à la justice arbitrale	262
§ 5. Principe de l'estoppel et fraude procédurale	262
TITRE 2 – ORDRE PUBLIC SUBSTANTIEL	263
Chapitre 1 – Ordre public et personne	264
Section 1 – Principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.....	264
§ 1. Nom.....	264

§ 2. Sexe.....	265
§ 3. Problématique de la gestation pour autrui.....	265
Section 2 – Principe de l'immutabilité de l'état des personnes	265
§ 1. Changement de sexe.....	266
§ 2. Changement de nom.....	266
§ 3. Changement de prénom.....	267
Section 3 – Principe de l'imprescriptibilité de l'état des personnes	268
§ 1. Nom.....	268
§ 2. Filiation.....	269
Chapitre 2 – Ordre public et famille	269
Section 1 – Droit extrapatrimonial de la famille	269
§ 1. Ordre public et conjugalité.....	269
A. <i>Ordre public et liberté du mariage</i>	269
1. Clauses de célibat ou de non-remariage	269
2. Promesse de mariage	271
B. <i>Ordre public et formation du mariage</i>	271
1. Conditions de fond.....	271
2. Conditions de forme.....	271
C. <i>Divorce</i>	272
1. Divorce par consentement mutuel	272
2. Divorce pour altération définitive du lien conjugal.....	272
D. <i>Situation du couple non marié</i>	273
1. Pacte civil de solidarité	273
2. Concubinage.....	273
§ 2. Ordre public et filiation.....	273
A. <i>Prohibition de l'inceste</i>	274
B. <i>Indisponibilité des actions relatives à la filiation</i>	274
C. <i>Rôle déterminant du ministère public</i>	274
D. <i>Prescriptibilité des actions en matière de filiation</i>	276
§ 3. Ordre public et autorité parentale	276
§ 4. Ordre public et obligation alimentaire	278
Section 2 – Droit patrimonial de la famille	278
§ 1. Régimes matrimoniaux.....	278
§ 2. Successions et libéralités.....	279
A. <i>Réserve héréditaire</i>	279
B. <i>Clause pénale</i>	280
C. <i>Donations entre vifs</i>	281
D. <i>Partage</i>	281
Chapitre 3 – Ordre public et société.....	282
Section 1 – Ordre public et liberté d'expression devant la chambre criminelle.....	283
§ 1. De la différence... ..	283
§ 2. ... à la conciliation.....	284
Section 2 – Ordre public économique.....	286
§ 1. Ordre public bancaire.....	286
A. <i>Notion d'établissement de crédit</i>	287
B. <i>Encadrement de l'établissement de crédit</i>	288
1. Monopole et agrément	288
2. Sanctions des règles relatives au monopole et à l'agrément.....	290

§ 2. Autres illustrations de l'ordre public en matière économique	292
A. <i>En matière fiscale</i>	292
B. <i>En matière de marques de fabrique</i>	292
§ 3. Ordre public rural	293
A. <i>Existe-t-il un « ordre public rural » ?</i>	293
1. Finalités poursuivies	293
2. Techniques mises en œuvre	295
a. Textes applicables	295
b. Spécificités de l'article L. 415-12 du code rural et de la pêche maritime	297
B. <i>Droit transitoire</i>	298
1. Dispositions nouvelles modifiant le statut du fermage	298
2. Dispositions nouvelles de contrôle des structures	299
§ 4. Ordre public économique en matière sociale	300
Section 3 – Ordre public social	301
§ 1. Notion à géométrie variable	302
A. <i>Deux ou trois catégories d'ordre public ?</i>	302
1. Ordre public social	302
2. Ordre public absolu	302
3. Ordre public conditionnel ?	304
B. <i>Sanctions</i>	305
§ 2. Ordre public et discrimination liée à l'âge du travailleur	306
§ 3. Ordre public et protection de la santé du travailleur	307
A. <i>Prévention et évaluation des risques par la loi</i>	308
B. <i>Prévention et évaluation des risques par la jurisprudence</i>	309
C. <i>Sanctions</i>	310
Section 4 – Ordre public et sécurité sociale	312
§ 1. Principe de territorialité	312
§ 2. Règles relatives aux cotisations sociales	313
A. <i>Assiette</i>	313
B. <i>Recouvrement</i>	314
Section 5 – Ordre public et environnement	316
§ 1. Règles de droit matériel	316
A. <i>Charte de l'environnement</i>	316
B. <i>Code pénal et code de l'environnement</i>	317
1. Personnes punissables	317
2. Élément moral de l'infraction	317
3. Causes d'irresponsabilité	318
C. <i>Code de l'environnement et liberté du commerce et de l'industrie</i>	318
D. <i>Règles de compétence répressive internationale</i>	319
E. <i>Environnement et polices d'occupation de l'espace</i>	321
F. <i>Environnement et « objets protégés »</i>	322
§ 2. Protection des intérêts civils	323
A. <i>Action civile des personnes morales</i>	323
B. <i>Préjudice réparable</i>	324
Section 6 – Ordre public et santé publique	325
§ 1. Réglementation générale de la protection de la santé	326
§ 2. Lutte contre les dépendances	328
A. <i>Alcool</i>	328
1. Ivresse publique	328
2. Conduite sous l'empire d'un état alcoolique	329

3. Publicité	331
B. <i>Stupéfiants</i>	332
C. <i>Tabac</i>	333
Section 7 – Ordre public et professions réglementées	335
§ 1. Professions de santé	335
A. <i>Médecin</i>	335
B. <i>Pharmacien</i>	336
§ 2. Autre profession réglementée : le notaire	337

PARTIE 3 – FINALITÉS DE L'ORDRE PUBLIC..... 339

TITRE 1 – PROTECTION DU SUJET DE DROIT..... 339

Chapitre 1 – Dans sa vie personnelle et familiale..... 339

Section 1 – Droit extrapatrimonial de la famille..... 339

§ 1. Protection du sujet de droit dans sa vie personnelle..... 340

A. Protection de l'identité de la personne..... 340

B. Protection du mariage..... 340

C. Protection de la faculté de divorcer..... 340

§ 2. Protection du sujet de droit dans sa vie familiale..... 341

A. Protection de la filiation..... 341

1. Droit d'établir sa filiation 341 |

2. Principe de l'actualité de l'ordre public 342 |

3. Filiation adoptive 343 |

B. Protection de l'intérêt de l'enfant..... 344

C. Protection de l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité

parentale 344 |

D. Protection du droit à des aliments..... 345

Section 2 – Droit patrimonial de la famille..... 345

§ 1. Régimes matrimoniaux..... 346

§ 2. Successions et libéralités..... 346

Chapitre 2 – Dans ses relations de travail, économiques et sociales 348

Section 1 – Dans les relations économiques de la vie quotidienne..... 348

§ 1. Consommateur..... 349

§ 2. Assuré..... 351

A. Ordre public de protection et sécurité imposée : assurances

et garanties obligatoires 351 |

1. Assurances obligatoires 351 |

2. Garanties obligatoires 352 |

B. Ordre public de protection et sécurité juridique de l'assuré..... 353

1. Permettre à l'assuré de bénéficier d'une information suffisante

a. Information documentaire imposée par le législateur

avant la souscription du contrat 354 |

b. Information contractuelle relative aux modalités

de prescription des actions dérivant du contrat d'assurance 356 |

2. Assurer la lisibilité et la compréhension du contrat d'assurance

a. Langue du contrat 356 |

b. Typographie du contrat 357 |

3. Éviter les illusions de garantie 358 |

4. Protéger l'assuré contre les conséquences d'une souscription

hâtive et irréfléchie 359 |

§ 3. De l'emprunteur.....	361
<i>A. Fixation par écrit du taux d'intérêt conventionnel et du taux effectif global</i>	361
1. Dispositif de protection	361
2. Sanction	364
<i>B. Législation relative à l'usure</i>	365
1. Prêts concernés par la protection.....	365
2. Sanctions	366
§ 4. De la caution	366
<i>A. Formalisme du cautionnement</i>	366
<i>B. Obligations du créancier à l'égard de la caution</i>	369
§ 5. Du saisi	371
<i>A. Interdiction de renoncer par anticipation</i>	372
<i>B. Monopole de l'huissier de justice</i>	374
<i>C. Intervention du juge</i>	375
§ 6. Du surendetté	376
<i>A. Conception renouvelée de l'ordre public en la matière</i>	376
<i>B. Procédure marquée par l'ordre public à chacun de ses stades</i>	377
<i>C. Limite absolue à l'ordre public : procédure laissée à la discrétion du débiteur</i>	378
Section 2 – Dans les relations professionnelles	378
§ 1. Protection du professionnel.....	379
§ 2. Exploitant agricole	380
<i>A. Protection des locataires de biens ruraux</i>	380
1. Multiples droits impératifs	380
2. Limite prétorienne à la protection du locataire rural : la renonciation aux droits acquis	382
a. Admission de la renonciation du locataire à ses droits.....	382
b. Encadrement de la renonciation du locataire à ses droits	384
<i>B. Protection du droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural</i>	385
§ 3. Commerçant	386
<i>A. Conclusion du bail</i>	386
<i>B. Exécution du bail</i>	387
1. Loyer	387
2. Clauses du bail	387
<i>C. Achèvement du bail</i>	388
§ 4. Salarié	388
<i>A. Temps de travail et relations avec l'employeur</i>	388
1. Cadres dirigeants.....	389
2. Forfait en jours.....	389
3. Temps de pause	390
4. Travail intermittent	391
5. Temps de travail	391
<i>B. Accident du travail</i>	392
1. Spécificités du régime d'indemnisation	392
2. Indemnisation des victimes de l'amiante.....	393
<i>C. Transfert du contrat de travail</i>	393
<i>D. Relations avec la collectivité du travail</i>	398
1. Élection des représentants du personnel.....	399
a. Élections professionnelles, application du droit électoral d'ordre public	399

b. Élections professionnelles, application d'un droit spécifique d'ordre public	400
c. Élections professionnelles, application aménagée d'un droit d'ordre public	400
2. Désignation des représentants syndicaux	401
a. Aménagements autorisés	402
b. Aménagements exclus	403
3. Protection des représentants du personnel	404
Section 3 – Dans les relations d'affaires	406
§ 1. Associé ou actionnaire	406
§ 2. Investisseur	407
§ 3. Inventeur salarié	409
§ 4. Agent commercial	409
Chapitre 3 – Dans le cadre du procès	410
Section 1 – Victime	411
§ 1. Victime d'un accident de la circulation	411
§ 2. Victime d'une infraction	412
A. Mise en mouvement de l'action publique	412
B. Indemnisation de la victime	415
§ 3. Mineur victime d'une infraction	417
Section 2 – Majeur protégé	420
§ 1. Majeur protégé en justice	420
§ 2. Majeur protégé poursuivi	420
A. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'arrêt Vaudelle c. France du 30 janvier 2001	420
B. Réaction de la Cour de cassation	421
C. Réaction du législateur	421
D. Régime des nullités tel qu'il ressort de la jurisprudence de la chambre criminelle	422
1. Nullités substantielles	422
2. Nullités sous réserve de grief	423
E. Limites de l'intervention du curateur ou tuteur	423
F. Situation du majeur protégé pénalement irresponsable	423
Section 3. Personne poursuivie ou condamnée : extradition et mandat d'arrêt européen	424
§ 1. Extradition	424
A. Principe de subsidiarité	424
B. Protection des droits et libertés fondamentaux lato sensu	425
C. Principe de spécialité	427
§ 2. Mandat d'arrêt européen	428
TITRE 2 – PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ	429
Chapitre 1 – Ordre public comme limite aux libertés et droits fondamentaux	429
Section 1 – Illustrations en matière civile	429
§ 1. Liberté du mariage	430
A. Primauté de la nationalité française en cas de plurinationalité	430
B. Protection de l'institution du mariage	431
1. Compétence de l'officier de l'état civil	431
2. Comparution des époux	431

3. Respect de la monogamie.....	432
4. Contrôle de la sincérité et de la liberté de l'engagement matrimonial.....	433
§ 2. Droit de grève.....	435
§ 3. Protection contre l'ingérence de l'administration dans la sphère individuelle.....	438
§ 4. Liberté du commerce.....	438
§ 5. Liberté d'entreprendre.....	439
Section 2 – Illustrations en matière pénale.....	439
§ 1. Contrôle d'identité administratif.....	439
§ 2. Détention provisoire.....	442
A. Principe essentiel et sa conséquence logique.....	442
B. Restriction nécessaire mais strictement encadrée.....	443
C. Nécessité de mettre fin au trouble à l'ordre public causé par l'infraction : un critère toujours discuté.....	443
D. Contrôle nécessairement limité de la chambre criminelle.....	444
E. Trouble à l'ordre public : une condition insuffisante à elle seule.....	445
F. Trouble à l'ordre public : une condition qui ne dispense pas de respecter l'exigence du « délai raisonnable ».....	445
§ 3. Confiscation.....	447
A. Confiscation à titre de peine.....	447
B. Confiscation à titre conservatoire.....	448
§ 4. Droit à la comparaison devant le juge pénal et visioconférence...	450
§ 5. Lutte contre le terrorisme et le crime organisé.....	452
A. Trouble à l'ordre public et actes de terrorisme.....	452
B. Trouble à l'ordre public et criminalité organisée.....	453
§ 6. Protection du secret des sources des journalistes.....	454
Chapitre 2 – Ordre public comme limite à la reconnaissance d'un droit.....	456
Section 1 – Droit international privé.....	456
§ 1. Impossibilité de renoncer à l'application des lois de police.....	456
A. Loi de police et commerce international.....	456
B. Loi de police et droit d'auteur.....	459
§ 2. Impossibilité de se prévaloir de décisions étrangères contraires à l'ordre public.....	461
A. Ordre public et refus de reconnaissance de situations régulièrement acquises à l'étranger.....	462
B. Refus d'exequatur ou de reconnaissance de décisions étrangères.....	467
1. Prédominance de l'intérêt de l'enfant.....	467
2. Principe de proportionnalité.....	467
C. Refus de reconnaissance de situations en contrariété avec des règles essentielles.....	468
1. Principes essentiels du droit français.....	468
a. Principe essentiel fondé sur le respect de la vie privée et familiale et l'égalité des droits parentaux.....	468
b. Principe essentiel fondé sur la différence de sexe des parents...	469
c. Principe essentiel fondé sur l'indisponibilité de l'état des personnes.....	470
2. Kafala.....	472

Section 2 – Droit interne	475
§ 1. Droits auxquels il ne peut être renoncé	475
<i>A. Caractère d'ordre public des règles d'assujettissement, de prestations et de cotisations</i>	476
1. Ordre public et règles d'assujettissement à la sécurité sociale...	477
2. Ordre public et règles relatives aux cotisations sociales.....	479
a. Ordre public et taux des cotisations sociales.....	479
b. Ordre public et recouvrement des cotisations sociales	479
<i>B. Caractère d'ordre public des règles de protection du salarié protégé</i>	481
§ 2. Droits qui ne peuvent être invoqués dans leur plénitude	483
<i>A. Droit à l'oubli</i>	483
1. Notion de prescription criminelle : prescription de l'action publique, prescription de la peine.....	483
2. Absence de fondement constitutionnel au principe de la prescription	484
3. Causes d'interruption de la prescription	485
4. Causes de suspension de la prescription	486
5. Imprescriptibilité du crime contre l'humanité.....	487
<i>B. Limites à la limitation des droits : exemple du droit de propriété</i>	488

PARTIE 1 – SOURCES DE L'ORDRE PUBLIC

On examinera successivement les sources internationales (titre 1), européennes (titre 2) et internes (titre 3).

TITRE 1 – SOURCES INTERNATIONALES

Il conviendra d'aborder tout d'abord la question des normes internationales (chapitre 1) avant d'étudier la conception française de l'ordre public international (chapitre 2).

Chapitre 1 – Normes internationales

Section 1 – Textes internationaux

En droit international privé, l'ordre public international se manifeste par la primauté des conventions internationales (§ 1) et se traduit également par l'existence de réserves conventionnelles (§ 2). Dans le champ répressif, on assiste depuis de nombreuses années à l'avènement d'un ordre public international visant à assurer l'effectivité de la répression des auteurs des infractions les plus graves, celles-là mêmes qui portent atteinte à des valeurs universellement reconnues (§ 3).

§ 1. Primauté des normes internationales

En raison de la primauté du droit international sur le droit interne résultant de l'article 55 de la Constitution, le droit interne est écarté par le juge en cas de non-conformité avec le droit international.

Se pose nécessairement la question de l'applicabilité directe des textes internationaux : à quelles conditions un particulier peut-il s'en prévaloir ? La Cour de cassation n'a pas défini de méthode, ce qu'a en revanche fait le Conseil d'État (CE, 11 avril 2012, n° 322326, publié au *Recueil Lebon* : « une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers »).

Chaque chambre a déterminé, au fil de sa jurisprudence, les textes internationaux directement applicables en droit interne.

Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, sont directement applicables en droit interne certains textes internationaux.

Il en est ainsi :

- des dispositions de la Convention n° 137 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant les répercussions sociales des nouvelles méthodes de manutention dans les ports, adoptée le 25 juin 1973, introduite dans le droit interne par décret n° 81-245 du 9 mars 1981 (Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-44.403, *Bull.* 2002, V, n° 355);
- de l'article 1^{er}, du b du paragraphe 2 de l'article 2, et de l'article 11 de la Convention n° 158 de l'OIT concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée le 22 juin 1982, entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 (Soc., 29 mars 2006, pourvoi n° 04-46.499, *Bull.* 2006, V, n° 131);
- de l'article 4 de cette Convention, sur l'exigence d'un motif valable de licenciement, ce qui conduit à écarter un article de l'ordonnance instituant le contrat «nouvelles embauches» (Soc., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 146);
- des «principes posés» par cette Convention, concernant la durée de la période d'essai (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 10-28.512, *Bull.* 2012, V, n° 137; Soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-25.580, *Bull.* 2013, V, n° 82);
- des articles 3, 4 et 5 de la Convention n° 180 de l'OIT concernant la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires, adoptée le 22 octobre 1996, ratifiée le 27 avril 2004 (Soc., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-40.094, *Bull.* 2011, V, n° 25; Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 10-20.568, *Bull.* 2013, V, n° 18);
- de l'article 6, § 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté le 16 décembre 1966, qui garantit le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté; il a été jugé, par un moyen relevé d'office, que ce texte s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non-concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 05-40.876, *Bull.* 2008, V, n° 251); mais la règle posée par l'article L. 235-3 du code du travail, subordonnant la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur, n'apporte aucune restriction incompatible avec les dispositions de l'article 6, § 1, du Pacte (Soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 08-45.247, *Bull.* 2010, V, n° 96).

La chambre sociale applique régulièrement la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, la question centrale étant celle de l'immunité de juridiction dont les États étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation bénéficient, pour 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 (Soc., 28 février 2012, pourvoi n° 11-18.952, *Bull.* 2012, V, n° 77; Soc., 13 octobre 2010, pourvoi n° 09-71.591).

Par ailleurs, la même chambre a considéré que le principe de la souveraineté des États fait obstacle à ce qu'il soit fait application, au sein de la représentation officielle d'un État étranger, des règles du code du travail français relatives à la représentation du personnel et à celle des syndicats (Soc., 4 novembre 2009, pourvoi n° 08-60.593, *Bull.* 2009, V, n° 242).

La première chambre civile reconnaît pour sa part comme étant d'application directe les articles 3, § 1, et 12, § 2, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant (1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16.336, *Bull.* 2005, I,

n° 211 ; pourvoi n° 02-20.613, *Bull.* 2005, I, n° 212, textes relevés d'office par la Cour de cassation dans la seconde affaire).

§ 2. Réserves conventionnelles et exceptions d'ordre public

Une réserve d'ordre public se trouve dans la quasi-totalité des conventions bilatérales conclues entre la France et un autre État. La présence d'une telle réserve dans ces conventions traduit la conventionnalisation de l'ordre public international (A). Ce phénomène trouve écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation (B).

A. Conventions prévoyant une réserve d'ordre public

1. Dans le domaine de l'entraide civile et de l'arbitrage

La Convention franco-algérienne relative à l'*exequatur* et à l'extradition signée le 27 août 1964 prévoit, comme condition à la reconnaissance de la décision étrangère (article 1^{er}, d), que «la décision ne contien[ne] rien de contraire à l'ordre public de l'État où elle est invoquée». La Convention franco-sénégalaise de coopération en matière judiciaire signée le 29 mars 1974 (article 47, e), comme l'Accord franco-ivoirien de coopération en matière de justice signé le 24 avril 1961 (article 36, d) ou la Convention franco-congolaise de coopération en matière judiciaire signée le 1^{er} janvier 1974 (article 47, d) contiennent la même réserve, rédigée en des termes exactement identiques. Des dispositions analogues existent dans la Convention franco-gabonaise d'aide mutuelle judiciaire, d'*exequatur* des jugements et d'extradition signée le 23 juillet 1963 (article 34, e). Seule la Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'*exequatur* des jugements et d'extradition signée le 5 octobre 1957 (article 16, d) adopte une rédaction très légèrement différente, en lien avec la situation juridique du Maroc à cette époque, puisque la décision dont la reconnaissance est demandée ne doit contenir «rien de contraire à l'ordre public du pays où elle est invoquée» (voir, pour toutes ces conventions, L. Chatin, B. Sturlèse, *Recueil pratique de conventions sur l'entraide judiciaire internationale*, La Documentation française, 3^e éd., 1990).

2. Dans le domaine de l'état, de la capacité des personnes et du droit de la famille

La Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants (article 2, 5^e) ainsi que celle du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires (article 5, 1^e) prévoient la reconnaissance et l'exécution de la décision étrangère, si, selon la formule qui y figure, la décision n'est pas «manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis». La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale dispose, à l'article 24, que : «la reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant».

Les conventions peuvent également prévoir la mise à l'écart d'une loi désignée selon leurs propres règles. C'est ce que prévoit la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (article 16), en reprenant la formule usuelle que l'on trouve dans les

Conventions de La Haye, lorsque l'application de cette loi est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État du for. Une réserve d'ordre public est également exprimée dans une convention bilatérale réglant les conflits de lois, celle conclue entre la France et le Maroc le 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire : « la loi de l'un des deux États désignés par la présente convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre État que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public » (article 4).

La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants prévoit, à l'article 22, que « l'application de la loi désignée par les dispositions [de la Convention] ne peut être écartée que si cette application est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

S'agissant de l'arbitrage, la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères prévoit que « la reconnaissance et l'exécution [de la sentence] pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate [...] b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays » (article V, 2, b).

3. Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique

Les conventions internationales – bilatérales ou multilatérales – sont nombreuses dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, sans doute parce que les œuvres de l'esprit, tant dans leur processus de création que dans leurs modes de diffusion, ne connaissent pas de frontières, leur dimension internationale ayant de surcroît été amplifiée avec l'apparition des nouvelles technologies et particulièrement le développement d'internet.

On ne saurait ici toutes les présenter. Mais il faut souligner qu'elles ont en commun d'assurer aux auteurs et aux titulaires de droits voisins un minimum de protection, aussi bien du point de vue de la détermination du contenu des droits liés à la création littéraire et artistique qu'au regard de leurs conditions d'exercice et de la sanction de leur violation.

La vocation universelle de ces conventions est cependant émaillée par les multiples réserves qu'elles contiennent, parmi lesquelles celle de l'ordre public.

Ainsi, la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, qui réunit à ce jour cent soixante-sept États contractants, prévoit, en son article 17, que « les dispositions de la présente Convention ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui appartient au Gouvernement de chacun des pays de l'Union de permettre, de surveiller ou d'interdire, par des mesures de législation ou de police intérieure, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production à l'égard desquels l'autorité compétente aurait à exercer ce droit ». Cette disposition permet donc le recours aux lois de police, cependant dans un cadre juridique limité puisque les pays unionistes se voient seulement accorder la possibilité de contrôler, voire d'interdire, des ouvrages ou productions de nature à porter atteinte aux intérêts étatiques. Mais il est aujourd'hui admis que ce texte reconnaît, plus

largement, «à chaque État le pouvoir élémentaire d'édicter des règles ou de prendre des dispositions du point de vue général du droit public que les auteurs doivent aussi respecter» (A. et H.-J. Lucas, A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd., 2012, n° 1484). Au cours des travaux préparatoires à l'Acte de Paris du 24 juillet 1971 (ayant révisé la Convention de Berne précitée), la commission principale, amenée à préciser le sens de cet article 17, avait d'ailleurs «accepté sans opposition la proposition de son président de mentionner [...] que les questions d'ordre public sont toujours réservées aux législations nationales et que les pays de l'Union ont par conséquent la possibilité de prendre toutes mesures pour restreindre les abus éventuels des monopoles» (Rapport Bergström, Actes, vol. II, n° 263, p. 1182, cité par H. Desbois, A. Françon et A. Kerever, *Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, n° 141). Ces règles de police doivent toutefois être entendues strictement et demeurer exceptionnelles, sauf à priver de toute portée la garantie d'un minimum de protection que la Convention de Berne entend assurer.

La Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, signée à Rome le 26 octobre 1961, apparaît comme le prolongement de la Convention de Berne en matière de droits voisins. Si elle ne contient pas, contrairement à cette dernière, de disposition rédigée en des termes généraux autorisant les États contractants à recourir aux lois de police, elle précise, en son article 15, § 2, que «tout État contractant a la faculté de prévoir dans sa législation nationale, en ce qui concerne la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, des limitations de même nature que celles qui sont prévues dans cette législation en ce qui concerne la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques». C'est sur le fondement de ce texte, destiné à éviter que les titulaires de droits voisins ne bénéficient d'un traitement plus favorable que celui accordé aux titulaires de droits d'auteur, que les règles de police, tout comme l'exception d'ordre public, peuvent être invoquées par les États, sans que, toutefois, cela ne puisse les conduire à vider de sens la Convention.

On ne citera, enfin, que pour mémoire, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), annexé à l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), ainsi que les Traités de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adoptés à Genève le 20 décembre 1996, dès lors que leur objectif commun est de moderniser la protection garantie par les Conventions de Berne et de Rome précitées, notamment en les adaptant aux nouvelles technologies, sans que la place laissée aux lois de police et à l'exception d'ordre public en soit substantiellement modifiée.

B. Réserves et exceptions d'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation

La jurisprudence de la Cour de cassation rend compte de ce phénomène de «conventionnalisation» de l'ordre public international et de la double fonction qui lui est conventionnellement assignée, soit l'obstacle à la reconnaissance d'une décision étrangère et l'éviction de la loi étrangère.

1. Obstacles à la reconnaissance d'une décision étrangère

Cette fonction s'est exprimée dans divers domaines mais surtout dans celui de la famille, que l'on peut considérer comme son terrain d'élection. C'est ce qu'illustre l'abondante jurisprudence concernant la reconnaissance de décisions étrangères de répudiation rendue sur le double fondement, d'une part, de la réserve d'ordre public expressément prévue par des accords bilatéraux (Convention franco-marocaine de 1957, précitée, dont les dispositions se retrouvent à l'article 1^{er}, d, de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 relative à l'*exequatur* et à l'extradition), et, d'autre part, du principe de l'égalité des époux, tel que garanti par l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984, ce principe constituant l'une des composantes de l'ordre public international ou européen : voir 1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 01-11.549, *Bull.* 2004, I, n° 47 et pourvoi n° 02-11.618, *Bull.* 2004, I, n° 48 ; 1^{re} Civ., 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-20.845, *Bull.* 2005, I, n° 379 ; 1^{re} Civ., 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.962 ; 1^{re} Civ., 20 février 2008, pourvoi n° 07-14.469 ; 1^{re} Civ., 14 mars 2006, pourvoi n° 04-17.254 ; 1^{re} Civ., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-19.083 ; 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-19.577, *Bull.* 2007, I, n° 280 ; 1^{re} Civ., 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-20.799 ; 1^{re} Civ., 6 février 2008, pourvoi n° 06-21.870 ; 1^{re} Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-13.758 (voir chapitre 2, section 1, § 2, A).

Dans le domaine familial, on peut également citer, bien que la jurisprudence demeure peu abondante, des arrêts ayant retenu, sur le fondement d'accords multilatéraux (la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants conclue le 15 avril 1958 à La Haye, et celle qui lui a succédé, du 2 octobre 1973, concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires), que des décisions étrangères (en l'occurrence toujours allemandes) portant condamnation au paiement de pensions alimentaires n'étaient pas manifestement incompatibles avec l'ordre public français, en tant qu'ordre public de l'État requis au sens de ces dispositions conventionnelles, que celui-ci soit substantiel ou procédural (voir 1^{re} Civ., 2 décembre 1992, pourvoi n° 90-21.448, *Bull.* 1992, I, n° 296 : était contestée, notamment, la fixation automatique du montant de la pension selon un barème légal ; 1^{re} Civ., 18 septembre 2002, pourvoi n° 99-19.294, *Bull.* 2002, I, n° 204 et 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-17.136, *Bull.* 2003, I, n° 249 : prétendant que ces décisions étrangères avaient été rendues en violation des droits de la défense, deux fondements conventionnels étaient invoqués, dans la première affaire, pour faire jouer la réserve d'ordre public, à savoir la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 précitée et la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, laquelle, applicable en matière d'obligations alimentaires, comporte également une réserve d'ordre public en son article 27, 1, aux termes duquel les décisions rendues par une juridiction d'un État contractant « ne sont pas reconnues si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis »).

D'ailleurs, cette réserve d'ordre public figurant dans la Convention de Bruxelles et reprise à l'article 34, 1, 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 »), tout en lui conférant un caractère exceptionnel (la contrariété à l'ordre public doit être désormais manifeste), a donné

lieu à une riche jurisprudence, tant de la Cour de Justice (voir, notamment, CJCE, arrêt du 28 mars 2000, Krombach, C-7/98 ; CJCE, arrêt du 11 mai 2000, Renault, C-38/98 ; CJCE, arrêt du 2 mai 2006, Eurofood IFSC, C-341/04 ; CJCE, arrêt du 2 avril 2009, Gambazzi, C-394/07), que de la Cour de cassation. Sans qu'il soit nécessaire de faire état de l'ensemble de la jurisprudence de celle-ci en la matière, on peut, d'ores et déjà, signaler l'existence d'utiles précisions sur la portée de l'exigence de motivation des décisions étrangères (voir chapitre 2). Un des arrêts nombreux rendus sur ce point mérite d'être signalé (1^{re} Civ., 30 juin 2004, pourvoi n° 01-03.248, *Bull.* 2004, I, n° 191, *RCDIP* 2004, p. 815, note H. Muir Watt ; *JDI* 2005, p. 112, note G. Cuniberti), car il se prononce, en outre, sur la question délicate de la compatibilité à l'ordre public, au sens de la Convention de Bruxelles, d'une mesure judiciaire bien connue du droit de *common law*, l'injonction dite *mareva*, par laquelle il est fait défense à un débiteur d'effectuer toute opération sur l'un quelconque de ses biens dans les limites fixées par le juge. Cette question, à laquelle il a été répondu par l'affirmative, intéresse les deux volets de l'ordre public, qui étaient l'un et l'autre invoqués : procédural (droits de la défense) et substantiel (droit du débiteur de disposer de ses biens, auquel s'oppose la préservation des droits légitimes du créancier).

2. Éviction de la loi étrangère

S'agissant de la seconde fonction conventionnellement assignée à l'ordre public, à savoir l'éviction de la loi étrangère, elle trouve là encore, dans le domaine de la famille, un terrain privilégié d'expression. En témoigne la jurisprudence née de la confrontation de la loi marocaine à la loi française sur les conséquences pécuniaires, pour l'épouse, de la rupture du mariage (1^{re} Civ., 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-11.262, *Bull.* 1992, I, n° 229 ; 1^{re} Civ., 7 novembre 1995, pourvoi n° 94-10.447, *Bull.* 1995, I, n° 391 ; 1^{re} Civ., 4 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.355, *Bull.* 2009, I, n° 218). Cette confrontation se présentait dans les termes suivants : la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire prévoit expressément une réserve d'ordre public permettant l'éviction de la loi étrangère manifestement incompatible avec celui-ci (article 4), mais cette convention bilatérale ne contenant aucune disposition applicable aux mesures pécuniaires destinées à compenser les préjudices résultant de la dissolution du mariage, il était alors nécessaire de recourir à une autre convention, cette fois-ci multilatérale, à savoir la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, laquelle, désignant la loi appliquée au divorce comme étant celle applicable aux conséquences pécuniaires de la rupture du mariage, conduisait dans toutes ces affaires à l'application de la loi marocaine. Cette dernière (du moins sous l'empire de l'ancienne *Moudawana*, antérieure à la réforme intervenue en 2004) ne prévoyant pas de prestation compensatoire, ni de dommages-intérêts au profit de l'épouse, mais seulement une pension alimentaire pendant le délai de viduité, son application s'avérait manifestement incompatible avec l'ordre public français, ce qui justifiait, sur le fondement de la réserve d'ordre public prévue à l'article 11 de la Convention de La Haye précitée, l'éviction de la loi marocaine pour aboutir à l'application de la loi française. D'où des cassations prononcées au visa de ce dernier texte et donc de la réserve conventionnelle d'ordre public portant éviction de la loi étrangère.

Un autre domaine a donné lieu à des développements jurisprudentiels comparables : celui des accidents de la circulation routière (1^{re} Civ., 6 juin 1990, pourvoi n° 88-17.553,

Bull. 1990, I, n° 135 ; 1^{re} Civ., 4 avril 1991, pourvoi n° 89-15.064, *Bull.* 1991, I, n° 113 ; 1^{re} Civ., 15 juin 1994, pourvoi n° 92-18.932 ; 1^{re} Civ., 30 septembre 2003, pourvoi n° 00-22.294, *Bull.* 2003, I, n° 192). Ce domaine est régi par une autre Convention de La Haye, celle du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, laquelle, comme celle qui vient d'être exposée concernant les obligations alimentaires, désigne tout d'abord la loi applicable à la responsabilité civile, aux modalités et à l'étendue de la réparation (article 3 : en principe, la loi interne de l'État sur le territoire duquel l'accident est survenu), puis autorise son éviction par une réserve d'ordre public (article 10 : lorsque son application est manifestement incompatible avec l'ordre public). L'issue de la confrontation est contrôlée par la Cour de cassation : la réserve d'ordre public, au sens de l'article 10 de la Convention précitée, est entendue strictement, en ce que, d'une part, elle est à distinguer du caractère impératif 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 (certaines juridictions du fond avaient tendance à déduire de ce caractère impératif dans l'ordre interne une contrariété, dans l'ordre international, de l'application de la loi étrangère à l'ordre public). D'autre part, le caractère moins favorable de la loi étrangère par rapport à la loi française ne suffit pas à caractériser cette contrariété, ce qui a conduit la Cour de cassation à refuser le jeu de la réserve conventionnelle d'ordre public pour évincer l'application de lois étrangères fondées sur l'idée de responsabilité pour faute, ne prévoyant pas de réparation intégrale du préjudice ou fixant une courte prescription.

Un récent arrêt vient encore élargir le spectre de la jurisprudence sur la réserve conventionnelle d'ordre public aux fins d'éviction de la loi étrangère, en l'élargissant au domaine des successions (1^{re} Civ., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-22.983). En effet, là encore, le domaine est régi par une Convention de La Haye, celle du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, laquelle, elle aussi, prévoit un mécanisme à double détente (désignation de la loi applicable en son article 1^{er}, puis réserve d'ordre public pour l'éviction de celle-ci en son article 7). D'où une cassation intervenue au visa de l'article 7, rappelant l'exigence conventionnelle de non-contrariété à l'ordre public.

§ 3. Ordre public international en matière pénale

On peut voir la manifestation d'un ordre public international répressif d'origine conventionnelle dans deux types de textes : ceux qui, ayant pour objet la protection des droits de l'homme, réservent un régime juridique particulier aux crimes contre l'humanité commis durant la seconde guerre mondiale, et ceux qui, dotés d'une finalité spécifiquement répressive, visent à permettre de poursuivre partout dans le monde les auteurs d'infractions particulièrement graves.

A. S'agissant des crimes contre l'humanité

La première manifestation significative pour définir et appliquer des valeurs essentielles reconnues par le concert des nations est apparue avec la répression des crimes contre l'humanité postérieurement au procès de Nuremberg. Dans des arrêts rendus dans le cadre de poursuites pour des crimes commis pendant la seconde guerre mondiale, le 6 octobre 1983 (Crim., 6 octobre 1983, pourvoi n° 83-93.194, *Bull. crim.* 1983, n° 239) et le 26 janvier 1984 (Crim., 26 janvier 1984, pourvoi n° 83-94.425, *Bull. crim.* 1984,

n° 34), la chambre criminelle a pallié une carence législative par référence aux « principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des Nations », dont il est fait mention dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 15, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 7, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). La chambre a notamment jugé : « Qu'après avoir énoncé sans erreur que, au sens de l'article 60 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, "le droit à l'acquisition de la prescription" ne saurait constituer un droit de l'homme ou une liberté fondamentale, les juges se sont référés à juste titre à l'article 7 paragraphe 2 de ladite convention, ainsi qu'à l'article 15 paragraphe 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques; qu'il ne résulte, en effet, de ces textes ni dérogation ni restriction à la règle de l'imprescriptibilité, applicable aux crimes contre l'humanité en vertu des principes de droit reconnus par l'ensemble des nations » (Crim., 26 janvier 1984, préc.).

Ces deux textes, ratifiés par la France, précisent en des termes similaires que le principe de légalité ne saurait faire obstacle au jugement et à la condamnation « de tout individu en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des Nations ». En cette matière, l'apport jurisprudentiel a été essentiel en se substituant au législateur et en permettant ainsi une avancée significative au regard de l'ordre public international si l'on admet que la poursuite de tels crimes est rendue nécessaire parce qu'ils touchent aux fondements même de l'humanité.

Désormais, la définition et le régime des crimes contre l'humanité résultent du nouveau code pénal (titre 1^{er} du livre II, articles 211-1 et s.). On remarquera que ces crimes sont les seules infractions déclarées imprescriptibles depuis la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, dont l'article unique se réfère aux « crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945 », marquant ainsi clairement l'adhésion de la conception française à la norme internationale.

B. S'agissant de la compétence universelle

Comme le font observer certains auteurs, « la loi pénale française n'a pas vocation à assurer une répression universelle. En principe elle ne s'applique qu'aux infractions commises sur le territoire de la République. Toutefois, la France ne peut rester indifférente à certaines infractions commises à l'étranger, soit qu'elles portent atteinte à ses intérêts matériels ou moraux, soit qu'elles mettent en péril l'ordre public international » (F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n° 371). Or, s'agissant de la défense de ce dernier, c'est la compétence dite universelle, telle que prévue par des conventions internationales à visée spécifiquement répressive, qui exprime le mieux la volonté des États de lutter efficacement contre des infractions attentatoires à des intérêts universellement protégés.

En droit français, l'article 689-1 du code de procédure pénale pose le principe de cette compétence fondée sur la seule présence du suspect sur le territoire français *lato sensu* ;

le texte dispose : « En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles [...] ». Il s'agit des textes suivants :

- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984 (article 689-2 du code de procédure pénale);
- Convention européenne pour la répression du terrorisme signée à Strasbourg le 27 janvier 1977, et accord entre les États membres des Communautés européennes concernant l'application de la Convention européenne pour la répression du terrorisme fait à Dublin le 4 décembre 1979 (article 689-3 du code de procédure pénale);
- Convention sur la protection physique des matières nucléaires, ouverte à la signature à Vienne et New York le 3 mars 1980 (article 689-4 du code de procédure pénale);
- Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, faits à Rome le 10 mars 1988 (article 689-5 du code de procédure pénale);
- Convention sur la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970 et Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971 (article 689-6 du code de procédure pénale);
- Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, fait à Montréal le 24 février 1988 (article 689-7 du code de procédure pénale);
- Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes fait à Dublin le 27 septembre 1996 et Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne faite à Bruxelles le 26 mai 1997 (article 689-8 du code de procédure pénale);
- Convention internationale pour la répression des attentats terroristes ouverte à la signature à New York le 12 janvier 1998 (article 689-9 du code de procédure pénale);
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, ouverte à la signature à New York le 10 janvier 2000 (article 689-10 du code de procédure pénale).

(Sur cette compétence, voir notamment A. Huet, R. Koering-Joulin, *J.-Cl. dr. international*, LexisNexis, fasc. 403-20 « Compétence des tribunaux répressifs français et de loi pénale française. Infractions commises à l'étranger », actualisé par A. Huet, avril 2013 et A. Huet, R. Koering-Joulin, *J.-Cl. proc. pén.*, LexisNexis, art. 689 à 693, fasc. 30 « Compétence des tribunaux répressifs français et de loi pénale française. Infractions commises à l'étranger », actualisé par A. Huet, avril 2013, n° 73 et s.)

Pour sa part, l'article 689 du code de procédure pénale rappelle que la compétence des juridictions françaises emporte celle de la loi française y compris en matière de compétence universelle. La chambre criminelle en a déduit que « l'exercice par une juridiction française de la compétence universelle emporte la compétence de la loi française,

même en présence d'une loi étrangère portant amnistie» (Crim., 23 octobre 2002, pourvoi n° 02-85.379, *Bull. crim.* 2002, n° 195). Elle juge également qu'«il est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle» (Crim., 11 février 2004, pourvoi n° 02-84.472, *Bull. crim.* 2004, n° 37). Mieux encore, au nom implicite de l'efficacité répressive voulue par cette même compétence, la chambre criminelle a jugé que des complices ayant agi à l'étranger pouvaient être poursuivis en France alors que l'infraction principale échappait à toute poursuite. Censurant l'arrêt de la chambre de l'instruction qui avait lié le sort du complice à celui de l'auteur de l'infraction principale pour refuser d'exercer la compétence universelle en matière d'actes de torture, la chambre criminelle énonce : «qu'en se déterminant ainsi, en excluant la compétence de la juridiction française sur le fondement des règles fixées par le livre 1er du code pénal alors qu'ayant constaté que les faits étaient susceptibles de revêtir la qualification d'actes de torture au sens de l'article 1er de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, seules les dispositions de l'article 689-2 du code de procédure pénale, qui donnent compétence aux juridictions françaises pour poursuivre et juger, si elle se trouve en France, toute personne, auteur ou complice, française ou étrangère, qui s'est rendue coupable, hors du territoire de la République, de faits entrant dans le champ d'application de ladite Convention, étaient applicables, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés [articles 689, 689-1 et 689-2 du code de procédure pénale] et le principe ci-dessus énoncé» (Crim., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-88.330, *Bull. crim.* 2009, n° 22).

Section 2 – Coutume internationale

La coutume est définie par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice comme étant la «preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit».

§ 1. Devant les chambres civiles

Sans entrer dans le détail des riches débats doctrinaux sur la place de la coutume en droit international (sur la confrontation des deux thèses en présence, volontariste et objective, voir P. Dailler, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd., 2009, p. 352 à 379 ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 10^e éd., 2012, p. 54 à 74 ; P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, 11^e éd., 2012, p. 363 à 374), il est intéressant d'observer que celle-ci est généralement reconnue comme n'étant pas dénuée de tout caractère impératif : elle s'impose, en principe, *erga omnes*, à tous les États, même à ceux qui n'ont pas participé à son processus de formation, sauf objection persistante de leur part, ce qui exclut qu'elle leur soit opposable (sous réserve de l'hypothèse particulière où la règle coutumière relèverait du *jus cogens*). En cela, la coutume internationale va bien plus loin qu'une convention, cette dernière ne liant que les États qui, au contraire, y sont parties et ont à cet effet exprimé leur volonté de s'engager au respect de celle-ci.

Un récent arrêt de la Cour de cassation permet de prendre la mesure de cette distinction (1^{re} Civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 02-20.389, *Bull.* 2006, I, n° 378). Était en cause la portée de la réserve émise par le gouvernement français lors de l'approbation

de la Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes. Cette réserve, formulée sur le fondement de dispositions conventionnelles autorisant de telles réserves (article 18), portait sur l'application, à certaines créances (créances résultant de l'enlèvement, de la destruction ou de la « neutralisation » de la cargaison du navire), du fonds de limitation de responsabilité institué par cette Convention. Le propriétaire d'un navire qui avait perdu sa cargaison de bois en mer, ce qui avait nécessité l'adoption de mesures de prévention par le préfet maritime, avait été autorisé à constituer un tel fonds de limitation de responsabilité, auquel l'agent judiciaire du trésor s'était opposé en se prévalant de la réserve en question, ce qui avait donné lieu, en garantie de la créance de l'État, à la saisie conservatoire du navire. Estimant que cette réserve n'était pas effective, en ce que le gouvernement français s'était simplement réservé la faculté pour l'avenir d'y avoir recours, une cour d'appel avait donné mainlevée de cette saisie. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation, au double visa de l'article 18 de la Convention de Londres et des articles 2 et 19 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, « prise en tant que coutume internationale ». Cette référence à la coutume internationale a permis de donner effet, non seulement à la réserve émise par le gouvernement français, mais aussi à la définition, par la Convention de Vienne, de la notion de réserve (entendue comme un acte unilatéral visant à exclure l'application de certaines dispositions conventionnelles, et non comme une simple déclaration d'intention dépourvue d'effet juridique), alors que précisément la République française n'est pas partie à la Convention de Vienne, ce qui met en évidence la portée *erga omnes* de la règle coutumière.

L'autorité particulière qui lui est attachée confère au juge national qui la dégage un rôle déterminant. La tâche est loin d'être aisée, surtout pour les coutumes dites « générales », à distinguer des coutumes dites « régionales », car il s'agit de caractériser l'existence non seulement d'une pratique générale au sein de la communauté internationale (élément matériel), mais aussi d'une pratique acceptée comme étant de droit, c'est-à-dire perçue comme étant juridiquement obligatoire (élément subjectif, traditionnellement dénommé *opinio juris*). Cette tâche peut être facilitée, sans que soient résolues pour autant toutes les difficultés, par l'existence de conventions dites de codification de la coutume, telles que la Convention de Vienne précitée, ou la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens. Ainsi, c'est à la lumière de cette dernière Convention et des travaux préparatoires de codification qui ont présidé à son adoption que la Cour de cassation a dégagé certaines règles coutumières tenant à la formalisation de la renonciation à l'immunité d'exécution des États et des missions diplomatiques (1^{re} Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-72.057, *Bull.* 2011, I, n° 153 ; 1^{re} Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 10-25.938, *Bull.* 2013, I, n° 62 ; 1^{re} Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 11-10.450, *Bull.* 2013, I, n° 63 ; pourvoi n° 11-13.323, *Bull.* 2013, I, n° 64).

La tâche du juge national est plus aisée lorsqu'il s'agit de dégager une coutume régionale, telle que celle dégagée par la Cour de cassation dans les relations entre la France et d'autres États, pour les actes établis par une autorité étrangère et destinés à être produits devant les juridictions françaises : ces actes doivent, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, être légalisés pour y recevoir effet, de sorte que cette exigence de légalisation demeure malgré la récente abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681 qui l'avait instituée (1^{re} Civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-13.541, *Bull.* 2009, I, n° 116 ; Avis de la Cour de cassation, 4 avril 2011, n° 11-00.001, *Bull.* 2011,

Avis, n° 5 ; 1^{re} Civ., 23 mai 2012, pourvoi n° 11-17.716, *Bull.* 2012, I, n° 114 ; 1^{re} Civ., 15 mai 2013, pourvoi n° 12-16.243).

§ 2. Devant la chambre criminelle

Source de droit non écrit, son invocation devant le juge répressif national se heurte, en premier lieu, aux références constitutionnelles équivoques quant à son opposabilité. En effet, si le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international », l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 ne reconnaît qu'aux traités et accords régulièrement ratifiés et publiés une autorité supérieure à celle de la loi. En second lieu, le juge répressif national est tenu au respect de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui pose le principe de légalité des délits et des peines.

C'est pourquoi l'accueil réservé par la chambre à la coutume internationale diffère selon que celle-ci pose une incrimination (A) ou une immunité de juridiction (B).

A. Coutume internationale et norme d'incrimination

La chambre criminelle de la Cour de cassation a été confrontée à la question de savoir si la coutume internationale pouvait constituer une norme d'incrimination pour des faits qualifiés de crimes contre l'humanité lorsque, commis avant le 1^{er} mars 1994, ils échappaient aux prévisions de l'article 212-1 du code pénal. La jurisprudence de la chambre criminelle démontre que la réponse à cette question est négative quoique nuancée selon que les crimes en question ont été commis au cours de la seconde guerre mondiale au profit des pays européens de l'Axe ou non.

Ainsi, dans le premier cas, la chambre criminelle de la Cour de cassation fait de la coutume une application médiatisée et confortée par d'autres règles conventionnelles directement applicables en droit interne. Dans le second cas, elle a été amenée à considérer que la coutume ne pouvait, en aucune manière, pallier l'absence de texte incriminant de tels crimes.

Deux arrêts illustrent tout particulièrement cette position de principe.

Le premier a été rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 6 octobre 1983 (Crim., 6 octobre 1983, pourvoi n° 83-93.194, *Bull. crim.* 1983, n° 239), à l'occasion d'un pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Lyon qui avait refusé d'annuler l'extradition d'un ancien chef de la Gestapo de la région lyonnaise et de le remettre en liberté au motif, notamment, que les crimes contre l'humanité à lui reprochés relevaient d'un ordre répressif international.

Se refusant à suivre le raisonnement adopté par les juges du fond, mais évoquant l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtimement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg qui lui est annexé, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est référée à la résolution des Nations unies du 13 février 1946, dont il résulte que les États membres des Nations unies devaient prendre les mesures nécessaires pour que les personnes soupçonnées de crimes de guerre ou contre l'humanité soient renvoyées dans les pays où elles avaient commis ces faits afin d'y être jugées.

Relevant que ces textes étaient conformes aux principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des Nations auxquels se réfèrent l'article 15, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 7, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, traités internationaux régulièrement intégrés à l'ordre juridique interne, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejeta le pourvoi dont elle était saisie.

Mais, quelques années plus tard, devant trancher la question de l'incrimination de crimes contre l'humanité susceptibles d'avoir été commis en Algérie, entre 1955 et 1957, par un ancien officier de renseignement de l'armée qui en avait révélé l'existence dans un ouvrage dont il était l'auteur, la chambre criminelle de la Cour de cassation considéra que la seule coutume ne pouvait pallier l'absence de texte incriminant les faits dénoncés par la partie civile et sur lesquels le juge d'instruction avait refusé d'instruire après avoir relevé, notamment, que l'accord de Londres du 8 août 1945, le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg et la résolution des Nations unies du 13 février 1946 auxquels elle s'était référée dans l'arrêt du 20 décembre 1985 (Crim., 20 décembre 1985, pourvoi n° 85-95.166, *Bull. crim.* 1985, n° 407) ne pouvaient être invoqués, ces textes ne concernant que les crimes commis pour le compte des pays européens de l'Axe (Crim., 17 juin 2003, pourvoi n° 02-80.719, *Bull. crim.* 2003, n° 122).

B. Coutume internationale et immunité de juridiction

La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation admet, en revanche, la coutume internationale comme norme de droit directement applicable par le juge répressif national lorsqu'est en jeu la question de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice, quelle que soit la qualification susceptible d'être retenue. Ainsi, par un arrêt du 13 mars 2001 (Crim., 13 mars 2001, pourvoi n° 00-87.215, *Bull. crim.* 2001, n° 64), la chambre criminelle de la Cour de cassation a reconnu l'application directe d'une norme coutumière, dans l'ordre interne, à propos de la coutume internationale qui, aux termes du chapeau de cassation, « s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice 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 ». Il convient d'observer que le visa de l'arrêt se réfère aux « principes généraux du droit international », confirmant ainsi que ces derniers, loin de « reposer sur un élément de formation autonome » (voir J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 10^e éd., 2012, p. 110), empruntent leur autorité juridique à la norme à laquelle ils s'incorporent, en l'espèce, la coutume.

Cette immunité de juridiction a été ultérieurement étendue aux organes et entités constituant l'émanation de l'État étranger ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui relèvent de la souveraineté de l'État concerné.

C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé une chambre de l'instruction, dans une information suivie pour mise en danger et pollution, d'avoir reconnu l'immunité de juridiction à la Malta Maritime Authority, organisme attribuant, après agrément, le pavillon maltais aux navires, ainsi qu'à sa directrice (Crim., 23 novembre 2004, pourvoi n° 04-84.265, *Bull. crim.* 2004, n° 292).

Cette solution a été réaffirmée à l'occasion du rejet, par la chambre criminelle, d'un pourvoi formé contre un arrêt d'une chambre de l'instruction qui, dans une information

suivie pour homicide involontaire à la suite du naufrage d'un navire accomplissant une mission de service public non commercial, avait annulé des mandats d'arrêt qui avaient été délivrés contre des fonctionnaires ou membres du gouvernement sénégalais (Crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.818, *Bull. crim.* 2010, n° 9).

Cette immunité de juridiction ne fait cependant pas obstacle à ce que le juge d'instruction saisi d'une plainte avec constitution de partie civile, qui est tenu d'informer sur tous les faits résultant d'une telle plainte et sous toutes les qualifications possibles (Crim., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-81.676, *Bull. crim.* 2013, n° 65), et dès lors que les investigations en cause permettent d'établir la réalité des faits invoqués et d'en identifier les possibles auteurs, puisse vérifier si l'invocation de la règle coutumière de l'immunité des chefs d'État étrangers, de leurs organes et de leurs agents, est fondée.

Section 3 – *Jus cogens*

L'impérativité de la norme internationale a été invoquée, avec un succès inégal, devant la chambre criminelle (§ 1), mais aussi devant les chambres civiles (§ 2).

§ 1. Devant la chambre criminelle

La notion de *jus cogens* (sur laquelle voir notamment J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 10^e éd., 2012, p. 49 et s.) est fondée sur l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en date du 23 mai 1969, même si le concept existait déjà « dans sa substance, si ce n'est dans sa formulation du moins dans le domaine humanitaire » (D. Carreau, *Rép. dr. international*, Dalloz, V^o Jus cogens, août 2007, n° 6). Ledit article prévoit : « Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. » Le *jus cogens* est donc constitué de règles de droit impératif à vocation universelle – aucune convention ne saurait déroger à cet ordre public international – dont la jurisprudence récente des juridictions internationales, notamment répressives, a peu à peu précisé le contenu. Ainsi est-il devenu un instrument majeur de protection des droits fondamentaux de la personne, au premier chef contre la torture (voir notamment Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 10 décembre 1998, Le Procureur c. Anto Furundzija, n° IT-95-17/1-T ; voir aussi CEDH, 21 novembre 2001, Al-Adsani c. Royaume-Uni, n° 35763/97 ; CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie, n° 34503/97 ; CEDH, 17 mars 2009, Ely Ould Dah c. France, n° 13113/03 ; TPICE, 21 septembre 2005, Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission, n° T-306/01).

Pour autant, contrairement à la première chambre civile (voir 1^{re} Civ., 9 mars 2011, § suivant), et alors qu'elle se réfère à la « coutume internationale » ainsi qu'aux « principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations » (sur ces notions voir § suivant ; et sur l'ensemble de la question, voir N. Maziau, « La réception du droit international (public) par la Cour de cassation », *JDI* n° 3, juillet 2013, doctr. 8, p. 791), la chambre criminelle ne fait aucune référence au *jus cogens* spécialement pour fonder une cassation,

comme le montre par exemple un arrêt du 19 mars 2013 (pourvoi n° 12-81.676, *Bull. crim.* 2013, n° 65). En l'espèce, une avocate camerounaise ayant acquis la nationalité par mariage avec un Français le 30 septembre 2010 avait porté plainte avec constitution de partie civile auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Paris, des chefs, notamment, de tortures, traitements inhumains et détention arbitraire, subis durant sa détention au Cameroun, à compter du 8 janvier 2010, lors de poursuites criminelles dirigées contre elle dans un litige opposant l'État camerounais à une filiale camerounaise de la Société Générale. Le juge d'instruction ayant dit y avoir lieu à informer sur les faits dénoncés, son ordonnance, frappée d'appel par le ministère public, a été infirmée par un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris. Pour dire n'y avoir lieu à information, les magistrats ont énoncé que, même pour la partie des faits relevant de la compétence personnelle passive française (crime commis à l'étranger sur un Français – article 113-7 du code pénal), ceux-ci n'étaient pas susceptibles de poursuites en France dès lors que, s'inscrivant dans une procédure judiciaire conduite régulièrement par les autorités camerounaises et relatifs à des conditions de détention en usage dans les établissements pénitentiaires placés sous la responsabilité de ces mêmes autorités, ils étaient régis par la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite, devant les juridictions pénales d'un État étranger, non seulement des États et de leurs dirigeants, mais aussi des organes et agents en raison d'actes relevant de la souveraineté desdits États. Le mémoire ampliatif déposé à l'appui du pourvoi formé par la demanderesse a, au sein d'un moyen unique de cassation, développé une branche intéressante selon laquelle l'interdiction de la torture ayant « valeur de norme impérative ou *jus cogens* en droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et constitue une restriction légitime à l'immunité de juridiction » reconnue par la coutume internationale, la chambre de l'instruction avait méconnu cette norme. La chambre criminelle a certes censuré l'arrêt frappé de pourvoi, mais par une cassation de pure procédure pénale interne : s'abstenant de viser le *jus cogens* (ainsi que les textes internationaux ou européens prohibant l'usage de la torture invoqués par le mémoire), partant d'affirmer la supériorité de ce dernier y compris sur les prescriptions de droit coutumier, elle reprend, au visa des seuls articles 85 et 86 du code de procédure pénale, le chapeau de cassation bien connu (voir par exemple, au sein d'une jurisprudence constante, *Crim.*, 16 novembre 1999, pourvoi n° 98-84.800, *Bull. crim.* 1999, n° 259 : « Vu les articles 85, 86 et 206 du code de procédure pénale ; Attendu que la juridiction d'instruction régulièrement saisie d'une plainte avec constitution de partie civile a le devoir d'instruire, quelles que soient les réquisitions du ministère public ; que cette obligation ne cesse, suivant les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 86 du code de procédure pénale, que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent comporter légalement une poursuite ou si, à supposer les faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale »).

§ 2. Devant les chambres civiles

S'il arrive, de temps en temps, à la Cour de cassation de faire référence à la coutume internationale ou au droit international coutumier, on peut se demander si une autorité particulière leur est réservée au fil de la jurisprudence, ce qui serait susceptible de rattacher ces sources normatives à la logique de l'ordre public. La question se pose car la coutume ne présente pas le même degré d'intensité normative ou d'impérativité que le *jus cogens* : autant ce dernier est revêtu d'une autorité éminente, en tant

que norme à laquelle il n'est pas possible de déroger, ce qui fait immédiatement penser au concept de l'ordre public, autant la coutume se définit avant tout par son caractère obligatoire, ce qui est inhérent à toute norme, et semble donc, de prime abord, relativement éloignée des considérations qui s'attachent à l'ordre public.

Un seul arrêt de la Cour de cassation fait expressément référence à la notion de *jus cogens* (1^{re} Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-14.743, *Bull.* 2011, I, n° 49). Était en cause le comportement de l'État libyen face à un attentat terroriste perpétré contre les passagers d'un aéronef ayant succombé à son explosion (attentat du DC 10 d'UTA). À la suite de la condamnation pénale de plusieurs ressortissants libyens, la responsabilité civile de cet État étranger était recherchée par des ayants droit de victimes pour ne pas avoir réprimé et désavoué cet attentat, et même l'avoir soutenu. Cet État a alors opposé son immunité de juridiction tout en contestant sa responsabilité. Après avoir approuvé la décision de cour d'appel en ce qu'elle avait retenu que cet État étranger pouvait opposer son immunité dès lors que la nature criminelle d'un acte de terrorisme ne permet pas, à elle seule, d'écarter une prérogative de souveraineté, la Cour de cassation, devant laquelle était soutenu que le droit d'accès au juge, tel que garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, y faisait obstacle, a pris le soin de faire référence au *jus cogens* dès lors que cette norme impérative (qui n'était pas invoquée par les parties) prime toutes les autres dans l'ordre international, mais sans se prononcer sur la question de principe (très discutée en doctrine mais qui, encore une fois, n'était pas posée par le présent pourvoi) de savoir si l'interdiction des actes de terrorisme constitue une norme de *jus cogens* : « À supposer que l'interdiction des actes de terrorisme puisse être mise au rang de norme de *jus cogens* du droit international, laquelle prime les autres règles du droit international et peut constituer une restriction légitime à l'immunité de juridiction, une telle restriction serait en l'espèce disproportionnée au regard du but poursuivi dès lors que la mise en cause de l'État étranger n'est pas fondée sur la commission d'actes de terrorisme mais sur sa responsabilité morale. »

Chapitre 2 – Conception française de l'ordre public international

Le droit international est à la recherche d'un équilibre entre les exigences d'accueil des lois ainsi que des situations juridiques étrangères et la cohérence de l'ordre juridique français. L'ordre public est le garant de cette intégrité, selon l'expression du professeur Léna Gannagé (« L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », in *Travaux du comité français de droit international privé*, années 2006-2008, Pedone, 2009, p. 205).

Les chambres civiles (section 1) et la chambre criminelle défendent chacune une conception autonome de l'ordre public international (section 2).

Section 1 – Devant les chambres civiles

§ 1. Présentation générale

L'exception d'ordre public international relevée par le juge a pour fonction d'empêcher la perturbation que risque de produire l'application ou la reconnaissance de normes étrangères dont le contenu heurterait les conceptions dominantes de l'ordre juridique du for (B. Audit, avec le concours de L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 6^e éd., 2010, n° 317). L'exception suppose donc que soit enclenché le mécanisme du jeu de la règle de conflit et, dans une seconde étape, l'ordre public international constitue un mécanisme d'éviction de la loi étrangère normalement compétente lorsque les dispositions de celle-ci heurtent la conception française de l'ordre public international français, de sorte que ces normes étrangères « ne saurai[ent] avoir d'efficacité en France » (1^{re} Civ., 23 janvier 1979, pourvoi n° 77-12.825, *Bull.* 1979, I, n° 27). Le juge procède alors à une substitution de la loi française à la loi étrangère (A). Pour faire intervenir l'ordre public, le juge prend en considération les liens, plus ou moins proches, entretenus entre la situation juridique et le for (B).

A. Lois de police et définition de l'ordre public international

L'ordre public international s'exprime sous une forme positive lorsque le juge français applique directement une loi étrangère ou une loi de police française. Dans ce cas, celle-ci s'impose en dehors de tout raisonnement de droit international privé, et donc sans référence à la conception française de l'ordre public. L'aspect négatif de l'ordre public international se rencontre lorsqu'il s'agit de faire produire effet en France à une situation juridique déjà créée à l'étranger, au stade soit de l'*exequatur* d'une décision étrangère, soit de sa reconnaissance, notamment incidente. À cette fin, la Cour de cassation, qui a fixé les trois conditions de reconnaissance d'un jugement étranger dans un arrêt du 20 février 2007 (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 05-14.082, *Bull.* 2007, I, n° 68), a exigé que la décision étrangère soit conforme à l'ordre public international de fond et de procédure.

La jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation ne fournit pas de définition de la conception française de l'ordre public. Cependant, les arrêts rendus permettent de circonscrire la notion. Une décision célèbre (1^{re} Civ., 25 mai 1948, pourvoi n° 37.414, *Bull. civ.* 1948, I, n° 163, *RCDIP* 1949, p. 89) l'a définie comme l'ensemble des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». Ces principes de justice universelle comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français, qui ont émergé récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation (voir titre 3, chapitre 3), ainsi que les droits fondamentaux. Les principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société française déclenchent également l'exception d'ordre public et ne sont pas moins intangibles.

En réalité, le juge français accueille l'exception d'ordre public lorsque le résultat de l'application de la disposition étrangère est inconciliable avec la conception actuelle de l'ordre public du for, au jour où il statue afin de prendre en compte son caractère évolutif. Par exemple, le principe d'égalité des filiations, qui n'était pas d'ordre public

international français, l'est devenu depuis un arrêt de la première chambre civile du 12 mai 1987 (1^{re} Civ., 12 mai 1987, pourvoi n° 84-14.472, *Bull.* 1987, I, n° 150, *JDI* 1988, p. 101) : un enfant était né, durant le mariage, des relations entretenues par le mari avec une autre femme. Après la dissolution du mariage, l'ex-mari, après avoir reconnu l'enfant, avait épousé la mère de ce dernier. L'enfant né du premier mariage du père a contesté la qualité d'héritier de celui né des relations adultérines et a demandé l'annulation de la reconnaissance et de la légitimation par le mariage de son père par application de la loi belge, loi personnelle du père, qui interdisait la reconnaissance et la légitimation des enfants adultérins. La première chambre civile, se référant aux « principes qui régissent le droit international privé », a décidé « que le principe de la légitimation par le mariage des enfants naturels, même d'origine adultérine, traduit une conception fondamentale actuelle du droit français entraînant, par l'effet de l'ordre public[,] l'éviction de la loi belge ».

B. Ordre public atténué et ordre public de proximité

Lorsqu'il s'agit de reconnaître des droits acquis à l'étranger, l'effet de la situation qui y a déjà produit ses effets est moins perturbateur pour l'ordre juridique français. Dans ce cas, seul un degré élevé de contrariété de la loi étrangère aux conceptions françaises justifie une intervention de l'ordre public. Celui-ci produit alors un effet atténué, cette moindre réaction étant, notamment, fonction du temps passé entre la situation juridique cristallisée à l'étranger et la reconnaissance en France de ses effets. Cette distinction entre un ordre public plein et un ordre public atténué a été retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 avril 1953 (1^{re} Civ., 17 avril 1953, pourvoi n° 2.520, *Bull.* 1953, I, n° 121) en ces termes : « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger ». Pour justifier le défaut d'intervention de l'ordre public, il est impératif que les droits aient été acquis sans fraude.

Parallèlement à ce mécanisme de désactivation de l'ordre public, celui de l'ordre public de proximité pose des limites à la tolérance de la situation créée à l'étranger en protégeant les valeurs du for en raison de l'existence de liens avec la France. Ce critère intervient au stade de la reconnaissance des situations juridiques, comme à celui de leur constitution dans l'ordre juridique français. Le fait que l'ordre public de proximité privilégie les seuls liens de la situation avec le for fait l'objet de critiques de la doctrine, qui reproche à l'ordre juridique français de se désintéresser de la situation dès lors que les liens ne sont pas significatifs avec la France.

L'intervention de l'ordre public international exige des liens de rattachement suffisants entre le for et la situation juridique considérée et, lorsque la première chambre civile se réfère à la nationalité française ou à la résidence habituelle sur le territoire français de l'une des parties, elle pose une exigence de proximité.

La Cour de cassation a ainsi jugé (1^{re} Civ., 3 janvier 1980, pourvoi n° 78-13.762, *Bull.* 1980, I, n° 4) que l'ordre public international ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger, alors qu'un tel mariage est interdit en France, même si la conception française de l'ordre public international « s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté

à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci » (1^{re} Civ., 6 juillet 1988, pourvoi n° 85-12.743, *RCDIP* 1989, p. 71).

§ 2. Illustrations de la conception française de l'ordre public international substantiel

Cette conception a été consacrée au travers d'un certain nombre de principes.

A. Principe d'égalité des époux

C'est en raison de la contrariété à l'ordre public de l'effet réclamé en France que la première chambre civile a, par deux arrêts, refusé la reconnaissance en France d'une répudiation, en jugeant que la « décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, [est] contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1^{er}, d) de la convention franco-algérienne du 27 août 1964 » (1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 01-11.549, *Bull.* 2004, I, n° 47, pourvoi n° 02-11.618, *Bull.* 2004, I, n° 48, *D.* 2004, p. 824; sur les conditions dans lesquelles les décisions rendues par des juridictions étrangères en matière de dissolution du lien conjugal peuvent produire, ou non, des effets en France, voir aussi 1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 02-17.479, *Bull.* 2004, I, n° 46; 1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 02-15.766, *Bull.* 2004, I, n° 49). Ce principe d'égalité des époux, désormais partie intégrante de l'ordre public international, a été réaffirmé à plusieurs reprises depuis lors par la Cour de cassation (1^{re} Civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 04-19.444, *Bull.* 2006, I, n° 225; 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-19.577, *Bull.* 2007, I, n° 280; 1^{re} Civ., 4 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.574, *Bull.* 2009, I, n° 217, etc.). La jurisprudence reconnaît ainsi une supériorité des droits fondamentaux, garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, vis-à-vis de droits établis par des conventions passées par les États contractants, comme en l'espèce, où les Conventions franco-marocaine du 10 août 1981 et franco-algérienne du 27 août 1964 étaient applicables. Ce principe d'égalité des époux, qui n'a pas de caractère universel, appartient aux principes généraux du droit (M.-N. Jobard-Bachellier, F.-X. Train, *JCl. Dr. international*, LexisNexis, fasc. 534-2 « Ordre public international », avril 2010, n° 71). La Cour européenne des droits de l'homme a, par un arrêt du 8 novembre 2005, estimé la jurisprudence française en matière de répudiation conforme aux droits garantis par la Convention (CEDH, arrêt du 8 novembre 2005, D.D. c. France, n° 3/02).

B. Principe d'égalité des parents

La jurisprudence (1^{re} Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.302, *Bull.* 2010, I, n° 218) a dégagé un principe d'égalité des parents en considérant que le jugement de divorce étranger qui met à néant l'exercice conjoint de l'autorité parentale en donnant à une mère le droit de prendre seule toutes les décisions concernant les enfants et faisant au père des injonctions lui interdisant de recevoir ses enfants en présence d'une femme

sauf en cas de mariage porte atteinte à des principes essentiels du droit français, fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale. À l'inverse, la décision étrangère qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162) ne heurte pas la conception française de l'ordre public.

C. Principe du droit à une filiation

En matière de filiation, un arrêt rendu par la première chambre civile le 10 février 1993 (pourvoi n° 89-21.997, *Bull.* 1993, I, n° 64) exprime la conception française de l'ordre public international en matière de filiation en décidant que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation ». La solution a été reprise plus récemment (1^{re} Civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 05-10.299, *Bull.* 2006, I, n° 226, *D.* 2006, p. 2890, note G. Kessler et G. Salamé) au motif que « l'enfant n'a[yant] pas la nationalité française et ne résid[ant] pas en France », l'impossibilité d'établir la filiation naturelle selon le droit désigné par la règle de conflit n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international. À l'inverse, s'agissant d'un enfant né et élevé en France, la première chambre (1^{re} Civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 09-71.369, *Bull.* 2011, I, n° 182) a approuvé une cour d'appel d'avoir décidé que les dispositions de la loi ivoirienne prohibant la recherche de la paternité naturelle étaient contraires à l'ordre public international français en ce qu'elles priveraient l'enfant d'établir sa filiation paternelle.

Par ailleurs, il a été jugé, à plusieurs reprises, que la loi étrangère qui prohibe l'adoption n'est pas contraire à notre ordre public international dès lors qu'existe la *kafala* (1^{re} Civ., 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-10.439, *Bull.* 2010, I, n° 265), mesure de recueil d'un enfant prévue par les lois musulmanes.

La question de l'adoption d'un enfant par un couple du même sexe a témoigné de la difficulté de concilier le principe du droit à une filiation avec la conception française de l'ordre public international. La première chambre civile (1^{re} Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30.261, *Bull.* 2012, I, n° 125 et pourvoi n° 11-30.262, *Bull.* 2012, I, n° 126), après avoir estimé que l'article 346 du code civil, qui réserve l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage, ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français, a jugé que l'ordre public international s'oppose à ce que soit ordonné l'*exequatur* d'une décision étrangère d'adoption ayant pour effet de rompre les liens de filiation antérieure de l'enfant, dont la transcription sur les registres de l'état civil français emporterait inscription de cet enfant comme né de deux parents de même sexe, en contrariété avec un principe essentiel du droit français de la filiation consacré notamment à l'article 310 du code civil.

Enfin, une discrimination entre les successibles fondée sur la religion a été jugée contraire à l'ordre public international français (1^{re} Civ., 17 novembre 1964, *Bull.* 1964, I, n° 505).

D. Principe d'ordre public alimentaire

La Cour de cassation qui a dégagé ce principe l'a utilisé, antérieurement à ses arrêts sur la répudiation, pour s'opposer à la reconnaissance d'une telle répudiation quand la compensation pécuniaire accordée à l'épouse était dérisoire (1^{re} Civ., 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-11.262, *Bull.* 1992, I, n° 229, *RCDIP* 1993, p. 269, note P. Courbe).

E. Principe d'indisponibilité de l'état des personnes

Ce principe s'exprime notamment à travers la prohibition, en droit français, de la gestation pour autrui. L'assemblée plénière de la Cour de cassation, par arrêt du 31 mai 1991 (Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n° 4), a jugé que la convention de mère porteuse passée et exécutée en France contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. En ce qui concerne une telle gestation conduite à l'étranger, par trois arrêts rendus le 6 avril 2011 (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70; pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71; pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72), la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé « qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ». La prohibition des conventions de gestation pour autrui édictée par l'ordre juridique français entache de contrariété à l'ordre public international, par contagion, le lien de filiation de l'enfant conçu par ce procédé. La Cour de cassation, qui ne se réfère plus au principe de l'indisponibilité du corps humain mais à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes, a précisé que l'intérêt supérieur de l'enfant n'était pas de nature à neutraliser l'ordre public international français, car ces enfants, n'étant pas privés d'une filiation maternelle et paternelle, que le droit étranger leur reconnaît, ni empêchés de vivre avec les requérants, la prise en compte primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ne commandait pas que la contrariété à l'ordre public international français de ces jugements étrangers soit écartée.

F. Principe de proportionnalité de la sanction pécuniaire

En matière patrimoniale, selon la conception retenue par la Cour de cassation, fait partie de l'ordre public international français, le principe de proportionnalité de la sanction pécuniaire au regard du patrimoine du débiteur, ou par rapport au montant de la condamnation principale du débiteur. À cet égard, la Cour de cassation a estimé que le jugement américain liquidant une astreinte à hauteur de plus de 13 millions de dollars n'était pas contraire aux droits fondamentaux dès lors que le débiteur poursuivi devant les juridictions civiles américaines pour des infractions à la législation boursière était soupçonné d'avoir détourné environ 200 millions de dollars (1^{re} Civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-11.729, *Bull.* 2009, I, n° 15, *JDI* 2009, comm. 17 par F. Marchadier).

Ce principe de proportionnalité a également été mis en œuvre par la Cour de cassation dans une décision du 1^{er} décembre 2010 (1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2010, pourvoi n° 09-13.303, *Bull.* 2010, I, n° 248) qui a estimé que les dommages-intérêts punitifs ne sont pas en principe contraires à l'ordre public, à la condition qu'ils soient proportionnés

au préjudice subi. Par ailleurs, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui n'avait pas répondu à la partie soutenant que les condamnations étaient disproportionnées au regard du préjudice subi par le créancier, et contraires au principe de la personnalité des peines et de la personnalité juridique distincte des personnes physiques et des personnes morales (1^{re} Civ., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-23.871, *Bull.* 2012, I, n° 228).

G. Intérêt de l'enfant

Lorsqu'elle fait état de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour de cassation ne se réfère pas à la conception française de l'ordre public international, bien qu'à l'évidence l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant en fasse partie. Un arrêt du 30 janvier 1979 (1^{re} Civ., 30 janvier 1979, pourvoi n° 78-11.568, *Bull.* 1979, I, n° 37) a invoqué « l'intérêt effectif » de l'enfant, en le reliant « aux exigences de l'ordre public français ».

§ 3. Illustrations de la conception française de l'ordre public international dans le domaine des entreprises en difficulté

Dans le droit international privé des entreprises en difficulté, l'ordre public international joue, en principe, son double rôle technique habituel : entraîner, par voie d'exception, l'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for et faire obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution en France d'une décision étrangère ou d'une sentence arbitrale, rendue à l'étranger ou en France, mais en matière internationale, qui le méconnaîtrait. Cependant, la matière des procédures collectives transnationales pose essentiellement des problèmes de conflit de juridictions. En effet, c'est leur solution qui commande ici celle du conflit de lois, la loi dite de la « faillite », ou *lex concursus*, étant celle de l'État compétent pour ouvrir la procédure. Il en résulte que c'est, le plus souvent, comme condition de la régularité internationale d'une décision juridictionnelle que le respect de la conception française de l'ordre public international interviendra dans le droit des entreprises en difficulté. Mais son rôle y est plutôt réduit, en raison du rapprochement, en droit comparé, des diverses conceptions entre lesquelles le droit des procédures collectives a pu hésiter. L'histoire du droit montre d'ailleurs que, même aux époques où les différences étaient plus marquées entre une tendance, ancienne, à la satisfaction exclusive des créanciers ou, plus moderne, au redressement de la situation du débiteur, l'ordre public était déjà rarement opposé à la reconnaissance d'une décision étrangère ouvrant la « faillite » et ne l'est presque plus, ce que l'on vérifiera en premier lieu (A), avant d'examiner son rôle, moins résiduel, en dehors de la reconnaissance de la décision d'ouverture elle-même (B).

A. Ordre public international et reconnaissance d'une décision étrangère ouvrant la procédure collective

Il s'agit principalement d'un ordre public procédural, qui joue un rôle particulier, et renouvelé, en matière de contrôle de la compétence internationale du juge étranger.

1. Un ordre public international essentiellement fondé sur le respect des droits de la défense

Il est très rare que le refus de reconnaissance d'une décision étrangère ouvrant une procédure collective soit fondé sur l'ordre public de fond, tenant, par exemple, à la qualité du débiteur ou à certaines conséquences attachées, par la loi étrangère, au jugement d'ouverture. Ainsi la qualité du débiteur n'est pas intégrée dans le domaine de l'ordre public international et, quelle qu'elle soit, ne fait pas obstacle à la reconnaissance des jugements étrangers ouvrant la « faillite » d'un débiteur que le droit français exclurait du périmètre des procédures collectives nationales, ce qui, il est vrai, devient de plus en plus rare (mais voir déjà, à propos d'un non-commerçant, 1^{re} Civ., 20 mai 1967, pourvoi n° 64-13.721, *Bull.* 1967, I, n° 172, essayant cependant de limiter la portée de l'*exequatur* et, surtout, la formule générale de Com., 18 janvier 2000, pourvoi n° 97-11.906, *Bull.* 2000, IV, n° 17, *RCDIP* n° 3, 15 septembre 2000, p. 442, note D. Bureau). De même, sont reconnus sans difficulté les jugements étrangers ouvrant une période suspecte plus longue que celle de dix-huit mois du droit français (1^{re} Civ., 15 juillet 1975, pourvoi n° 74-12.322, *Bull.* 1975, I, n° 236, *JDI* 1975, p. 847, obs. Ph. Kahn, à propos d'une période de plus de trois ans fixée par un tribunal sénégalais, l'arrêt rappelant, de manière très pédagogique, que « l'ordre public au respect duquel la reconnaissance ou l'exequatur des décisions étrangères est subordonné s'entend de l'ordre public au sens non du droit interne mais du droit international de l'État [où] la décision est invoquée » ; Com., 5 février 2002, pourvoi n° 98-22.683, *Bull.* 2002, IV, n° 24, *JDI* 2003, p. 476, [1^{re} esp.], note Ph. Roussel Galle, concernant une période de vingt-trois mois fixée par un tribunal espagnol, jugée par l'arrêt « admissible au regard de la sécurité du commerce et du crédit du débiteur, telle qu'elle est conçue dans l'ordre public international français »).

C'est l'ordre public procédural, touchant aux règles suivies à l'étranger jusqu'au prononcé de la décision d'ouverture qui, aujourd'hui, pourrait être opposé plus facilement, au regard des règles de l'Union européenne, à la reconnaissance et à l'exécution de cette décision, malgré les liens de solidarité particuliers liant les États membres de l'Union qui fondent l'espace judiciaire européen. Le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui, en pratique, constitue, depuis son entrée en vigueur le 31 mai 2002, la source essentielle du droit international privé des entreprises en difficulté, consacre son article 26 à l'ordre public en ces termes : « Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et libertés individuelles garantis par sa constitution. » Tout en rappelant le rôle de l'ordre public comme justificatif du refus de reconnaissance d'une décision étrangère, ce texte s'efforce d'en restreindre l'application par l'emploi de l'adverbe « manifestement » et par la référence aux droits fondamentaux. Mais, dans l'arrêt *Eurofood IFSC Ltd* du 2 mai 2006 (C-341/04, *RCDIP* 2006, p. 811, étude F. Jault-Seseke et D. Robine), bien que partageant cette conception restrictive (voir point 62 de l'arrêt), la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) y inclut également, ainsi qu'elle le fait pour l'interprétation préjudicielle d'autres instruments juridiques relatifs à la circulation des décisions de justice, les garanties fondamentales du procès équitable. De ce point de vue, l'ordre public procédural concerne aussi, malgré

ses spécificités, l'instance tendant à l'ouverture d'une procédure collective. Le principe de la contradiction doit, notamment, y être observé, ce qui implique (point 66) le droit d'obtenir communication des pièces et celui d'être entendu. Ceci vaut, d'après l'arrêt, aussi bien pour le débiteur lui-même que pour ses créanciers ou leur représentant et, plus généralement, pour toute personne concernée par la procédure, compte devant, cependant, être tenu de l'urgence et des possibilités de contestation offertes ultérieurement aux créanciers.

Suivant cette interprétation faisant du respect des droits de la défense l'un des éléments de l'ordre public international, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est interrogée, dans un arrêt du 27 juin 2006 (pourvoi n° 03-19.863, *Bull.* 2006, IV, n° 149, *RCDIP* 2006, p. 882 renvoyant p. 811, étude F. Jault-Seske et D. Robine), sur l'absence d'audition des représentants du personnel préalablement à la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais a considéré qu'elle ne constituait pas une violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par cette procédure et a approuvé, en conséquence, l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public fondé sur l'article 26 du règlement communautaire précité.

2. Un ordre public international utilisé pour apprécier indirectement la compétence étrangère

La compétence internationale dite indirecte, c'est-à-dire celle du juge étranger appréciée en tant que condition de la régularité internationale de sa décision, en vue de sa reconnaissance et/ou de son exécution, devient le terrain d'élection de l'application de l'article 26 du règlement communautaire n° 1346/2000 précité. Sans admettre, bien au contraire, que les juges des États membres autres que celui dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité puissent directement contrôler la compétence du juge d'origine, la CJCE avait (point 43 de l'arrêt *Eurofood IFSC Ltd* préc.) justifié l'abdication qui leur était imposée par le fait que la contestation de la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur, critère unique, selon l'article 3 du règlement, de la compétence en matière d'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité, devait relever de l'exercice d'un recours de droit interne dans l'État d'ouverture de cette procédure.

Le droit national doit-il, néanmoins, nécessairement prévoir un tel recours ? Autrement dit, l'inexistence d'un tel recours se heurte-t-elle à l'ordre public procédural ? La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 juin 2009 (pourvoi n° 08-11.902, *Bull.* 2009, IV, n° 88, *RCDIP* 2010 n° 1, 15 mars 2010, p. 179, note D. Bureau), rendu dans la célèbre affaire de la procédure de sauvegarde des sociétés du groupe Eurotunnel, ouverte par le tribunal de commerce de Paris bien que leur siège statuaire fût situé au Royaume-Uni, l'a d'abord admis pour le droit français. Elle a décidé, au visa du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qu'un créancier domicilié dans un autre État membre que celui dans lequel a été ouverte la procédure est recevable, par la voie de la tierce opposition, à contester la localisation du centre des intérêts principaux du débiteur retenue par le jugement d'ouverture. Cet arrêt complète ainsi le droit français en ouvrant une possibilité effective de contestation de la compétence, possibilité prétorienne nouvelle conforme au droit d'accès au juge garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, texte d'ailleurs visé par l'arrêt du 30 juin 2009.

Dans la situation inverse où la procédure d'insolvabilité est ouverte à l'étranger, un arrêt du 15 février 2011 de la chambre commerciale (pourvoi n° 09-71.436, *Bull.* 2011, IV, n° 27, *RCDIP* n° 4, 1^{er} mars 2011, p. 903, note J.-M. Jude), poursuivant dans la même voie, retient aussi que serait manifestement contraire à la conception française de l'ordre public international, au sens de l'article 26 du règlement précité, la reconnaissance en France du jugement d'ouverture en l'absence d'une possibilité de contestation effective de la compétence du juge étranger dans le pays d'origine (l'Italie en l'espèce), mais laisse aux juges du fond le soin de s'en assurer par une interprétation souveraine, hors dénaturation, de la loi étrangère de procédure applicable.

Une fois la procédure collective ouverte à l'étranger et reconnue en France, au terme de la procédure d'*exequatur* en droit international privé commun ou conformément aux dispositions du règlement communautaire n° 1346/2000 précité, l'ordre public intervient ponctuellement pour imposer le respect de certaines solutions jugées essentielles par le droit français des procédures collectives, mais ce rôle est plus général.

B. Rôle de l'ordre public international dans l'application du droit des procédures collectives

Il intervient, conformément à son rôle classique, pour faire respecter certaines règles jugées absolument essentielles par le droit français des entreprises en difficulté, mais l'évolution de ce dernier réduit fortement les occasions de refus ; c'est d'ailleurs essentiellement dans le cadre du contrôle exercé en matière d'arbitrage international qu'elles se présentent désormais.

1. Ordre public international au regard de l'évolution du droit national

L'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation illustre, à cet égard, un relatif effacement de l'ordre public international, à la mesure des réformes législatives de droit interne. Il s'agit d'un parfait exemple d'application tant du principe dit d'actualité de l'ordre public international, obligeant à apprécier l'application concrète des lois étrangères en fonction de la conception qu'a actuellement le for de cet ordre public, que du lien qui, malgré tout, unit ordre public interne et ordre public international, lien qu'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation a particulièrement souligné dans le droit des entreprises en difficulté, en précisant que « les dispositions du droit français de la liquidation judiciaire [...] sous-tendent l'ordre public international » (1^{re} Civ., 3 avril 2001, pourvoi n° 99-15.670).

L'une des meilleures illustrations du principe d'actualité est le sort de la sanction de l'extinction de la créance non déclarée dans une procédure collective ouverte en France. De l'entrée en vigueur de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation des entreprises à celle de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'article 53 de la première, devenu L. 621-46 du code de commerce, énonçait, dans un alinéa 4, que les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes. Il en résultait que la non-déclaration de la créance au passif de la procédure collective ouverte à l'égard de son débiteur principal interdisait au créancier d'en réclamer le montant à la caution, l'extinction de

la créance étant qualifiée d'exception inhérente à la dette au sens de l'article 2036 du code civil, devenu 2313. Lorsque le débiteur principal était soumis à une procédure collective en France, son créancier devait donc déclarer sa créance, même s'il avait obtenu, à l'étranger, une décision de condamnation de la caution revêtue de l'*exequatur* en France. À défaut elle était perdue et interdisait au créancier, même au bénéfice de cet *exequatur*, de pratiquer des voies d'exécution en France. En effet, selon un arrêt de la première chambre civile du 29 septembre 2004 (pourvoi n° 02-16.754, *Bull.* 2004, I, n° 215, *RCDIP* n° 2, 15 juin 2005, p. 322, note J.-P. Rémy), « le principe d'ordre public interne et international selon lequel, en cas de procédure collective, tout créancier doit déclarer sa créance » s'y opposait. La référence expresse à l'ordre public international est d'autant plus à souligner qu'elle était sans doute inutile pour justifier, en l'espèce, la solution, puisque la loi de la procédure collective, qui était la loi française, suffisait à l'imposer, sans qu'il soit besoin d'évincer une loi étrangère contraire. Dans la situation inverse où la procédure collective était ouverte à l'étranger à l'égard du débiteur principal, la jurisprudence admettait – et, à plus forte raison, admettra, depuis la suppression de la sanction – que le créancier pouvait poursuivre sa caution en France, sans risque de voir sa créance éteinte pour non-déclaration si la *lex concursus* étrangère était en ce sens, la chambre commerciale ayant jugé, dans un arrêt du 16 octobre 2007 (pourvoi n° 06-14.681, *Bull.* 2007, IV, n° 218, *RCDIP* n° 8, 15 juin 2008, p. 289, note D. Bureau), que « l'absence d'extinction de la créance pour défaut de déclaration à la procédure collective du débiteur principal n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international » [alors que « la règle de l'extinction des créances non déclarées est d'ordre public », sous-entendu interne, selon deux arrêts (1^{re} Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-18.320, *Bull.* 2011, I, n° 152 et 1^{re} Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-18.321), rendus en matière d'arbitrage interne, qui illustrent la différence entre l'ordre public international et l'ordre public interne]. Certes, la comparaison des deux arrêts montre que le lieu d'ouverture de la procédure collective a une incidence, mais il n'est pas inutile de souligner que le second arrêt a été rendu à une époque où le droit français avait déjà abandonné la sanction de l'extinction des créances pour non-déclaration.

La modernisation du droit national n'est pas non plus étrangère à l'acclimatation, dans l'ordonnancement juridique français, d'institutions étrangères, auxquelles l'on n'oppose pas ou plus la conception française de l'ordre public international. C'est ainsi que, dans un arrêt du 13 septembre 2011 (pourvoi n° 10-25.731, *Bull.* 2011, IV, n° 131, *RCDIP* 2011 n° 4, 1^{er} mars 2012, p. 870, rapp. J.-P. Rémy), la chambre commerciale, par application d'un contrat d'émission d'un emprunt international sous forme de titres de financement négociables à taux variable, conforme au droit de l'État de New York, reconnaît au *trustee* désigné pour « gérer » l'emprunt et aux agents des sûretés constituées en garantie la qualité directe de créanciers, aptes à déclarer leur créance à la procédure collective ouverte en France à l'égard de l'emprunteur, sans avoir à justifier d'un mandat des porteurs finaux des titres, ces derniers pouvant apparaître *a priori* comme les « véritables » créanciers. La Cour de cassation considère, en effet, que la qualité de créancier s'apprécie au regard de la loi de la source de la créance, ici la loi du contrat, et que la conception française de l'ordre public international ne s'oppose pas à l'admission des agents des sûretés, en tant que créanciers personnels au titre d'une dette parallèle (« *parallel debt* »), miroir de celle existant à l'égard des porteurs de titres ou du *trustee*, pourvu que les conventions passées entre les parties et une admission solidaire

des différents créanciers permettent d'éviter tout risque de double paiement ou création d'un passif artificiel. Selon l'arrêt, « [...] sous cette réserve, le droit de l'État de New York applicable aux crédits syndiqués, en ce qu'il admettait le principe d'une dette parallèle envers les agents des sûretés, n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international ». L'arrêt n'ignore pas que le législateur français a lui-même fait un pas, quoique limité, dans le sens de la reconnaissance d'un statut d'agent des sûretés, puisqu'il résulte de l'article 2328-1 du code civil, créé par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie et modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, que « toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation », ce qui implique que l'agent des sûretés, puisque c'est de lui qu'il s'agit, peut inscrire et gérer les sûretés en son nom (ce qui le distingue d'un mandataire). L'existence de ce texte n'était sans doute pas indifférente, compte tenu de la règle, déjà vue, de l'actualité de l'ordre public international.

La libération du débiteur par l'effacement de ses dettes après clôture de sa procédure collective – de liquidation judiciaire notamment (voir l'article L. 643-11 du code de commerce) – qui est l'un des objectifs actuels du droit français des entreprises en difficulté, pour favoriser un nouveau départ, devrait également faciliter la reconnaissance ou l'exécution de mesures étrangères équivalentes de réorganisation de la dette ou d'extinction de celle-ci, sur le modèle anglo-américain de l'« *order of discharge* ». Il ne semble plus possible, en effet, de soutenir que la libération d'un débiteur sans le consentement de ses créanciers serait une mesure exorbitante à effet strictement territorial. Sauf à opposer l'ordre public à des mesures véritablement discriminatoires entre créanciers [c'est déjà à cette idée que l'on pourrait rattacher un arrêt de la chambre civile du 22 mars 1944 (*D.C.* 1944, Jurisprudence, p. 145, rapp. et note P. Lerebours-Pigeonnière), qui refusait l'*exequatur* à une convention conclue à l'étranger avec une catégorie limitée de créanciers, au nom de l'ordre public, déniait même à une telle convention, sous cet angle, la qualification de « solution de "faillite" » ; mais la conception française de l'ordre public en matière internationale s'opposait moins ici à une solution véritablement discriminatoire sur le fond qu'à la forme de son adoption, par certains créanciers seulement], suivant leur nationalité, leur domicile..., « des mesures étrangères d'effacement même général des dettes ne devraient pas pouvoir être écartées au nom de l'ordre public par le juge français » (M.-N. Jobard-Bachelier, « Les procédures de surendettement et de faillite internationales ouvertes dans la Communauté européenne », *RCDIP* n° 3, 16 septembre 2002, p. 491-509, spéc. p. 504).

Mais, au-delà de solutions purement conjoncturelles (comme l'extinction des créances non déclarées, pratiquement inconnue en dehors du droit français) ou imposées par le rapprochement récent des législations, ce sont les règles les plus traditionnelles du droit des entreprises en difficulté, celles qui ont une vocation quasi universelle, que la conception française de l'ordre public international fait encore aujourd'hui respecter. Connues de la plupart des systèmes législatifs, elles sont couramment appliquées par les juges étrangers, mais, en revanche, sont parfois méconnues par les arbitres, que le pays du siège de l'arbitrage soit la France ou un pays étranger.

2. Respect des règles essentielles du droit français des procédures collectives imposé aux sentences arbitrales prononcées à l'étranger ou en matière d'arbitrage international

Aussi bien les articles 1498, 1502, 5°, et 1504 du code de procédure civile, dans leur rédaction antérieure à celle du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, que les articles 1514, 1520, 5°, et 1525 nouveaux, issus de ce texte, permettent le contrôle de ces sentences au regard de l'ordre public international. La jurisprudence a intégré dans le bloc des règles fondamentales auxquelles elle se réfère pour exercer ce contrôle certaines règles essentielles du droit des procédures collectives, notamment toutes celles destinées à imposer une certaine discipline collective aux créanciers, en les déclarant non seulement d'ordre public interne, mais aussi d'ordre public international.

C'est ainsi que sont d'ordre public international :

- le principe de la suspension des poursuites individuelles, interdisant toute condamnation du débiteur soumis à une procédure collective à paiement (1^{re} Civ., 8 mars 1988, pourvoi n° 86-12.015, *Bull.* 1988, I, n° 65, pour une sentence arbitrale rendue en France, mais en matière d'arbitrage international ; 1^{re} Civ., 5 février 1991, pourvoi n° 89-14.382, *Bull.* 1991, I, n° 44, dans la même hypothèse, peu important que l'arbitrage ne soit pas soumis à la loi française ; 1^{re} Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10.281, *Bull.* 2009, I, n° 86, pour une sentence prononcée à Londres). On observera que le même principe d'ordre public international de suspension des poursuites individuelles n'a pu être opposé à la reconnaissance d'un jugement anglais de condamnation d'un débiteur mis en « faillite » en Angleterre, en l'absence d'*exequatur* du jugement anglais de « faillite », empêchant, à l'époque, qu'il produise le moindre effet en France. Paradoxalement, la conception française du caractère délocalisé de l'arbitrage international rend l'annulation d'une sentence de condamnation plus facile que celle d'un jugement étranger de condamnation ;
- le principe corollaire de l'interruption de l'instance, voire du dessaisissement du débiteur (1^{re} Civ., 5 février 1991, préc.) ;
- le principe d'égalité des créanciers chirographaires (1^{re} Civ., 4 février 1992, pourvoi n° 90-12.569, *Bull.* 1992, I, n° 38, *D.* 1992 n° 14, 9 avril 1992, p. 181, note G. Cas).

§ 4. Illustrations de la conception française de l'ordre public international procédural

La conception française de l'ordre public international procédural s'illustre particulièrement dans trois domaines : les garanties fondamentales de la procédure (A), le principe de motivation du jugement (B), le principe du droit d'accès au juge (C).

A. Garanties fondamentales de la procédure

L'ordre public procédural repose sur l'impératif de protection des garanties fondamentales de procédure que sont le principe de la contradiction et les droits de la défense. Il s'agit d'un ordre public plein. La jurisprudence qui sanctionne les atteintes aux garanties fondamentales du procès en droit interne contrôle l'ordre public international de procédure lors de l'instance en reconnaissance d'une décision étrangère et les droits violés sont souvent très proches (voir partie 2, titre 1, chapitre 2).

B. Principe de motivation du jugement

La non-conformité à l'ordre public international s'exprime dans une hypothèse propre à la reconnaissance et à l'*exequatur* des jugements étrangers, celle du défaut de motivation de la décision. La Cour de cassation a, ainsi, décidé, dans un arrêt du 17 mai 1978 (1^{re} Civ., 17 mai 1978, pourvoi n° 76-14.843, *Bull.* 1978, I, n° 191) que «est contraire à la conception française de l'ordre public international la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défaillante et à permettre de s'assurer que cette décision remplit les conditions exigées pour sa reconnaissance notamment quant au respect de l'ordre public». Cette solution est reprise constamment (1^{re} Civ., 9 octobre 1991, pourvoi n° 90-13.449, *Bull.* 1991, I, n° 251 ; 1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 06-15.577, *Bull.* 2008, I, n° 234). Plus récemment, la Cour de cassation a précisé ce qu'il faut entendre comme documents de nature à servir d'équivalent, dans un arrêt rendu le 7 novembre 2012 (1^{re} Civ., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-23.871, *Bull.* 2012, I, n° 228) : le demandeur à l'*exequatur* d'un jugement californien avait produit devant la cour d'appel une décision interprétative de ce jugement, émanant du tribunal ayant prononcé le jugement litigieux, mais ce jugement interprétatif avait été rendu onze mois après le refus de l'*exequatur* par le tribunal de grande instance. La première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que les jugements étrangers «dont la motivation était reconnue comme défaillante par le juge de l'*exequatur*, ne pouvaient être complétés par des décisions rendues postérieurement à la saisine de celui-ci». Il en résulte que, dans la conception française de l'ordre public de procédure, les documents établis après la date de saisine du juge de l'*exequatur* ne peuvent être pris en compte afin de pallier l'absence totale de motivation du jugement étranger dont la reconnaissance est réclamée.

C. Principe du droit d'accès au juge

La conception française de l'ordre public international de procédure s'est également manifestée à propos du droit d'accès au juge. Dans un arrêt du 1^{er} février 2005 (1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 02-15.237, *Bull.* 2005, I, n° 53), la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le droit d'accès au juge s'entendait, pour une personne ayant conclu une convention d'arbitrage, d'un droit d'accès à l'arbitre, relevant de l'ordre public international et consacré par les principes de l'arbitrage international ainsi que par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de sorte que l'impossibilité pour une partie d'accéder au tribunal arbitral constituait un déni de justice et justifiait l'intervention du juge d'appui français, dès lors qu'il existait un lien avec la France. Dans un arrêt du 14 octobre 2009 (1^{re} Civ., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-16.369, *Bull.* 2009, I, n° 207, *Gaz. Pal.* n° 332, 28 novembre 2009, p. 34, obs. M.-L. Niboyet, *D.* 2010, p. 177, note S. Bollée), la première chambre civile a affirmé que, au regard du droit d'accès au juge, «n'est pas contraire à l'ordre public international une "*anti-suit injunction*" dont, hors champ d'application de conventions ou du droit communautaire, l'objet consiste seulement [...] à sanctionner la violation d'une obligation contractuelle préexistante», en l'occurrence une clause attributive de juridiction que «l'injonction anti-suit» tendait à faire respecter en interdisant à l'une des parties de saisir un autre juge que celui choisi par les contractants.

La Cour de cassation (1^{re} Civ., 16 mars 1999, pourvoi n° 97-17.598, *Bull.* 1999, I, n° 92, G.A.L. Droz, « De l'accès au juge entravé par les frais de justice. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, du 16 mars 1999 », *RCDIP* 2000, p. 181) a également jugé que le versement ordonné par un juge anglais d'une caution de 25 000 livres pour garantir les frais de justice est contraire à l'ordre public international en ce qu'elle prive le débiteur du droit d'accès au juge.

La chambre sociale de la Cour de cassation (Soc., 25 janvier 2005, pourvoi n° 04-41.012, *Bull.* 2005, V, n° 16) a fait prévaloir le droit d'accès au juge, considéré comme relevant de l'ordre public international, sur les dispositions d'un traité accordant une immunité de juridiction à une organisation internationale, en jugeant que le déni de justice résultant de l'absence de toute juridiction du travail au sein de cette organisation fondait la compétence de la juridiction française dès lors qu'il existe un rattachement avec la France.

Inversement, il a été jugé (Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 07-44.240, *Bull.* 2009, V, n° 45), s'agissant de l'UNESCO, qui avait institué en son sein, pour régler les litiges pouvant survenir entre elle et ses salariés, une procédure d'arbitrage confiée à une personnalité compétente et indépendante, notamment de l'employeur, devant respecter le principe de la contradiction et celui d'impartialité, le salarié pouvant s'y faire assister sans que soit exclue l'assistance par un conseil de son choix, que les intéressés disposant, pour le règlement de leurs conflits du travail, d'un recours juridictionnel comportant des garanties d'impartialité et d'équité, cette procédure répondait aux exigences de la conception française de l'ordre public international, en sorte que l'organisation internationale, non adhérente à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, était fondée à revendiquer le bénéfice de son immunité juridictionnelle (voir également, à propos de l'Organisation de coopération et de développement économiques, Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-41.030).

L'ordre public international a été entendu de façon particulièrement large dans une hypothèse particulière (Soc., 10 mai 2006, pourvoi n° 03-46.593, *Bull.* 2006, V, n° 168) : il a été considéré qu'il s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France, et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle.

Une clause attributive de compétence incluse dans un contrat de travail international ne peut faire échec aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du code du travail applicables dans l'ordre international (Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-40.688, *Bull.* 2010, V, n° 204). Ainsi, le litige concernant un salarié travaillant à l'ambassade du Maroc, à Paris, relève de la compétence du conseil de prud'hommes de Paris.

Mais dès lors qu'un employeur et un salarié sont, dans un pays étranger où s'exécute la relation de travail, convenus, à l'occasion de l'affectation du salarié dans un site de l'employeur situé en France, que le contrat de travail qui les liait restait régi par la loi étrangère même après le changement d'affectation et que les juridictions de ce pays seraient seules compétentes pour le règlement des litiges nés de l'exécution du contrat de travail, une telle clause attributive de compétence, qui n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, est opposable au salarié (Soc., 21 janvier 2004, pourvoi n° 01-44.215, *Bull.* 2004, V, n° 24).

Section 2 – Devant la chambre criminelle

Au cœur de la protection de cet ordre public international, on va retrouver la compétence universelle, mais ici en tant qu'instrument national de lutte contre les crimes internationaux les plus graves (§ 1). Il est également permis de penser que se rattachent à la conception française de l'ordre public international les dispositions ou décisions qui imposent le respect des principes fondamentaux de la justice répressive (§ 2).

§ 1. La compétence universelle pour les infractions relevant de la Cour pénale internationale

Si, en tant qu'expression privilégiée d'un ordre public international répressif, la compétence universelle est traditionnellement fondée sur une convention internationale (voir chapitre 1, section 1, § 3, B), il est des hypothèses dans lesquelles ce n'est pas le cas. L'instauration d'une telle compétence en droit français apparaît alors comme l'expression d'une conception française de l'ordre public international. Parmi ces hypothèses, qui ont trait à des infractions relevant de la compétence de juridictions pénales internationales, on se bornera à citer la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale qui, en ajoutant dans un souci d'efficacité répressive un article 689-11 au code de procédure pénale, a fait le choix d'une compétence universelle que ne lui imposait pas la Convention, signée à Rome le 18 juillet 1998, portant statut de la Cour pénale internationale. Sont visés les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (articles 6 à 8 de la Convention); en revanche, le législateur français a imposé des conditions plus strictes à l'exercice de cette compétence et notamment la résidence habituelle de la personne poursuivie sur le territoire français, la double incrimination des faits dans l'hypothèse où ils n'ont pas été commis sur le territoire d'un État partie ou par une personne ayant la nationalité d'un tel État, et le monopole du ministère public pour l'engagement des poursuites «si aucune juridiction internationale ou nationale ne demande la remise ou l'extradition de la personne» (article 689-11, alinéa 2, du code de procédure pénale). Et le texte de préciser : «À cette fin, le ministère public s'assure auprès de la Cour pénale internationale qu'elle décline expressément sa compétence et vérifie qu'aucune autre juridiction internationale compétente pour juger la personne n'a demandé sa remise et qu'aucun autre État n'a demandé son extradition.»

On remarquera que, le 13 février 2013, la commission des lois du Sénat a adopté une proposition de loi «tendant à modifier l'article 689-11 du code de procédure pénale relatif à la compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la Cour pénale internationale». Elle vise à soumettre cette compétence universelle aux règles qui la gouvernent traditionnellement (article 689-1 du code de procédure pénale), à savoir la présence de l'intéressé sur le territoire français au jour de l'engagement des poursuites. Son objectif est de permettre à la justice française de travailler de façon complémentaire avec la Cour pénale internationale, comme le prévoit la Convention de Rome du 18 juillet 1998 précitée. En revanche, la mise en mouvement de l'action publique reste réservée au ministère public.

§ 2. La défense des droits fondamentaux de la personne poursuivie dans le cadre de l'entraide judiciaire *lato sensu* entre États

Les exemples les plus topiques sont ceux de l'extradition, instrument d'entraide majeur entre États (A), du mandat d'arrêt européen, applicable entre les États membres de l'Union européenne (B), et celui des actes d'entraide judiciaire n'impliquant pas la remise de l'intéressé (C).

A. En matière d'extradition

En ce qui concerne l'extradition, le droit commun de cette procédure issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité s'applique soit dans le cas où la France n'est pas liée par un traité international avec l'État étranger, soit lorsqu'un accord existe mais ne traite pas certains domaines. Dès lors, le code de procédure pénale peut avoir à jouer soit un rôle principal, soit un rôle supplétif.

Dans la section I du chapitre V du titre X du livre IV du code de procédure pénale, les articles 696-1 à 696-7 énumèrent les conditions de fond de l'extradition en droit commun.

L'article 696-4 du code de procédure pénale prévoit que l'extradition n'est pas accordée : « 2° Lorsque le crime ou le délit [a] un caractère politique ou lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique; [...] 4° Lorsque les crimes ou délits, quoique commis hors du territoire de la République, y ont été poursuivis et jugés définitivement; 5° Lorsque, d'après la loi de l'État requérant ou la loi française, la prescription de l'action s'est trouvée acquise antérieurement à la demande d'extradition, ou la prescription de la peine antérieurement à l'arrestation de la personne réclamée et d'une façon générale toutes les fois que l'action publique de l'État requérant est éteinte; 6° Lorsque le fait à raison duquel l'extradition a été demandée est puni par la législation de l'État requérant d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français; 7° Lorsque la personne réclamée serait jugée dans l'État requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense; [...] ».

Cette énumération donne la mesure de la conception française d'une certaine approche de l'ordre public international notamment par les références explicites aux principes fondamentaux tels que le refus des poursuites fondées sur un but politique, la prescription de l'action publique, les garanties attachées aux droits de la défense et, plus généralement, pour les peines, tout ce qui est contraire à l'ordre public français, telles la peine de mort ou encore une peine attentatoire à l'intégrité physique de la personne réclamée (voir en ce sens Crim., 29 octobre 2008, pourvoi n° 08-85.713, *Bull. crim.* 2008, n° 217, énonçant que la peine d'amputation est « contraire à l'ordre public français », entendu comme la conception française de l'ordre public international).

On trouve un autre exemple de cette conception française de l'ordre public dans la réserve consignée par la France dans l'instrument de ratification, déposée le 10 février 1986, lors de la ratification de la Convention européenne d'extradition (ouverte à la signature le 13 décembre 1957, entrée en vigueur pour la France le 11 mai 1986), qui régit notamment les demandes d'extradition entre la Russie et la France, selon laquelle « l'extradition pourra être refusée si la remise est susceptible d'avoir des conséquences

d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée, notamment en raison de son âge ou de son état de santé».

Lorsqu'il s'agit de l'application des réserves ou des motifs légaux de non-remise touchant aux droits fondamentaux, la chambre criminelle, qui se montre rigoureuse, a, à plusieurs reprises, cassé des décisions de chambres de l'instruction qui avaient insuffisamment recherché si la remise ne comportait pas pour la personne des risques d'une exceptionnelle gravité.

Ainsi, dans un arrêt du 16 septembre 2009 (Crim., 16 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.267, *Bull. crim.* 2009, n° 156), elle a jugé que ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale un arrêt de la chambre de l'instruction statuant dans une procédure d'extradition qui, pour écarter l'argumentation invoquant la situation de « réfugié géorgien » de la personne réclamée, retient que cette dernière n'a pas lieu de craindre la rigueur des institutions de son pays d'origine puisque l'extradition est requise par l'État russe et non par l'État géorgien dont elle a la nationalité, alors qu'il lui appartenait de rechercher si, en cas de remise aux autorités russes, la situation de l'intéressé ne risquait pas d'être aggravée pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques.

De même, dans un arrêt du 6 juillet 2011 (Crim., 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-82.897), la chambre criminelle a censuré une chambre de l'instruction qui, pour écarter l'argumentation de la personne réclamée qui invoquait avoir obtenu le bénéfice du statut de réfugié en raison de la répression politique en Russie des mouvements d'origine tchéchène et soulignait les liens existant entre l'Ukraine et la Russie, avait retenu que « la protection accordée à l'intéressé en sa qualité de réfugié ne vaut qu'à l'égard de son pays d'origine, la Russie, et ne saurait être opposable aux autorités judiciaires de l'Ukraine ». Elle a jugé : « qu'en prononçant ainsi, sans rechercher si, en cas de remise aux autorités ukrainiennes, la situation de M. X... ne risquait pas d'être aggravée pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques, l'arrêt ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale ».

Dans une décision du 9 octobre 2012 (Crim., 9 octobre 2012, pourvoi n° 12-85.134), elle a sanctionné un arrêt qui avait émis un avis favorable à la demande d'extradition présentée par les autorités judiciaires russes, « sans préalablement rechercher, en application de l'article 1er alinéa 2 des réserves du gouvernement de la République française à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, si, compte tenu des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires de Russie, la remise de la personne recherchée n'était pas susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur son état de santé, [...] ».

B. En matière de mandat d'arrêt européen

En matière de mandat d'arrêt européen la chambre criminelle a rappelé que la procédure restait soumise au respect des droits fondamentaux (Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 07-80.162, *Bull. crim.* 2007, n° 39; Crim., 16 mai 2007, pourvoi n° 07-82.698).

Elle a approuvé une chambre de l'instruction d'avoir, avant d'ordonner la remise des intéressés, vérifié que les violences illégitimes alléguées par les personnes recherchées avaient donné lieu à des décisions judiciaires des autorités espagnoles rejetant les accusations portées (Crim., 25 juillet 2007, pourvoi n° 07-83.503).

Plus récemment encore, elle a approuvé des arrêts qui, pour écarter le grief tiré de l'obtention des éléments de preuve sous la torture, avaient retenu qu'il s'agissait de simples allégations dépourvues de tout commencement de preuve (Crim., 15 avril 2008, pourvoi n° 08-82.031 et Crim., 15 avril 2008, pourvoi n° 08-82.032).

En revanche, dans une décision de 2010 (Crim., 18 août 2010, pourvoi n° 10-85.717), la chambre criminelle a censuré la cour d'appel pour les motifs suivants : alors que le mémoire soutenait que les déclarations accusant la personne recherchée émanaient d'une autre personne qui les avait proférées sous la torture – une information pour violences illégitimes avait été ouverte en Espagne, État d'émission du mandat –, la chambre de l'instruction avait répondu qu'il n'appartenait pas au juge français d'apprécier les conditions dans lesquelles auraient été recueillies les charges retenues à l'encontre de l'intéressée. Au visa de l'article 593 du code de procédure pénale, une telle réponse a été jugée insuffisante par la chambre : « Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans mieux s'expliquer sur les autres éléments fondant la mise en cause de X... et alors que le grief tiré de la violation de l'article 15 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants signée à New York le 10 décembre 1984, n'était pas inopérant, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision ». Le contrôle ainsi exercé sur la motivation de la décision de remise apparaît assurément comme l'expression d'une conception française de l'ordre public international tournée vers le respect des droits fondamentaux de la personne recherchée.

C. En matière d'entraide judiciaire internationale

Enfin, en ce qui concerne l'entraide judiciaire internationale en général, les juridictions françaises doivent veiller au respect des principes fondamentaux de la procédure pénale pour les actes exécutés à l'étranger dans la mesure où ils peuvent avoir été accomplis en violation de ces principes.

La chambre criminelle a donc admis un contrôle minimum dont l'objet n'est pas d'examiner si les dispositions techniques de l'une ou l'autre des législations en présence ont été respectées, mais de s'assurer que « les actes [...] n'ont pas été accomplis en violation des droits de la défense, ni d'aucun principe général du droit » (Crim., 4 novembre 1997, pourvoi n° 97-83.463, *Bull. crim.* 1997, n° 366 ; voir aussi Crim., 31 mai 2007, pourvoi n° 07-81.712 ; Crim., 20 juin 2012, pourvoi n° 12-81.024, *Bull. crim.* 2012, n° 157).

On remarquera que l'expression « principe général du droit » est suffisamment vague pour laisser aux juridictions du fond une certaine marge d'appréciation. On observera que la chambre criminelle ne s'est pas référée aux principes généraux de la procédure pénale française ou encore à l'ordre public procédural français. En effet, il s'agit ici de faire respecter des principes dont on peut considérer qu'ils transcendent les législations internes. Ce sont, pour l'essentiel, ceux que l'on trouve proclamés à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La chambre criminelle invite ainsi les juridictions pénales à un contrôle pragmatique. Il n'importe que certaines formes tenues pour essentielles en droit français soient ignorées par le droit étranger, du moment qu'ont été assurées, pour l'accomplissement de l'acte, les garanties fondamentales d'un procès équitable.

De plus est imposée la nécessité de respecter les principes fondamentaux pour les actes exécutés en France à la demande des autorités étrangères.

On rappellera que depuis un arrêt du 24 juin 1997 (Crim., 24 juin 1997, pourvoi n° 96-85.581, *Bull. crim.* 1997, n° 252), la chambre criminelle pose le principe du contrôle par les juridictions françaises de la régularité des actes accomplis sur le territoire national pour l'exécution des commissions rogatoires internationales adressées par les autorités judiciaires étrangères. Cette solution est fondée sur l'article 3 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, ouverte à la signature le 20 avril 1959 (ratifiée par la France le 23 mai 1967, entrée en vigueur le 21 août 1967) et sur l'article 694-3 du code de procédure pénale qui dispose que « les demandes d'entraide émanant des autorités judiciaires étrangères sont exécutées selon les règles de procédure prévues par le présent code. Toutefois, si la demande d'entraide le précise, elle est exécutée selon les règles de procédure expressément indiquées par les autorités compétentes de l'État requérant, à condition, sous peine de nullité, que ces règles ne réduisent pas les droits des parties ou les garanties procédurales prévus par le présent code. Lorsque la demande d'entraide ne peut être exécutée conformément aux exigences de l'État requérant, les autorités compétentes françaises en informent sans délai les autorités de l'État requérant et indiquent dans quelles conditions la demande pourrait être exécutée. Les autorités françaises compétentes et celles de l'État requérant peuvent ultérieurement s'accorder sur la suite à réserver à la demande, le cas échéant, en la subordonnant au respect desdites conditions ».

L'article 694-4 du même code dispose que « si l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation, le procureur de la République saisi de cette demande ou avisé de cette demande en application du troisième alinéa de l'article 694-1 la transmet au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, d'en saisir le ministre de la justice et donne, le cas échéant, avis de cette transmission au juge d'instruction. S'il est saisi, le ministre de la justice informe l'autorité requérante, le cas échéant, de ce qu'il ne peut être donné suite, totalement ou partiellement, à sa demande. Cette information est notifiée à l'autorité judiciaire concernée et fait obstacle à l'exécution de la demande d'entraide ou au retour des pièces d'exécution ».

La chambre criminelle exige que la juridiction, pour apprécier la régularité des opérations, dispose des pièces originales, et non de simples copies, par référence aux dispositions des articles 173, 194 et 197 du code de procédure pénale (Crim., 3 juin 2003, pourvoi n° 02-87.484, *Bull. crim.* 2003, n° 113).

Dans une autre décision (Crim., 11 juin 2008, pourvoi n° 07-87.319, *Bull. crim.* 2008, n° 145), il a été jugé que « dès lors que la mesure de saisie, exécutée en application de l'article 694-3 du code de procédure pénale, conformément à l'article 97 dudit code et destinée à empêcher les requérantes d'user de leurs biens, suivait un objectif d'intérêt général, résidant dans l'exécution par l'État français de ses obligations résultant de la Convention des Nations unies contre la corruption, la chambre de l'instruction a, sans méconnaître les dispositions conventionnelles invoquées au moyen, justifié sa décision ».

La chambre criminelle a récemment rappelé que « les dispositions de l'article 173 du code de procédure pénale ne font pas obstacle à ce que la chambre de l'instruction soit saisie, selon les modalités qu'il prévoit, d'une requête en annulation de pièces d'exécution en France d'une commission rogatoire délivrée par une autorité judiciaire

étrangère, à la condition que ces pièces puissent être mises à la disposition de la juridiction compétente pour en assurer le contrôle» (Crim., 16 février 2010, pourvoi n° 09-88.273, *Bull. crim.* 2010, n° 29).

En conclusion, qu'il s'agisse de définir des infractions à caractère international et de mettre en œuvre un système procédural permettant leur poursuite, le législateur et les juridictions de l'ordre judiciaire sont au cœur d'un ordre public complexe à la fois international et interne. Il est difficile de considérer qu'en émerge une véritable conception française de l'ordre public international en matière pénale.

De fait, le législateur et les juridictions s'inspirent, aménagent l'ordre public et s'adaptent à celui-ci et au droit international en adhérant à l'idée universelle de lutte contre l'impunité.

«L'attitude de la France est en harmonie avec l'idée d'un ordre répressif mondial, auquel elle participe avec les autres États, qui écarte les règles contraires de droit interne, même si ces aménagements n'arrivent pas toujours à s'expliquer» (J.-F. Roulot, «La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France. Une répression nationale d'un crime international», *Rev. sc. crim.* 1999, p. 545).

TITRE 2 – SOURCES EUROPÉENNES

La question des sources européennes implique de s'intéresser tout à la fois au droit de l'Union européenne (chapitre 1) et à celui résultant des conventions internationales (chapitre 2).

Chapitre 1 – Droit de l'Union européenne

Il convient d'examiner distinctement l'appréhension du droit de l'Union européenne par les chambres civiles (section 1) et la chambre criminelle (section 2)

Section 1 – Devant les chambres civiles

§ 1. Droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union européenne

La chambre sociale a déjà fait application de la Charte des droits fondamentaux (A). Elle se réfère également à un principe général de non-discrimination (B).

A. Principes posés par la Charte des droits fondamentaux

Indépendamment des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et notamment celles relatives au principe de non-discrimination, la chambre sociale, au titre des normes d'ordre public de nature à devoir être soulevées

d'office par le juge, a porté une attention particulière aux dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2007/C 303/01).

À cet égard, il convient de rappeler que les articles 51 et 52 de la Charte elle-même procèdent à une distinction entre les droits et les principes.

Selon l'article 51, § 1, de la Charte, les États membres « respectent les droits » mais « observent les principes ». Cette nuance sémantique est explicitée à l'article 52, § 5, qui précise que « les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ». Ainsi, à la différence des droits reconnus par la Charte qui pourraient être appliqués directement dans un litige, les principes, en revanche, ne peuvent être invoqués que pour l'interprétation conforme ou le contrôle de validité d'une norme, européenne ou nationale, qui les met en œuvre. Il est donc nécessaire, pour pouvoir invoquer un principe reconnu par la Charte, d'être en présence d'un acte intermédiaire, de droit européen dérivé ou de droit interne, qui fait application de ce principe. Cette distinction entre les droits et les principes est explicitée dans l'Explication ad article 52 – portée et interprétation des droits et des principes [*in* Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (2007/C 303/02)], étant précisé que l'article 52, § 7, de la Charte elle-même indique que « les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres » et qu'il appartient donc à la Cour de cassation de les prendre en compte. Selon l'Explication ad article 52, « le paragraphe 5 clarifie la distinction entre “droits” et “principes” faite dans la Charte. En vertu de cette distinction, les droits subjectifs doivent être respectés, tandis que les principes doivent être observés » ; les principes « ne donnent toutefois pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres, ce qui correspond tant à la jurisprudence de la Cour de justice (voir notamment la jurisprudence sur le « principe de précaution » figurant à l'article 191, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : arrêt rendu par le TPI le 11 septembre 2002 dans l'affaire T-13/99, Pfizer contre Conseil, avec de nombreuses citations de la jurisprudence antérieure, et une série d'arrêts sur l'article 33 (ex-39) concernant les principes du droit agricole : par exemple, l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire 265/85, Van den Bergh [...]) qu'à l'approche suivie par les systèmes constitutionnels des États membres à l'égard des “principes”, en particulier dans le domaine du droit social ». À titre d'illustration, l'Explication ad article 52 cite parmi les principes reconnus dans la Charte les articles 25 « Droits des personnes âgées », 26 « Intégration des personnes handicapées » et 37 « Protection de l'environnement ». Elle indique toutefois que, dans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe, par exemple les articles 23 « Égalité entre femmes et hommes », 33 « Vie familiale et vie professionnelle », 34 « Sécurité sociale et aide sociale ».

Depuis le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et donc de l'effet juridique obligatoire de la Charte des droits fondamentaux, la chambre sociale de la Cour de cassation a fait application d'office à plusieurs reprises des dispositions

de cette dernière, au titre de l'interprétation conforme, y compris dans des litiges pour lesquels les faits se situaient antérieurement au 1^{er} décembre 2009. Ainsi en est-il de la série d'arrêts sur les forfaits en jours citant l'article 31 de la Charte sur le droit à des conditions de travail qui respectent la santé du travailleur (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181 ; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, *Bull.* 2013, V, n° 117). La chambre sociale a également appliqué d'office l'article 27 de la Charte reconnaissant le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise (Soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-12.852, *Bull.* 2011, V, n° 108). Dans les deux cas, l'on était par ailleurs en présence de directives de l'Union européenne. En cela, la chambre sociale a suivi la jurisprudence de la Cour de justice qui considère que les droits fondamentaux existent dans l'ordre juridique de l'Union antérieurement à la Charte qui ne fait que les reconnaître et qui, dans un arrêt du 22 décembre 2010, a appliqué l'article 47 de la Charte sur le droit à un procès équitable alors même que la question préjudicielle avait été posée le 30 juin 2009 par la juridiction nationale (CJUE, arrêt du 22 décembre 2010, DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH/ Bundesrepublik Deutschland, C-279/09).

L'on relèvera par ailleurs que l'invocation de la Charte présente un intérêt certain pour la Cour de cassation qui se trouve souvent confrontée, à la différence du Conseil d'État, à la limitation de l'absence d'effet direct horizontal des directives de l'Union européenne, c'est-à-dire à l'impossibilité dans un litige entre particuliers d'invoquer une directive non ou mal transposée. En effet, selon une récente jurisprudence de la Cour de justice, il est possible d'invoquer un principe général du droit tel que concrétisé par telle ou telle directive, y compris dans un litige entre particuliers, puisque les principes généraux du droit ou les droits fondamentaux (la distinction entre les deux devant d'ailleurs s'estomper compte tenu de l'article 6, § 3, du Traité sur l'Union européenne (TUE) qui dispose que «les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux») sont d'application générale, y compris dans les litiges horizontaux (CJCE, arrêt du 22 novembre 2005, Werner Mangold/ Rüdiger Helm, C-144/04 ; CJUE, arrêt du 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci/ Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07).

C'est ainsi que, par un arrêt du 11 avril 2012 (Soc., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-21.609, *Bull.* 2012, V, n° 122), la chambre sociale a été amenée d'office à poser une question préjudicielle sur le point de savoir si le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par les dispositions 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 à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, peut être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive.

B. Principe général de non-discrimination

À côté de la Charte des droits fondamentaux, la chambre sociale s'est fondée sur le principe général de non-discrimination en raison de l'âge, tel que reconnu par les deux arrêts précités de la Cour de justice, pour exiger des juges du fond qu'ils appliquent d'office 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. Dans deux décisions (Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-43.681, *Bull.* 2010, V, n° 105 ; Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-72.061, *Bull.* 2011, V, n° 52), elle a ainsi cassé des arrêts de cours d'appel ayant rejeté la demande alors même que le droit de l'Union européenne n'avait pas été invoqué devant elles, aux motifs : « Qu'en statuant ainsi, sans constater que, pour la catégorie d'emploi de [ce ou cette] salarié[e], la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, la cour d'appel, qui devait appliquer la directive communautaire consacrant un principe général du droit de l'Union, a violé [l'article 6, § 1, 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] ». Le moyen présenté pour la première fois devant la Cour de cassation et fondé sur le droit de l'Union européenne a été considéré comme recevable en tant qu'il est de pur droit.

De la même manière, dans un arrêt du 10 juillet 2013 (Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.740, *Bull.* 2013, V, n° 193), la chambre sociale a justifié un arrêt de cour d'appel, également en matière de discrimination fondée sur l'âge, par un motif de pur droit tiré de la directive du 27 novembre 2000 précitée. La chambre a ainsi jugé « qu'aux termes de l'article 6 § 1 de la directive du Conseil 2000/78/CE du 27 novembre 2000, "Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires" ; qu'il en résulte que l'accord de branche des sociétés d'assurances relatif à l'application de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, en date du 14 octobre 2004, qui prévoit des contreparties en termes d'emploi et ne vise la mise à la retraite que des salariés en mesure de bénéficier d'une pension de retraite à taux plein, ne méconnaît pas les dispositions de la directive du 27 novembre 2000 ; que, par ce motif de pur droit, l'arrêt se trouve justifié ».

§ 2. L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

La notion d'ordre public n'a pas été définie par la Cour de justice, qui considère qu'il appartient à chaque État de déterminer les intérêts qu'il juge essentiels pour la sûreté et la moralité publiques. Les mesures que les États membres prennent à ce titre restent néanmoins soumises au contrôle de la Cour de Luxembourg, qui veille notamment à ce qu'elles restent proportionnées au regard de l'objectif qu'elles poursuivent (voir, par exemple, CJUE, arrêt du 6 novembre 2003, *Gambelli e.a.*, C 243/01). Le respect du principe de proportionnalité est, de manière générale, une condition de validité des mesures qui portent atteinte à l'une des libertés consacrées par le traité.

Si la Cour de justice de l'Union européenne n'a pratiquement jamais utilisé la notion d'« ordre public communautaire », elle a, en revanche, reconnu à certaines normes de droit de l'Union la qualité de dispositions d'ordre public.

Ainsi, en droit de la concurrence, la Cour de justice juge que les articles 81 CE et 82 CE (devenus articles 101 TFUE et 102 TFUE) constituent des dispositions d'ordre public qui doivent être appliquées d'office par les juridictions nationales (CJCE, arrêt du 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, points 36 et 39; CJCE, arrêt du 13 juillet 2006, *Manfredi*, affaires jointes C-295/04 à C-298/04, points 31 et 39; CJCE, arrêt du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, point 49).

De même, s'agissant de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, la Cour de justice a jugé qu'étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que cette directive assure aux consommateurs, son article 6, ainsi que toutes les dispositions de la directive qui sont indispensables à la réalisation de l'objectif poursuivi par ledit article, doivent être considérés comme des normes équivalentes aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public (CJUE, arrêt du 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, point 44).

Section 2 – Devant la chambre criminelle

En application des principes de primauté et d'effet direct, le juge pénal, comme tout juge national, doit écarter les textes internes contraires au droit de l'Union européenne. Lorsque cette contrariété affecte la norme dont la méconnaissance est sanctionnée pénalement, l'infraction disparaît (voir, par exemple, *Crim.*, 18 septembre 1997, pourvoi n° 93-80.109, *Bull. crim.* 1997, n° 305) ou, plus rarement, se trouve modifiée dans ses éléments constitutifs ou ses conditions d'application (*Crim.*, 19 décembre 1996, pourvoi n° 95-83.786, *Bull. crim.* 1996, n° 480). Aussi la chambre criminelle est-elle régulièrement conduite à examiner la compatibilité entre des dispositions nationales et les principes de libre circulation des travailleurs, des marchandises, des services, des capitaux et de libre établissement. Or les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoient qu'il puisse être dérogé à tous ces principes pour des motifs tenant à la protection de l'ordre public : article 36 pour les marchandises, article 45, § 3, et, indirectement, 45, § 4, pour les travailleurs, article 52, § 1, pour le droit d'établissement et les services (par le jeu de l'article 62), article 65, § 1, b, pour les capitaux.

Par ailleurs, la chambre criminelle a, à diverses reprises, fait état de motifs d'ordre public pour écarter des moyens pris de l'incompatibilité entre une norme interne et les principes de libre circulation.

Elle a ainsi jugé, de manière récurrente, que l'atteinte portée à la libre prestation de services par le monopole dont jouissent La Française des jeux et le Pari mutuel urbain (PMU) pour organiser respectivement des loteries et des courses hippiques en dehors des hippodromes est justifiée par des motifs d'ordre public. Si cette justification a été d'abord formulée de manière sibylline (*Crim.*, 22 mai 1997, pourvoi 94-85.933, *Bull. crim.* 1997, n° 198), la chambre criminelle s'est montrée plus explicite dans un arrêt

du 20 juillet 2011 (pourvoi n° 10-85.572), qui concernait à la fois les loteries et les paris hippiques. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE, arrêt du 6 mars 2007, [affaires jointes] Placanica, C-338/04, Palazzese, C-359/04 et Sorricchio, C-360/04) selon laquelle « une politique d'expansion contrôlée dans le secteur des jeux de hasard peut être tout à fait cohérente avec l'objectif visant à attirer des joueurs exerçant des activités de jeux et de paris clandestins interdites en tant que telles vers des activités autorisées et réglementées » (point 55), la chambre criminelle a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé que les réglementations en cause sont justifiées par des raisons d'ordre public et qu'elles sont proportionnées à l'objectif poursuivi. Cette solution a été réaffirmée récemment (Crim., 27 février 2013, pourvoi n° 12-81.384);

S'agissant de la libre circulation des marchandises, la chambre criminelle a eu l'occasion de juger que l'interdiction de commercialiser des détecteurs de cinémomètre sur le territoire français, même lorsque de tels détecteurs sont régulièrement commercialisés sur le territoire d'autres États membres, est justifiée par des motifs d'ordre public au sens de l'article 30 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), devenu l'article 36 du TFUE (Crim., 17 février 1988, pourvoi n° 87-83.242, *Bull. crim.* 1988, n° 81). C'est pour le même motif que l'article 215, alinéa 1^{er}, du code des douanes a été jugé non contraire au droit de l'Union européenne (Crim., 17 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.506). Cet article dispose que les personnes qui « détiennent ou transportent des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité ou la moralité publiques, des marchandises contrefaisantes, des marchandises prohibées au titre d'engagements internationaux ou des marchandises faisant l'objet d'un courant de fraude internationale et d'un marché clandestin préjudicant aux intérêts légitimes du commerce régulier et à ceux du Trésor, [...] doivent, à première réquisition des agents des douanes, produire soit des quittances attestant que ces marchandises ont été régulièrement importées dans le territoire douanier de la Communauté européenne, soit des factures d'achat, bordereaux de fabrication ou toutes autres justifications d'origine émanant de personnes ou sociétés régulièrement établies à l'intérieur du territoire douanier de la Communauté européenne ». Le problème posé ici était un peu différent de celui que pose la commercialisation des détecteurs de cinémomètre. En effet, l'article 215 du code des douanes permet de vérifier que les marchandises auxquelles il s'applique ont été effectivement mises en libre pratique sur le territoire communautaire. Aucune atteinte n'est donc portée ici aux articles 28 et 34 du TFUE, qui réservent aux marchandises mises en libre pratique dans un État membre le droit de circuler librement sur l'ensemble du territoire communautaire. Seule se posait la question de la compatibilité entre l'article 215 du code des douanes et l'article 313, § 1, des dispositions d'application du code des douanes communautaire (contenues dans le règlement (CEE) n° 2454/93 de la Commission du 2 juillet 1993 fixant certaines dispositions d'application du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil établissant le code des douanes communautaire), lequel prévoit que « [...] toutes les marchandises qui se trouvent sur le territoire douanier de la Communauté sont réputées marchandises communautaires, sauf s'il est établi qu'elles ne possèdent pas le statut communautaire ». Cette disposition, issue d'un règlement communautaire de 1988, est l'une des pièces du dispositif de suppression des contrôles aux frontières internes à l'Union européenne mis en place par l'Acte unique européen. La Cour de cassation a considéré qu'elle ne rendait pas inapplicable l'article 215 du code des douanes. Il convient d'observer, à cet égard, que les marchandises visées par l'article 215 et son arrêté d'application appartiennent à des

catégories à l'égard desquelles la France peut, par application de l'article 30 du TCE précité et pour des motifs tenant notamment à la protection de l'ordre public, prendre des mesures ayant un effet restrictif sur les importations, même lorsque les marchandises concernées proviennent d'un autre État membre. On peut en déduire qu'elle a, *a fortiori*, le pouvoir de vérifier que ces marchandises ont été régulièrement importées dans le territoire douanier de la Communauté.

La nécessité de protéger l'ordre public peut également justifier des atteintes à la libre circulation des capitaux. Les articles 464 du code des douanes et L. 152-1 du code monétaire et financier soumettent à déclaration les transferts, effectués par des personnes physiques, de sommes d'un montant supérieur à 10 000 euros, en provenance ou à destination d'un autre État membre. Après avoir jugé que ces dispositions n'étaient pas contraires au Traité de Rome (Crim., 7 novembre 1996, pourvoi n° 96-80.403, *Bull. crim.* 1996, n° 398), la chambre criminelle (Crim., 24 mai 2000, pourvoi n° 97-84.086) a précisé que cette obligation était justifiée par des motifs d'ordre public entrant dans les prévisions de l'article 58, § 1, b, du TCE (devenu l'article 65, § 1, b, du TFUE), lequel prévoit que l'interdiction faite aux États membres d'apporter des restrictions aux mouvements de capitaux ne porte pas atteinte à leur droit de «prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique». Cette jurisprudence est conforme à celle de la Cour de justice (CJCE, arrêt du 23 février 1995, [affaires jointes] *Bordessa e.a.*, C-358/93 et *Marí Mellado*, C-416/93). Ultérieurement, la Communauté européenne a d'ailleurs elle-même adopté le règlement (CE) n° 1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté instaurant l'obligation, pour toute personne physique entrant ou sortant de la Communauté avec au moins 10 000 euros en argent liquide, de déclarer la somme transportée aux autorités compétentes de l'État membre par lequel elle entre ou sort de la Communauté. Son article 1^{er}, § 2, indique que «le présent règlement est sans préjudice des mesures nationales visant à contrôler les mouvements d'argent liquide au sein de la Communauté, lorsque ces mesures sont prises conformément à l'article 58 du traité». Même si l'article 65 du TFUE fait de la lutte contre la fraude fiscale et de la protection de l'ordre public deux circonstances distinctes, on peut sans doute considérer que la seconde englobe la première. C'est d'ailleurs en considération du fait que l'obligation déclarative avait été instituée en vue de lutter contre le blanchiment de capitaux que la chambre criminelle a estimé que les sanctions qui assortissaient alors cette obligation n'étaient pas contraires au principe communautaire de proportionnalité (Crim., 29 mars 2000, pourvoi n° 98-82.979, *Bull. crim.* 2000, n° 142).

Le principe de libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, qui figure aujourd'hui à l'article 45 du TFUE, admet lui aussi des limitations justifiées par des raisons d'ordre public (article 45, § 3). C'est ainsi qu'il n'interdit pas que soit prononcée une interdiction définitive du territoire français à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'importation illicite de stupéfiants (Crim., 3 mai 1990, pourvoi n° 88-87.457, *Bull. crim.* 1990, n° 170). Quant au § 4 du même article, il prévoit, pour les emplois dans l'administration publique, une dérogation au principe selon lequel tout ressortissant d'un État de l'Union doit pouvoir se porter candidat aux emplois offerts

dans les autres États. Telle qu'interprétée par la Cour de justice, cette dérogation relève de l'idée générale d'ordre public puisqu'elle ne s'applique qu'aux emplois « qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques » (CJCE, arrêt du 16 juin 1987, Commission/Italie, C-225/85). Conformément au principe d'interprétation stricte énoncé plus haut, l'exercice de fonctions relevant de la puissance publique ne justifie la dérogation que s'il a un caractère effectif et non exceptionnel. C'est ainsi qu'à la suite de deux arrêts de la Cour de justice du 30 septembre 2003 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01, et Anker e.a., C-47/02), la chambre criminelle a jugé que l'article 3, alinéa 2, du code du travail maritime, qui réservait alors aux ressortissants français le droit d'exercer les fonctions de capitaine ou de capitaine suppléant à bord des navires battant pavillon français, ne saurait relever de ladite dérogation prévue au § 4 de l'article 39 du TCE (devenu le § 4 de l'article 45 du TFUE), dès lors que la probabilité que le capitaine ou son adjoint fassent usage des prérogatives de puissance publique que le code civil leur attribue (dresser un acte de naissance ou de décès si ces événements surviennent à bord) est très faible (Crim., 23 juin 2004, pourvoi n° 03-85.661, *Bull. crim.* 2004, n° 169).

Section 3 – Primauté du droit de l'Union européenne et question prioritaire de constitutionnalité

La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui traduit d'abord l'idée que celle-ci doit être examinée sans attendre les développements ultérieurs de la procédure principale, se comprend aussi comme une prééminence sur le contrôle de conformité au droit communautaire d'effet direct ou de conventionnalité, rappelée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : « en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (point 14).

Dans un contexte où l'État engage sa responsabilité devant la Cour de justice de l'Union européenne du fait de la violation grave et manifeste du droit communautaire par ses organes juridictionnels (CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, Köbler, C-224/01 ; CJCE, arrêt du 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03), sans égard pour l'indépendance de ces derniers (CJCE, arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur/Bundesrepublik Deutschland et The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a., C-46/93), la question de la simultanéité de l'inconstitutionnalité et de l'inconventionnalité de la disposition contestée, soulevées à l'occasion du même recours, devait se poser. La Cour de cassation, saisie de la difficulté dans sa formation alors compétente pour traiter des QPC, avait interrogé, par décision avant dire droit contenant questions préjudicielles, la Cour de justice (Cass., 16 avril 2010, QPC n° 10-40.002, non diffusée), en posant le problème dans des termes qui n'étaient pas ceux retenus par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent

et de hasard en ligne), ni par le Conseil d'État (CE, 14 mai 2010, n° 312305, publié au *Recueil Lebon*).

La Cour de justice a répondu par un arrêt du 22 juin 2010 (CJUE [gde chbre], arrêt du 22 juin 2010, Melki et Abdeli, C-188/10), dont la Cour de cassation a ensuite tiré les conséquences (Cass., 29 juin 2010, QPC n° 10-40.001 et QPC n° 10-40.002). Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la question préjudicielle communautaire, qui est une faculté pour les juges du fond mais une obligation pour les Cours suprêmes, ne peut pâtir ni de la transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel, ni même d'une décision de ce dernier : « la CJCE a dit pour droit que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher [...] [tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question] les juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles » (arrêts du 29 juin 2010 préc.).

Cette décision a eu une suite (CJUE, arrêt du 15 janvier 2013, Križan e.a., C-416/10) qui met encore plus en question la prééminence de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité par rapport à la primauté du droit communautaire : la Cour de justice a confirmé que « la règle nationale qui oblige [la Cour suprême de Slovaquie] à suivre la position juridique de [la Cour constitutionnelle] ne saurait [...] empêcher le juge de renvoi de saisir la [Cour de justice de l'Union européenne] d'une demande de décision préjudicielle à tout moment de la procédure qu'il juge approprié et d'écarter, le cas échéant, les appréciations exprimées par [la Cour constitutionnelle] qui s'avèreraient contraires au droit de l'Union ».

L'on peut n'être guère surpris de voir là une application particulière de la jurisprudence *Simmenthal* (CJCE, arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal SA/Amministrazione delle finanze dello Stato*, C-106/77).

Chapitre 2 – Droit conventionnel

L'impérativité des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'exerce dans de nombreux domaines du droit civil, à tous stades de la procédure, y compris devant la Cour de cassation (section 1). Des conventions internationales produisent un effet comparable (section 2).

Section 1 – Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales

§ 1. Impérativité des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales

Cette impérativité se présente avec une vigueur particulière dans les domaines suivants : l’organisation judiciaire et le droit processuel (A), en droit social (B), s’agissant de la question spécifique de la dissimulation du visage dans l’espace public devant la chambre criminelle (C).

A. Dans le domaine de l’organisation judiciaire et du droit processuel

Ainsi que le *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2006 (p. 150) l’avait mis en lumière, l’application de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales devant la Cour de cassation, soit spontanément, comme juge de droit commun de la Convention, soit à la suite de décisions de la Cour européenne des droits de l’homme, concerne principalement l’article 6, § 1, grâce auquel il est possible de parler d’une modélisation européenne du procès civil. L’organisation et le fonctionnement des juridictions ont donné lieu dans le passé à critique sur le terrain de l’article 6, § 1, de la Convention.

La Cour de cassation a ainsi admis que le conseil de prud’hommes, dont la composition est paritaire et non professionnelle, était une juridiction, soumise comme telle aux exigences de l’article 6, § 1, de la Convention, indépendante et impartiale, notamment en raison de la prohibition d’ordre public de tout mandat impératif (2^e Civ., 20 octobre 2005, pourvoi n° 03-19.979, *Bull.* 2005, II, n° 271). La deuxième chambre civile s’inscrit dans cette logique lorsqu’elle restreint les conditions de recevabilité des actions en contestation de l’élection (2^e Civ., 2 décembre 1998, pourvoi n° 98-60.069, *Bull.* 1998, II, n° 288) ou de l’éligibilité (2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-60.570, *Bull.* 2009, II, n° 146) en considérant, dans les deux cas, que le recours n’est ouvert qu’au sein du même collège, employeur ou salarié, un salarié étant sans qualité pour élever une contestation dans le collège employeur, et *vice versa*. D’une certaine façon, il en résulte l’affirmation qu’un juge, professionnel ou non, ne choisit pas les autres juges avec qui il délibère.

La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale avait mis fin au contentieux qui s’était élevé avec succès (pour la Cour nationale de l’incapacité et de la tarification de l’assurance des accidents du travail (CNTAAT), Ass. plén., 22 décembre 2000, pourvoi n° 98-19.376, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 12 ; pour le tribunal du contentieux de l’incapacité, Soc., 1^{er} mars 2001, pourvoi n° 99-15.224, *Bull.* 2001, V, n° 66 ; 2^e Civ., 8 mars 2005, pourvoi n° 03-19.747, *Bull.* 2005, II, n° 55) concernant la composition et le fonctionnement de la juridiction du contentieux technique de la sécurité sociale (tribunaux du contentieux de l’incapacité et CNTAAT), juridictions dont le Président de la République a souhaité le regroupement avec les autres « juridictions sociales » en 2013 (voir discours prononcé lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire de la Cour de cassation, in *Rapport annuel* 2012, p. 28).

Quant aux garanties du procès équitable, la deuxième chambre civile n'a fait récemment que réitérer des solutions précédemment acquises. Elle a ainsi rappelé qu'en elle-même, la procédure de récusation des juges n'entre pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention puisqu'elle ne porte ni sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, ni sur une contestation d'un droit ou d'une obligation de caractère civil (2^e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.495, *Bull.* 2009, II, n° 208; 2^e Civ., 10 juin 2010, pourvoi n° 09-15.445, *Bull.* 2010, II, n° 111), confirmant ainsi des arrêts plus anciens (2^e Civ., 15 décembre 2005, pourvoi n° 04-17.166, *Bull.* 2005, II, n° 328; 2^e Civ., 26 avril 2006, pourvoi n° 06-01.594, *Bull.* 2006, II, n° 109).

L'exigence d'impartialité objective résulte, dans la jurisprudence interne, des deux arrêts d'assemblée plénière du 6 novembre 1998 qui fixent, d'une certaine façon, le principe et sa limite : d'un côté, toute personne ayant droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial, cette exigence devant s'apprécier objectivement, un juge qui a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation (Ass. plén., 6 novembre 1998, pourvoi n° 94-17.709, *Bull.* 1998, Ass. plén., n° 5). De l'autre, n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire (Ass. plén., 6 novembre 1998, pourvoi n° 95-11.006, *Bull.* 1998, Ass. plén., n° 4). S'inscrit dans la ligne tracée par ce dernier arrêt le rejet, par la deuxième chambre civile, de la requête en récusation dirigée contre des magistrats appelés à statuer sur l'appel formé contre un jugement ayant placé une personne sous tutelle, au seul motif qu'ils ont connu d'un précédent appel contre l'ordonnance d'un juge des tutelles ayant désigné un mandataire spécial, dans le cadre d'une mesure de sauvegarde de justice (2^e Civ., 24 janvier 2013, pourvoi n° 12-01.345, *Bull.* 2013, II, n° 10). L'impartialité objective diffère donc de l'apparence d'impartialité; il s'agit pour le requérant de prouver que le doute sur une possible partialité est raisonnable (Com., 19 février 2013, pourvoi n° 11-28.256), ce qui est le cas lorsque l'un des plaideurs a déjà été élu juge du tribunal, même s'il n'a pas encore pris ses fonctions (2^e Civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-17.114, *Bull.* 2010, II, n° 158). En revanche, la deuxième chambre civile a jugé que l'exigence d'impartialité n'était pas mise en cause par l'appartenance d'un magistrat à un syndicat, même si ce dernier a pris des positions hostiles au parti politique représenté par le requérant (2^e Civ., 24 juin 2004, pourvoi n° 02-14.509, *Bull.* 2004, II, n° 325).

Il a également été fait application de cette jurisprudence dans des contentieux techniques :

– le magistrat de la cour d'appel qui a signé le bulletin d'évaluation, prévu par l'article 13 du décret n° 80-608 du 30 juillet 1980 fixant le tarif des avoués près les cours d'appel, ne peut ensuite statuer en qualité de magistrat taxateur sur la contestation relative aux émoluments de l'avoué pour cette procédure (2^e Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.025, *Bull.* 2009, II, n° 271). En revanche, lorsque le magistrat n'est pas le signataire du bulletin d'évaluation, le fait pour lui d'avoir siégé dans une instance dont les dépens sont contestés ne préjuge pas de sa décision dans une autre instance ayant pour objet la contestation du montant de ces dépens (2^e Civ., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.129, *Bull.* 2011, II, n° 4);

– en matière de saisie immobilière, la règle selon laquelle, à peine d'irrecevabilité, aucune contestation ni aucune demande incidente ne peut, sauf disposition contraire, être formée après l'audience d'orientation, à moins qu'elle ne porte sur des actes de procédure postérieurs à celle-ci, ne méconnaît pas les exigences de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (2^e Civ., 17 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.784, *Bull.* 2011, II, n° 214).

La deuxième chambre civile a également rappelé que la violation de l'exigence d'une décision dans un délai raisonnable trouve sa sanction sur le terrain de la responsabilité, par l'allocation de dommages-intérêts, et non sur celui de la décision par la nullité du jugement rendu tardivement (2^e Civ., 9 février 2012, pourvoi n° 11-17.212, *Bull.* 2012, II, n° 25, confirmant 2^e Civ., 24 mars 2005, pourvoi n° 03-15.791, *Bull.* 2005, II, n° 78). Par contre, une importante lacune de motivation – le juge s'étant borné à des motifs d'ordre général – peut caractériser une violation de l'article 6, § 1, de la Convention (2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 07-21.546, *Bull.* 2009, II, n° 92).

B. En droit social

Entendue au sens d'un ensemble de normes d'ordre public auxquelles il n'est pas possible dès lors de déroger, que ce soit par voie de clauses insérées dans les contrats de travail ou dans le règlement intérieur de l'entreprise ou même par voie législative, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention) est régulièrement utilisée par la chambre sociale à travers un certain nombre de ses dispositions.

Illustration éclatante du droit au juge, un arrêt du 6 février 2013 (Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-11.740, *Bull.* 2013, V, n° 27), rendu au visa de l'article 6, § 1, de la Convention, juge « qu'il résulte de l'article R. 1455-6 du code du travail que le juge des référés peut, même en l'absence de disposition l'y autorisant, ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur ; que lorsque la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme comme intervenue en dehors des cas prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre son employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice ». Également inspiré par le principe du droit au juge consacré par l'article 6, § 1, un arrêt du 26 mai 2010 (Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.400, *Bull.* 2010, V, n° 114) décide que l'application immédiate de la règle résultant d'un revirement de jurisprudence selon laquelle le pourvoi contre un jugement préélectoral est immédiatement recevable ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, priver le demandeur au pourvoi contre un jugement ayant statué sur la validité des élections du droit de critiquer les dispositions du jugement préélectoral non frappé de pourvoi en raison de la jurisprudence antérieure au revirement. De la même façon, l'application d'une loi de validation rétroactive aux actions introduites antérieurement à son entrée en vigueur est contraire à l'article 6, § 1, de la Convention, en l'absence d'impérieux motifs d'intérêt général (Soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 05-45.694, *Bull.* 2007, V, n° 99).

Par ailleurs, toujours au visa de l'article 6, § 1, de la Convention, de nombreux arrêts sont rendus en ce qui concerne les modes de preuve admissibles dans les litiges

prud'homaux. Ainsi, un arrêt du 23 mai 2012 (Soc., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-23.521, *Bull.* 2012, V, n° 156) juge que viole les articles 9 du code de procédure civile, 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve la cour d'appel qui retient, d'une part, que l'employeur, ayant découvert le dictaphone du salarié en mode enregistrement dans les locaux de l'entreprise, était fondé à le retenir et à en écouter immédiatement l'enregistrement en l'absence du salarié mais en présence de plusieurs témoins et, d'autre part, que le contenu des enregistrements est établi par les attestations produites par l'employeur alors que ceux-ci ayant été détruits, le salarié a été mis dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire (voir aussi, sur l'utilisation des SMS, Soc., 13 juin 2007, préc.).

L'article 8 de la Convention, dont on connaît la richesse des conséquences que la Cour européenne des droits de l'homme en tire, est fréquemment utilisé par la chambre sociale tant en ce qui concerne la liberté de choix du domicile que le droit au respect de la vie familiale pour faire échec aux clauses de résidence ou de mobilité insérées dans les contrats de travail. Ainsi, un arrêt du 28 février 2012 (Soc., 28 février 2012, pourvoi n° 10-18.308, *Bull.* 2012, V, n° 78) rappelle que « toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile et que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché » et juge que viole les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et L. 1121-1 du code du travail la cour d'appel qui, pour dire le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, retient « qu'en s'éloignant de son lieu de travail de 20 km, soit un parcours de 25 minutes en véhicule personnel, le salarié n'était plus en mesure de respecter l'obligation de résidence insérée dans le contrat de travail lui imposant d'avoir son domicile à moins de 200 mètres de son lieu de travail qui est une condition substantielle de son contrat de travail et que cette obligation est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'association et des personnes auprès desquelles la salariée a pour objet d'intervenir et proportionnée, compte tenu de la nature de l'emploi occupé, au but recherché », de tels motifs étant « impropres à établir que l'atteinte au libre choix par le salarié de son domicile était justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché ».

Mais l'article 8 de la Convention dans son aspect de respect de la vie personnelle est aussi à l'origine de la jurisprudence sur la protection accordée aux fichiers informatiques et messages identifiés comme personnels sur l'ordinateur du salarié (voir, par exemple, Soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-40.274, *Bull.* 2009, V, n° 153 ; voir aussi Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, *Bull.* 2008, V, n° 129).

Relève également de l'influence de l'article 8 de la Convention la jurisprudence de la chambre sociale selon laquelle « un fait de la vie personnelle occasionnant un trouble dans l'entreprise ne peut justifier un licenciement disciplinaire » (voir, par exemple, Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-42.150, *Bull.* 2011, V, n° 69), même si l'article 8 de la Convention n'est pas expressément visé dans les arrêts faisant application de cette jurisprudence.

L'article 9 de la Convention sur la liberté de religion a fait l'objet récemment d'un arrêt remarqué déclarant nulle la clause d'un règlement intérieur d'une entreprise prohibant les signes religieux distinctifs pour tous les postes de l'entreprise, sans que cette

restriction à une liberté fondamentale soit justifiée par une condition essentielle et déterminante tenant à la nature des fonctions exercées par la salariée (Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, *Bull.* 2013, V, n° 75, s'agissant du port du foulard islamique dans une entreprise privée).

La liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention est visée par la chambre sociale dans des litiges concernant l'information donnée par des syndicats au sein de l'entreprise (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-18.907, *Bull.* 2008, V, n° 55, qui décide que si un syndicat a le droit de communiquer librement des informations au public sur un site internet, 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). Bien qu'il ne soit pas expressément visé dans les litiges concernant le droit d'expression des salariés eux-mêmes, il ne fait pas de doute que l'article 10 de la Convention trouve aussi à s'appliquer en l'espèce, en tant que *ratio decidendi* de la jurisprudence selon laquelle, sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression et il ne peut être apporté à cette dernière que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 11-19.734, *Bull.* 2013, V, n° 95 ; Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-10.793, *Bull.* 2012, V, n° 202 ; Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.104, *Bull.* 2011, V, n° 104 ; Soc., 2 mai 2001, pourvoi n° 98-45.532, *Bull.* 2001, V, n° 142).

En matière de représentativité syndicale, l'article 11 de la Convention sur la liberté syndicale est souvent appliqué par la chambre sociale, que ce soit seul (voir, par exemple, Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.031, *Bull.* 2009, V, n° 180, qui retient que « l'adhésion du 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 » ; voir aussi, sur la preuve de l'existence d'une section syndicale au sein d'une entreprise, Soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-20.391, *Bull.* 2012, V, n° 293 ; Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.137, *Bull.* 2010, V, n° 290 ; s'agissant du statut particulier accordé au syndicat des pilotes de ligne, Soc., 14 décembre 2011, pourvoi n° 10-18.699, *Bull.* 2011, V, n° 301 ; sur les conséquences de l'affiliation à une organisation catégorielle interprofessionnelle nationale, Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.113, *Bull.* 2011, V, n° 216 ; sur l'obligation faite par l'article L. 2122-2 du code du travail de choisir le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu plus de 10 % aux élections professionnelles, Soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-60.426, *Bull.* 2010, V, n° 100), ou en combinaison avec l'article 14 de la Convention sur le principe d'égalité de traitement, comme l'illustrent les arrêts du 24 octobre 2012 reconnaissant la compatibilité avec la Convention de l'article L. 2324-2 du code du travail, aux motifs suivants : « les articles 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales laissent les États libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial à certains syndicats en fonction de la nature des prérogatives qui leur sont reconnues et [...] il en résulte que le choix du législateur de réserver aux seules organisations syndicales ayant des élus, la possibilité de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ne méconnaît pas les articles susvisés de la Convention » (Soc. 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-18.885, *Bull.* 2012, V, n° 279 ; Soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-25.530, *Bull.* 2012, V, n° 280).

Indépendamment de la liberté syndicale, l'article 11 de la Convention a également été invoqué devant la chambre sociale au titre de la liberté d'association, en ce qui concerne l'obligation faite à certaines entreprises d'adhérer à une caisse de congés payés (Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 03-18.771, *Bull.* 2006, V, n° 85 ; Soc., 28 juin 2007, pourvoi n° 06-12.061, *Bull.* 2007, V, n° 245).

C. Question spécifique de la dissimulation du visage dans l'espace public devant la chambre criminelle

Par un arrêt du 5 mars 2013 (Crim., 5 mars 2013, pourvoi n° 12-80.891, *Bull. crim.* 2013, n° 54), la chambre criminelle a jugé que la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public était compatible avec l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Cet article dispose :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que 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.

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. »

L'article 1^{er} de la loi du 11 octobre 2010 précise pour sa part que « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». L'article 2, I, définit l'espace public comme « constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public ». L'article 2, II, prévoit certaines dérogations (prescription ou autorisation par des dispositions législatives ou réglementaires, justification par des raisons de santé ou des motifs professionnels, inscription dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles). L'article 3 punit la méconnaissance de l'interdiction édictée par l'article 1^{er} par l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe et par l'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté.

Cette loi du 11 octobre 2010 avait été précédée de nombreux travaux menés depuis 2009 :

L'Assemblée nationale avait créé, en juin 2009, une mission d'information sur la pratique du port du voile intégral, qui avait remis un rapport en janvier 2010 préconisant la condamnation de la pratique du port du voile intégral et se prononçant pour une loi d'interdiction du voile intégral, comme de tout vêtement masquant entièrement le visage, dans l'espace public, sur le fondement de la notion d'ordre public ;

La Commission nationale consultative des droits de l'homme, dans un avis adopté en assemblée plénière le 21 janvier 2010, tout en préconisant de lutter contre toute forme d'obscurantisme et en demandant la stricte application du principe de laïcité et du principe de neutralité dans les services publics, avait dit n'être pas favorable à une loi prohibant de manière générale et absolue le port du voile intégral ;

Par lettre de mission du 29 janvier 2010, le Premier ministre avait demandé au Conseil d'État d'étudier les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral qui soit la plus large et la plus effective possible. L'Assemblée générale plénière du Conseil d'État avait adopté son rapport sur cette question le 25 mars 2010 :

- le Conseil d'État s'était interrogé dans cette étude sur la viabilité juridique et pratique d'une interdiction du port du voile intégral dans l'espace public au regard des droits et libertés garantis par la Constitution, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit de l'Union européenne. Il lui était apparu impossible de recommander une interdiction du seul voile intégral en tant que tenue porteuse de valeurs incompatibles avec la République, interdiction qu'il avait estimée très fragile juridiquement et difficilement applicable en pratique. Il avait en outre considéré qu'une interdiction, moins spécifique, de la dissimulation volontaire du visage reposant notamment sur des considérations d'ordre public interprétées de manière plus ou moins large ne pourrait juridiquement porter sans distinction sur l'ensemble de l'espace public, en l'état des jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle. En revanche, il lui avait semblé qu'en l'état du droit pourrait être adopté un dispositif contraignant et restrictif plus cohérent, comportant notamment l'affirmation de la règle selon laquelle était interdit le port de toute tenue ou accessoire ayant pour effet de dissimuler le visage d'une manière telle qu'elle rendait impossible une identification, soit en vue de la sauvegarde de l'ordre public lorsque celui-ci était menacé, soit lorsqu'une identification était nécessaire pour l'accès ou la circulation dans certains lieux et pour l'accomplissement de certaines démarches;
- le Conseil d'État avait relevé que la laïcité ne saurait fonder une restriction générale à l'expression des convictions religieuses dans l'espace public, comme la Cour européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs eu l'occasion de le juger le 23 février 2010 (CEDH, Ahmet Arslan e.a. c. Turquie, n° 41135/98), et ne pouvait donc justifier une prohibition absolue du voile intégral dans l'ensemble de l'espace public;
- il avait également relevé que le principe d'égalité des hommes et des femmes, opposable à autrui, n'avait pas, en revanche, vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est-à-dire à l'exercice de sa liberté personnelle, laquelle pouvait, le cas échéant, la conduire à adopter un comportement susceptible d'être interprété comme consacrant son inégale situation, y compris dans l'espace public, dès lors que son intégrité physique n'était pas atteinte.

L'Assemblée nationale avait, le 11 mai 2010, en application de l'article 34-1 de la Constitution, voté une résolution sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte. Cette résolution, adoptée à l'unanimité, condamnait la pratique du voile intégral comme contraire aux valeurs de la République.

La loi du 11 octobre 2010 a été déférée au contrôle du Conseil constitutionnel, concomitamment par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat, et ce, pour la première fois depuis 1959.

Par décision du 7 octobre 2010 (n° 2010-613 DC, Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public), le Conseil constitutionnel a considéré que la loi déférée avait pour objet de répondre à l'apparition de pratiques jusqu'alors exceptionnelles

consistant à dissimuler son visage dans l'espace public et que le législateur avait estimé que de telles pratiques pouvaient constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissaient les exigences minimales de la vie en société; que le législateur avait également estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvaient placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur avait ainsi complété et généralisé des règles jusqu'à réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public. Le Conseil a considéré qu'eu égard aux objectifs qu'il s'était assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur avait adopté des dispositions assurant, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'était pas manifestement disproportionnée; il a, par conséquent, déclaré cette loi conforme à la Constitution, sous une réserve énoncée au considérant 5, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne pouvant, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public, cette réserve d'interprétation faisant écho à la difficulté constitutionnelle et conventionnelle déjà soulignée par le Conseil d'État.

L'examen du dossier documentaire indique que le Conseil constitutionnel avait à l'esprit la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 9 de la Convention. Cette dernière avait, en effet, pris position à plusieurs reprises sur l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion :

- un requérant, sikh pratiquant, dénonçait une atteinte à son droit à la liberté de religion imputable aux autorités aéroportuaires qui l'avaient obligé à retirer son turban dans le cadre d'un contrôle de sécurité. La Cour européenne a estimé, d'une part, que les contrôles de sécurité dans les aéroports étaient sans aucun doute nécessaires à la sécurité publique au sens de l'article 9, § 2, de la Convention, et, d'autre part, que les modalités de leur mise en œuvre entraient dans la marge d'appréciation de l'État défendeur, d'autant plus clairement qu'il ne s'agissait que d'une mesure ponctuelle (CEDH, arrêt du 11 janvier 2005, *Suku Phull c. France*, n° 35753/03);
- une femme s'était rendue au consulat général de France au Maroc en vue de demander un visa d'entrée en France afin d'y rejoindre son mari et, ayant refusé de retirer son voile aux fins de contrôle d'identité, n'avait pas été autorisée à pénétrer dans le consulat. La Cour, comme dans l'affaire précédente, a conclu que la requérante n'avait subi aucune atteinte disproportionnée dans l'exercice de son droit à la liberté de religion, laquelle atteinte était sans aucun doute nécessaire à la sécurité publique (CEDH, arrêt du 4 mars 2008, *Fatima El Morsli c. France*, n° 15585/06);
- cent vingt-sept requérants, appartenant à un groupe religieux, s'étaient rendus à Ankara afin de participer à une cérémonie religieuse organisée dans une mosquée; ils portaient la tenue caractéristique de leur groupe, composée d'un turban, d'un saroual, d'une tunique, le tout de couleur noire, et étaient munis d'un bâton. Ils firent ensemble le tour de la ville ainsi vêtus et, à l'issue de certains incidents, furent arrêtés, placés en garde à vue puis en détention provisoire. Devant la cour chargée de les juger, ils refusèrent pour la plupart d'ôter leur turban. Ils furent poursuivis en vertu de deux textes interdisant le port de certaines tenues religieuses dans les lieux publics ouverts à tous

comme les voies ou places publiques en dehors des cérémonies religieuses. Devant la Cour européenne, ils alléguèrent avoir été pénalement condamnés pour avoir manifesté leur religion à travers leur tenue vestimentaire, et ce, au mépris de leur droit à la liberté de religion garanti par l'article 9 de la Convention. La Cour a répondu affirmativement à la question de savoir si la sanction infligée s'analysait en une ingérence dans la liberté de conscience de ces personnes garantie par l'article 9 de la Convention ; puis elle a estimé que l'ingérence incriminée, dans la mesure où elle visait à faire respecter les principes laïcs et démocratiques, poursuivait plusieurs des buts légitimes énumérés audit article. Pour estimer que la nécessité de restreindre le droit des requérants à manifester leurs convictions ne se trouvait pas établie de manière convaincante, elle a retenu que ceux-ci étaient de simples citoyens et non des agents de l'État dans l'exercice d'une fonction publique, qu'ils avaient été sanctionnés pour le port d'une tenue vestimentaire dans des lieux publics ouverts à tous et qu'ils s'étaient réunis devant une mosquée, dans la tenue en cause, dans le seul but de participer à une cérémonie de caractère religieux (CEDH, arrêt du 23 février 2010, Ahmet Arslan e.a. c. Turquie, n° 41135/98, préc.). Pour apprécier la portée de cette décision, il convient de retenir que les requérants n'avaient pas le visage entièrement dissimulé, qu'ils s'apprêtaient à participer à une cérémonie religieuse aux abords d'un édifice religieux et surtout qu'ils avaient fait l'objet de mesures d'emprisonnement pour le port d'une tenue religieuse.

Bien différente était la situation soumise à la Cour de cassation et qui a donné lieu à l'arrêt susvisé du 5 mars 2013 :

Mme X... avait été interpellée en face du palais de l'Élysée à Paris, vêtue d'une tenue destinée à dissimuler son visage dans l'espace public, en l'espèce un niqab, et accompagnée de quatre personnes portant un masque ainsi que de journalistes avec caméra. L'intéressée avait refusé de montrer son visage à un fonctionnaire de police de sexe masculin et de recevoir l'imprimé qui lui était remis intitulé *La République se vit à visage découvert*. Elle avait cependant accepté de dévoiler son visage devant un fonctionnaire de sexe féminin, avait précisé qu'elle avait rendez-vous avec des journalistes devant le palais présidentiel et affirmé que sa démarche avait pour objet la défense des libertés.

Poursuivie pour la contravention de port d'une tenue destinée à la dissimulation du visage dans l'espace public résultant de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, elle a soutenu, devant la juridiction de proximité de Paris 19^e, que cette loi violait le droit, et, en particulier, qu'elle était contraire à l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissant la liberté de pensée, de conscience et de religion. Pour entrer en voie de condamnation, la juridiction de proximité a considéré, notamment, que si l'article 9 de la Convention protégeait l'exercice de la liberté religieuse, à la condition que ces manifestations ne portent pas atteinte à l'ordre public, tel n'était pas le cas d'une manifestation clairement politique devant la présidence de la République.

Dans son mémoire en cassation, la requérante soutenait notamment que la loi nationale, en ce qu'elle interdisait de façon générale et absolue le port du voile dans l'espace public, était incompatible avec l'article 9 de la Convention, lequel impliquait la liberté de manifester sa religion ou ses convictions individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ; elle soulevait, en outre, pour la première fois devant la Cour de cassation, la

violation de l'article 10 de la Convention garantissant la liberté d'expression et de l'article 14 portant interdiction de discrimination.

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation, après avoir déclaré nouveau, et comme tel irrecevable, le moyen, en ce qu'il invoquait pour la première fois la violation des articles 10 et 14 de la Convention, a retenu les motifs suivants :

«Attendu que, si c'est à tort que la juridiction de proximité a ignoré la motivation religieuse de la manifestation considérée, le jugement n'encourt pas la censure dès lors que, si l'article 9 de la Convention susvisée garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; que tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage.»

La chambre criminelle a ainsi relevé que le § 2 de l'article 9 de la Convention disposait que la liberté de pensée, de conscience et de religion pouvait faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; elle a ensuite considéré que la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public, en ce qu'elle visait à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public de montrer son visage, entraînait bien dans les prévisions du § 2 de l'article susvisé.

Cet arrêt, qui s'inscrit dans la ligne des arrêts *Phull* et *El Morsli* précités rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, démontre, de façon peut-être inattendue, que la notion d'ordre public peut trouver sa source dans les dispositions mêmes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir CEDH, affaire venue en Gde chbre le 27 novembre 2013, S.A.S. c. France, n° 43835/11 : en l'espèce, la demanderesse soutient que l'interdiction posée par la loi précitée porte atteinte aux articles 3, 8, 9, 10, 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

Mais doit-on considérer que la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public est définitivement compatible avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? Ne pourrait-elle pas être discutée au regard d'autres articles de ce texte ? La Cour européenne aura à trancher ces questions délicates (CEDH, affaire venue en Grande chambre le 27 novembre 2013, S.A.S. c. France, n° 43835/11 : en l'espèce, la demanderesse soutient que l'interdiction posée par la loi précitée porte atteinte aux articles 3, 8, 9, 10, 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

§ 2. Application des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devant la Cour de cassation

La procédure suivie devant la Cour de cassation est elle-même soumise aux exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Cour de Strasbourg s'est plusieurs fois prononcée, sur divers stades de cette procédure, certaines décisions ayant engendré des modifications en droit interne.

Si les demandes nouvelles sont par principe interdites devant la cour d'appel (article 564 du code de procédure civile), les moyens nouveaux ne peuvent être présentés à la Cour de cassation, lorsqu'ils ne sont pas de pur droit ou nés de la décision attaquée. Cette restriction du débat à ce qui a déjà été porté devant la cour d'appel a été critiqué devant la Cour européenne des droits de l'homme mais cette dernière a validé, au regard de l'article 6, § 1, de la Convention, le recours à la notion de moyen nouveau mélangé de fait et de droit permettant de déclarer celui-ci irrecevable. L'arrêt souligne toutefois qu'un « renforcement [de la motivation de la notion] serait à même d'éclairer utilement les justiciables » (point 30) et souligne l'importance, sinon la nécessité, d'indiquer dans le rapport que l'irrecevabilité est susceptible d'être relevée par la Cour, lorsque la nouveauté n'est pas soulevée par le défendeur au pourvoi (point 33) (CEDH, arrêt du 6 février 2012, *Tourisme d'affaires c. France*, n° 17814/10).

La Cour de Strasbourg a eu également à connaître des restrictions à l'accès au juge de cassation résultant de l'article 7, alinéa 3, de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique qui impose, outre les conditions classiques de ressources, que la décision critiquée puisse être attaquée par un moyen « sérieux » de cassation. Dans les années 1980, la Commission avait jugé (Commission européenne, décision du 10 juillet 1980 sur la recevabilité de la requête, *X. c. Royaume-Uni*, n° 8158/78) que le motif de rejet de la demande d'aide juridictionnelle, tiré du défaut de moyen sérieux, expressément prévu par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, s'inspirait du légitime souci de n'allouer des deniers publics au titre de l'aide juridictionnelle qu'aux demandeurs dont le pourvoi avait une chance raisonnable de succès. Elle avait même précisé qu'un système d'assistance judiciaire ne peut fonctionner sans la mise en place d'un dispositif permettant de sélectionner les affaires susceptibles d'en bénéficier. Dans une affaire belge (CEDH, arrêt du 30 juillet 1998, *Aerts c. Belgique*, n° 25357/94), la Cour européenne a semblé considérer, dans un système où la représentation par avocat était obligatoire comme en France, qu'il appartenait à la Cour, et non au bureau d'assistance judiciaire, de se prononcer sur les chances de succès du pourvoi et avait conclu à une entrave substantielle à l'accès au juge de cassation et à la violation de l'article 6, § 1, de la Convention. Mais selon le dernier état de sa jurisprudence, qui résulte de trois arrêts (CEDH, arrêt du 2 juillet 2002, *Kroliczek c. France*, n° 43969/98; CEDH, arrêt du 26 février 2002, *Essaadi c. France*, n° 49384/99; CEDH, arrêt du 26 février 2002, *Del Sol c. France*, n° 46800/99), la conformité du système d'aide juridictionnelle propre à la Cour de cassation aux exigences de la Convention est désormais acquise. Les règles de fond n'ont pas changé mais, entre-temps, la Cour de cassation a modifié sa procédure d'admission à l'aide juridictionnelle en prévoyant un recours contre les décisions de refus devant le premier président de la Cour de cassation. Dans ces conditions, la Cour de Strasbourg a considéré que le législateur avait doté le bureau d'aide juridictionnelle établi auprès la Cour de cassation de toutes les garanties d'impartialité exigées par l'article 6, § 1, de la Convention.

De même, a été analysée comme une restriction éventuellement critiquable à l'accès au juge de cassation la procédure imaginée à la fin des années 1980, insérée aux articles 1009-1 et suivants du code de procédure civile, au terme de laquelle le défendeur au pourvoi peut obtenir la radiation du rôle si le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision attaquée, hors exceptions classiques liées à l'impossibilité ou aux conséquences manifestement excessives qu'entraînerait une telle exécution. Sur le principe, la Cour européenne a estimé que le dispositif n'était pas en lui-même contraire à l'article 6, § 1, de la Convention, pouvant se prévaloir d'une bonne administration de la justice (CEDH, arrêt du 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola e.a. c. France*, nos 31819/96 et 33293/96 ; CEDH, décision du 7 juin 2007, *François Marcos Irles c. France*, n° 29423/03). Mais se livrant à un contrôle de proportionnalité (entre les moyens employés et le but recherché : CEDH, arrêt du 25 septembre 2003, *Pages c. France*, n° 50343/99 ou concernant le montant des sommes en cause : CEDH, arrêt du 1^{er} juillet 2004, *Walser c. France*, n° 56653/00), la Cour européenne a indiqué qu'il convenait d'examiner si les limitations qui résultent de l'application de ce dispositif ne restreignent pas l'accès au juge de cassation d'une manière telle qu'il y aurait entrave substantielle à l'accès au juge caractérisant une violation de l'article 6, § 1, de la Convention (violation retenue : CEDH, arrêt du 18 janvier 2005, *Carabasse c. France*, n° 59765/00 ; violation non retenue : CEDH, décision du 7 juin 2007, *François Marcos Irles c. France*, n° 29423/03). La Cour de cassation a, dans son contentieux sur l'article 1009-1 du code de procédure civile, intégré ces éléments.

La procédure de non-admission des pourvois non sérieux, qui dispense la Cour de cassation de motivation, a également été critiquée comme une restriction à l'accès au juge de cassation, alors même que, devant la Cour de cassation, la décision de non-admission du pourvoi prise après échange d'écritures contradictoire des parties ne dispense que de la rédaction des projets d'arrêts. Saisie d'un recours par lequel le requérant se plaignait de ce que le Conseil d'État s'était borné à rappeler succinctement le contenu du moyen de cassation et à le rejeter en énonçant seulement qu'il n'était pas de nature à permettre l'admission de la requête, la Cour européenne a rappelé que l'article 6, § 1, de la Convention n'exigeait pas que soit motivée en détail une décision par laquelle une juridiction de recours, se fondant sur une disposition légale spécifique, écarte un recours comme dépourvu de chances de succès, ce qui valide la procédure de non-admission devant le Conseil d'État, et sans doute, de ce fait, devant la Cour de cassation (CEDH, arrêt du 9 mars 1999, *Immeubles Groupe Kosser c. France*, n° 38748/97).

La procédure suivie devant la chambre criminelle demeure sans représentation obligatoire, ce qui implique de prévoir un mécanisme d'accès des parties comparantes en personne aux documents de la procédure communiqués par ailleurs aux avocats, notamment lorsque le demandeur au pourvoi est en détention. La Cour européenne avait eu l'occasion d'examiner, au regard de l'article 6, § 1, de la Convention, dont la violation avait été retenue, la situation de la personne qui, ayant formé un pourvoi en cassation en matière pénale, entendait se défendre elle-même, sans solliciter un avocat aux Conseils (CEDH, arrêt du 8 février 2000, *Voisine c. France*, n° 27362/95 ; CEDH, arrêt du 27 février 2001, *Adoud et Bosoni c. France*, nos 35237/97 et 34595/97). Depuis le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile (entré en vigueur au 1^{er} janvier 2005), la procédure avec représentation obligatoire a été généralisée devant les cinq chambres civiles de la Cour de cassation, hors quelques matières

dispensées (contentieux des élections politiques et prud'homales, notamment), de sorte que la question est devenue statistiquement résiduelle.

Point n'est besoin de revenir sur la jurisprudence européenne ayant aligné les droits procéduraux du parquet général de la Cour de cassation et du rapporteur public du Conseil d'État sur ceux des parties en 1998, ce qui a conduit à la réforme de la procédure de cassation que nous connaissons aujourd'hui, au début des années 2000. Plus actuelle, au regard du même principe d'impartialité objectivement entendu, est la question de la composition de la formation de jugement. La Cour européenne a en effet constaté (CEDH, arrêt du 24 juin 2010, Mancel et Branquart c. France, n° 22349/06) la violation de l'article 6, § 1, de la Convention concernant l'impartialité de la composition de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Lors de l'examen d'un pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel rendu après une première cassation, sept magistrats sur neuf avaient connu du premier pourvoi dont la solution relevait d'une approche binaire (relaxe/condamnation). Il semble par conséquent que cette évolution par rapport à la jurisprudence antérieure (CEDH, arrêt du 10 février 2004, D.P. c. France, n° 53971/00; CEDH, arrêt du 22 novembre 2005, Golinelli et Freymuth c. France, nos 65823/01 et 65273/01) soit cantonnée à certaines hypothèses de délibérés.

§ 3. Conflits d'impérativité entre inconstitutionnalité et inconventionnalité ?

La Cour de cassation n'y a semble-t-il jamais été confrontée, mais la deuxième chambre civile a cependant connu d'une procédure qui aurait pu donner matière à réflexion (2^e Civ., 29 mars 2012, pourvoi n° 11-30.013, *Bull.* 2012, II, n° 60). Il était demandé à la Cour de dire si le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, organisant la procédure de contestation des honoraires d'avocats devant le bâtonnier en première instance, ne réglait qu'une question de procédure applicable, auquel cas la voie réglementaire était adaptée, ou si, en confiant ce contentieux au bâtonnier alors que les textes antérieurs avaient retenu la compétence du président du tribunal, le décret avait créé un nouvel ordre de juridiction, prérogative réservée à la loi par l'article 34 de la Constitution. À ce grief d'inconstitutionnalité s'ajoutait celui d'une inconventionnalité, le demandeur au pourvoi soutenant simultanément que le bâtonnier ne remplissait pas les exigences du procès équitable (article 6, § 1, de la Convention).

Ni la Cour de cassation (Avis de la Cour de cassation, 16 novembre 1998, n° 09-80.010, *Bull.* 1998, Avis, n° 12), ni le Conseil constitutionnel (Cons. const., 29 septembre 2011, décision n° 2011-171/178 QPC, M. Michael C. e.a. [Renvoi au décret pour fixer certaines dispositions relatives à l'exercice de la profession d'avocat] concluant à la conformité du dispositif à la Constitution sans décision implicite sur cette qualification) n'avaient antérieurement pris parti. En excluant l'application de l'article 6, § 1, de la Convention, au motif que les voies de recours pouvaient être exercées devant une juridiction présentant toutes les garanties du procès équitable, la Cour de cassation n'a pas davantage eu à apporter de réponse à cette question. Il reste qu'une divergence d'appréciation entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, via la Cour de cassation, sur la nature juridictionnelle ou non du bâtonnier dans le contentieux de l'honoraire, au sens constitutionnel ou au sens conventionnel, était virtuellement envisageable.

Section 2 – Autres conventions

§ 1. Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe

S'agissant de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée en 1996) en tant que source possible de normes d'ordre public en droit français, la question préalable est de savoir si la chambre sociale accepte ou non de reconnaître un effet direct aux articles de cette Charte puisque les décisions du Comité européen des droits sociaux, qui n'est pas une juridiction, et les résolutions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe n'ont pas d'effets directs en droit interne, même si le gouvernement français doit les respecter.

Un arrêt ancien de la chambre sociale a pu être interprété comme admettant l'effet direct de la Charte (Soc., 17 décembre 1996, pourvoi n° 92-44.203). Toutefois, cet arrêt paraît plus ambigu : alors même que, s'agissant des relations de travail des personnes incarcérées qui, selon l'article 720 du code de procédure pénale, « ne font pas l'objet d'un contrat de travail », le moyen de cassation invoquait la violation à la fois de l'article 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de certains articles de la Charte sociale européenne, la chambre a rejeté le pourvoi en ces termes : « Et attendu, ensuite, que la règle de compétence dont la cour d'appel a fait application n'est contraire, ni à l'article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ni à aucune disposition de toute autre convention internationale signée par le gouvernement français et ayant en France un effet direct », sans que l'on sache si la chambre sociale considère qu'au titre des conventions internationales ayant effet direct en droit interne français, il faille compter la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe.

Il sera rappelé que le mécanisme instauré à l'article A de la partie III de la Charte sociale européenne intitulé « Engagements » ne paraît guère aller dans le sens de la reconnaissance d'un effet direct compte tenu de la latitude accordée aux États membres du Conseil de l'Europe :

« 1°. Sous réserve des dispositions de l'article B ci-dessous, chacune des Parties s'engage :

- a) à considérer la partie I de la présente Charte comme une déclaration déterminant les objectifs dont elle poursuivra par tous les moyens utiles la réalisation, conformément aux dispositions du paragraphe introductif de ladite partie ;
- b) à se considérer comme liée par six au moins des neuf articles suivants de la partie II de la Charte : articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 et 20 ;
- c) à se considérer comme liée par un nombre supplémentaire d'articles ou de paragraphes numérotés de la partie II de la Charte, qu'elle choisira, pourvu que le nombre total des articles et des paragraphes numérotés qui la lient ne soit pas inférieur à seize articles ou à soixante-trois paragraphes numérotés ;

2°. Les articles ou paragraphes choisis conformément aux dispositions des alinéas b et c du paragraphe 1 du présent article seront notifiés au Secrétaire général du Conseil de l'Europe lors du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ;

3°. Chacune des Parties pourra, à tout moment ultérieur, déclarer par notification adressée au Secrétaire général qu'elle se considère comme liée par tout autre article ou

paragraphe numéroté figurant dans la partie II de la Charte et qu'elle n'avait pas encore accepté conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article. Ces engagements ultérieurs seront réputés partie intégrante de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation et porteront les mêmes effets dès le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période d'un mois après la date de la notification.»

D'autres arrêts de la chambre sociale se sont prononcés sur des moyens de cassation tendant à faire reconnaître une incompatibilité entre la loi française, en l'espèce la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail concernant la représentativité syndicale, et les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, entre autres textes conventionnels. À cet égard, en ce qui concerne l'obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix, la chambre a prononcé la cassation d'un jugement ayant déclaré la loi française incompatible sur ce point, au visa, entre autres textes, des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne (Soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-60.426, *Bull.* 2010, V, n° 100). Dans un arrêt ultérieur, le moyen tiré de l'incompatibilité avec la Charte sociale européenne est rejeté, sans que l'on puisse en déduire la reconnaissance d'un effet direct de la Charte (Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-72.856, *Bull.* 2010, V, n° 257), la chambre s'étant limitée à juger « que si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs selon des critères qu'ils fixent, ce que ne prohibent pas les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ».

D'autres arrêts ont rejeté de la même manière les griefs d'incompatibilité de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 avec la Charte sociale européenne, entre autres textes conventionnels, sans que cela vaille reconnaissance d'un effet direct de la Charte, s'agissant du statut particulier du syndicat des pilotes de ligne (Soc., 14 décembre 2011, pourvoi n° 10-18.699, *Bull.* 2011, V, n° 301), de la différence de traitement résultant de l'affiliation ou non d'un syndicat catégoriel à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.113, *Bull.* 2011, V, n° 216), ou de la condition d'ancienneté de deux années pour qu'une organisation syndicale puisse participer aux élections professionnelles dans une entreprise, au motif que la disposition législative contestée « ne porte dès lors atteinte à aucun des textes invoqués par le moyen » (Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 11-60.203, *Bull.* 2012, V, n° 82).

Il en a été de même s'agissant du maintien ou non des mandats de représentants du personnel en cas de transfert partiel d'une entreprise (Soc., 14 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.441, *Bull.* 2011, V, n° 300).

Enfin, dans les arrêts concernant le régime des salariés aux forfaits en jours, la chambre sociale a choisi la solution d'une compatibilité sous réserves avec les normes du droit de l'Union européenne, sans se fonder sur la Charte sociale européenne, même si celle-ci est citée dans le visa de cassation par l'intermédiaire de l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne énumérant les textes reconnaissant les droits sociaux fondamentaux (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181, dont le visa est le suivant : « Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux

fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie») (voir aussi Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, *Bull.* 2013, V, n° 117). Il a semblé à la chambre sociale qu'alors même que le pourvoi, dans l'arrêt du 29 juin 2011, se fondait exclusivement sur les dispositions du code du travail et non sur les normes européennes, le terrain du droit de l'Union européenne était plus adéquat pour examiner d'office la question de la conventionnalité des textes législatifs français que celui des normes conventionnelles du Conseil de l'Europe, compte tenu des doutes existant quant à l'effet direct de la Charte sociale européenne. L'on remarquera d'ailleurs que l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se réfère également à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs dont il n'a jamais été soutenu jusque-là qu'elle était d'effet direct.

De façon traditionnelle, le Conseil d'État refuse de reconnaître un effet direct à la Charte sociale européenne ; ainsi en est-il en ce qui concerne tant l'article 4 de la Charte (CE, 19 mars 2010, n° 317231, n° 317227, n° 317229 ; CE, 2 octobre 2009, n° 301014), que les articles 11, 13, 16 et 17 (CE, 23 décembre 2010, n° 335738), ainsi que les articles 11, 12, 13 et 17 (CE, 7 juin 2006, n° 285576, publié au *Recueil Lebon*).

§ 2. Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière

La loi applicable aux accidents de la circulation survenus à l'étranger est déterminée par la Convention de La Haye du 4 mai 1971. Il s'agit en principe de la loi interne de l'État sur le territoire duquel l'accident est survenu.

La Cour de cassation n'a eu *a priori* l'occasion de faire application de ce texte que deux fois.

Elle a jugé que dès lors qu'une collision s'était produite en Allemagne entre deux véhicules dont l'un était immatriculé en France, les deux engins étaient impliqués dans l'accident au sens de la Convention et que la circonstance que le conducteur du véhicule immatriculé en Allemagne n'ait pas été attrait dans la procédure n'avait aucune incidence sur l'application de ladite Convention (2^e Civ., 19 février 1997, pourvoi n° 95-15.425, *Bull.* 1997, II, n° 43). On retrouve ici, dans l'ordre international, l'idée que la législation sur les accidents de la circulation est d'ordre public et que son application ne peut être écartée, même en cas de simples dégâts matériels causés au véhicule dans le cadre d'un prêt à usage de celui-ci (2^e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-18.311).

Dans un sens favorable à l'indemnisation de la victime, elle a également jugé qu'il fallait retenir l'applicabilité de la Convention de La Haye comme critère d'exclusion de l'application de la loi « Badinter » à l'étranger, ce qui ouvre droit, pour la victime, à une indemnisation par la CIVI, dès lors qu'une infraction pénale peut être caractérisée (2^e Civ., 8 décembre 1999, pourvoi n° 97-20.120, *Bull.* 1999, II, n° 182).

§ 3. Convention sur la cybercriminalité

Les États membres du Conseil de l'Europe ont adopté, à Budapest, le 23 novembre 2001, une convention fondée sur la nécessité, selon le préambule de ce texte, de « protéger la société de la criminalité dans le cyberspace, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et par l'amélioration de la coopération internationale » (ci-après la Convention de Budapest). Elle est l'aboutissement d'une réflexion initiée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, lequel, dans une recommandation n° R(89) adoptée le 13 septembre 1989, faisait état de « l'importance d'une réponse adéquate et rapide au nouveau défi de la criminalité informatique », dont le caractère souvent « transfrontalier » était souligné. Cette convention a été ouverte à la signature d'États non membres du Conseil de l'Europe. Il en va ainsi des États-Unis où, après ratification, elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. La France, pour sa part, l'a ratifiée le 10 janvier 2006 et elle y est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2006.

Les États signataires prennent acte du développement exponentiel des réseaux informatiques, des technologies de communication et de l'utilisation que savent en faire les auteurs d'actes criminels. Il s'agit donc, toujours aux termes du préambule, « de rendre plus efficaces les enquêtes et les procédures pénales portant sur des infractions pénales en relation avec des systèmes et des données informatiques, ainsi que de permettre la collecte des preuves électroniques d'une infraction pénale ».

À la lecture de la Convention, qui ne fera pas ici l'objet d'une étude exhaustive, il peut être constaté que sont en jeu tout autant la protection des réseaux informatiques contre les actes criminels dont ils peuvent faire l'objet que la capacité de prévenir les actes dont ils sont susceptibles d'être le moyen ou le support et la nécessité de rechercher les preuves des actes dont ils ont conservé la trace. La Convention inspire l'adoption de textes internes, tout en constituant également la limite de ceux-ci. Il en a été, notamment, ainsi, lors de l'adoption de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, d'où est issu l'article 57-1 du code de procédure pénale relatif aux perquisitions dans les systèmes informatiques.

La chambre criminelle a été saisie en 2013, pour la première fois, d'un pourvoi n° 12-87.130 à l'occasion duquel il lui était demandé de contrôler l'application faite par une chambre de l'instruction de l'une des dispositions les plus intéressantes de la Convention, son article 32. Il est opportun de mentionner ici quelques-unes des questions posées tant elles s'inscrivent précisément dans la présente étude consacrée à l'ordre public.

En effet, l'importance du but commun poursuivi a conduit les États signataires, généralement très attachés aux principes de souveraineté et de territorialité et, par voie de conséquence, à la primauté donnée aux règles de l'entraide pénale internationale, à se concéder mutuellement une exception notable à l'application des principes précités.

Situé dans un chapitre consacré à la coopération internationale sous un titre relatif à l'entraide concernant les pouvoirs d'investigation, l'article 32 est ainsi rédigé :

« Une Partie peut, sans l'autorisation d'une autre Partie :

a) accéder à des données informatiques stockées accessibles au public (source ouverte), quelle que soit la localisation géographique de ces données ; ou

b) accéder à, ou recevoir au moyen d'un système informatique situé sur son territoire, des données informatiques stockées situées dans un autre État, si la Partie obtient le consentement légal et volontaire de la personne légalement autorisée à lui divulguer ces données au moyen de ce système informatique.»

Dans le cas soumis à la chambre criminelle, des officiers de police judiciaire ont, en enquête préliminaire, sans le consentement de la personne concernée, mais avec l'autorisation du procureur de la République, accédé, grâce au code confidentiel du suspect découvert au cours d'une perquisition réalisée à son domicile, à des contenus qu'il avait créés sur un site internet de vente de médicaments en ligne situé hors du territoire français. La chambre de l'instruction a retenu que le site en cause était situé aux États-Unis, qu'en conséquence la Convention de Budapest était applicable, et que les enquêteurs avaient agi conformément à l'article 32 de ce texte dès lors que, selon l'analyse des juges, il s'agissait d'une source ouverte.

Au nombre des questions posées figure celle de la détermination du lieu de stockage des données, critère préalable à l'application de la Convention. Les difficultés liées au maniement de ce critère sont clairement évoquées dans le rapport T-CY (2012)³, *Compétence et accès transfrontalier : quelles solutions ?*, établi par le groupe sur l'accès transfrontalier, adopté par le Comité de la Convention sur la cybercriminalité (T-CY) le 6 décembre 2012 (accessible sur le site du Conseil de l'Europe). Les auteurs du rapport n'hésitent pas à évoquer la « disparition du lieu » induite par les dernières évolutions technologiques, tel le stockage décentralisé.

Plus claire apparaît la distinction entre source ouverte et source fermée, aux termes du rapport explicatif de la Convention adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 8 novembre 2001.

On se référera à ce même document, également disponible sur le site internet du Conseil de l'Europe, pour la troisième question importante qui est celle de la désignation de la personne légalement habilitée à donner un consentement, dans l'hypothèse où, pour accéder directement à une source fermée située sur le territoire d'un autre État partie, les autorités de l'État partie intéressé doivent recueillir préalablement ce consentement, dont il est précisé qu'il doit être volontaire, c'est-à-dire non surpris et éclairé. La difficulté provient du fait que, selon la nature des données dont la communication est sollicitée, il ne s'agira pas de la même personne.

Par un arrêt du 6 novembre 2013 (pourvoi n° 12-87.130, *Bull. crim.* 2013, n° 217, préc.), la chambre criminelle a constaté, tout en relevant qu'il s'agissait d'un motif surabondant, que la chambre de l'instruction avait fait une application erronée de l'article 32 de la Convention de Budapest dès lors qu'il ne ressortait ni de sa décision ni des pièces de la procédure que les données informatiques en cause aient été stockées sur le territoire des États-Unis. C'est rappeler utilement aux magistrats et aux enquêteurs agissant sur leur délégation que, selon ce texte, la détermination de ce lieu de stockage est le préalable à la mise en œuvre des autres dispositions qu'il prévoit.

§ 4. Convention relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes

L'amélioration des conditions – de procédure mais également de fond – d'indemnisation des victimes est une idée des années 1980. Qu'il s'agisse 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 ou de la première loi sur l'indemnisation des victimes d'infractions (loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction), le lien avec l'ordre public réside dans le constat d'une insuffisance de la prise en compte de l'intérêt des victimes. Dès lors, seule une législation pouvait reconnaître cette insuffisance tout en cantonnant, ce faisant, les dérives de victimisation portées par le courant indemnitaire.

Avant que ces législations ne se développent au point de mettre en échec le fondement originel et de devenir des outils techniques, sans cesse perfectionnés, d'un courant indemnitaire qui s'éloigne du droit de la responsabilité sans pour autant relever d'une logique de sécurité sociale, des initiatives avaient été prises en droit supranational pour relayer ces bases minimales d'un droit de l'indemnisation des victimes digne de ce nom.

Dans l'ordre juridique international, par la résolution 40/34 du 29 novembre 1985, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté une Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir.

Dans l'ordre juridique communautaire, le 28 septembre 2001, la Commission des Communautés européennes a publié un Livre vert *Indemnisation des victimes de criminalité* pour ouvrir une consultation sur les mesures pouvant être adoptées au niveau européen pour améliorer l'indemnisation publique des victimes de criminalité dans l'Union européenne.

Mais ce sont les délibérations du Conseil de l'Europe, entreprises au début des années 1970, qui ont conduit à la signature, le 24 novembre 1983, de la Convention relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (dite Convention de Strasbourg), entrée en vigueur en France le 1^{er} juin 1990 (décret n° 90-447 du 29 mai 1990).

La Cour de cassation ne paraît pas avoir eu l'occasion de se prononcer directement sur le fondement de ce texte, qui n'est pas *a priori* doté de l'effet direct (article 1^{er}), ou simplement d'y faire référence. Mais celui-ci inspirant fortement le droit français, il est possible de confronter ses principaux principes avec la jurisprudence interne.

Dès le préambule, il est affirmé que, pour des raisons d'équité et de solidarité sociale, il est nécessaire de se préoccuper de la situation des personnes victimes d'infractions intentionnelles de violence qui ont subi des atteintes au corps ou à la santé ou des personnes qui étaient à la charge de victimes décédées à la suite de telles infractions.

Cette primauté du dommage corporel trouve écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Très tôt (en tout cas, après la grande réforme de la CIVI pour la loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le code de procédure pénale et le code des assurances et relative aux victimes d'infractions), la Cour de cassation a limité le champ des dommages réparables en application de l'article 706-3 du code de procédure pénale aux dommages corporels résultant de l'infraction afin de lever l'ambiguïté : la victime d'un dommage corporel n'est pas seulement la victime d'une infraction contre les personnes (catégorie qui a vocation à s'étendre tout autant que le livre II du code pénal : pour l'abus de faiblesse, voir 2^e Civ., 8 mars 2012, pourvoi n° 11-13.832, *Bull.* 2012, II, n° 43), c'est, au

sein de cette catégorie d'infractions, celle qui subit un dommage corporel. En d'autres termes, les dommages matériels consécutifs à une infraction contre les personnes ne sont pas pris en charge par la CIVI. La règle n'est que jurisprudentielle, mais elle est constante et ancienne (voir 2^e Civ., 18 juin 1997, pourvoi n° 95-11.192, *Bull.* 1997, II, n° 194 : « la réparation du préjudice matériel n'entre pas dans les prévisions » de l'article 706-3 du code de procédure pénale). La Cour de cassation avait déjà jugé que la victime qui a subi un préjudice corporel entrant dans le champ d'application de l'article 706-3 du code de procédure pénale ne peut se prévaloir de la réparation d'un dommage vestimentaire (2^e Civ., 22 avril 1992, pourvoi n° 91-21.306, *Bull.* 1992, II, n° 131). Dans le sillage de cette jurisprudence, elle juge également que la victime ne peut pas obtenir réparation des frais de justice qu'elle a exposés à l'occasion de la procédure devant la juridiction répressive contre l'auteur de l'infraction (2^e Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 06-21.394; 2^e Civ., 25 janvier 2007, pourvoi n° 05-19.699; 2^e Civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 05-14.139; 2^e Civ., 8 mars 2006, pourvoi n° 04-18.023, *Bull.* 2006, II, n° 69). En revanche, la perte de revenus d'une victime blessée est réparable; il importe en effet de ne pas confondre le dommage matériel consécutif à l'infraction avec les préjudices patrimoniaux engendrés par le dommage corporel (2^e Civ., 2 mars 1994, pourvoi n° 92-14.906, *Bull.* 1994, II, n° 82). Il serait intéressant d'envisager, par exemple à l'occasion d'un contentieux de santé publique tel que celui du Médiateur, le cas inverse : quelles seraient les possibilités d'indemnisation devant la CIVI de la victime souffrant d'un dommage corporel qui serait la conséquence d'une infraction contre les biens (tromperie, publicité mensongère, etc.)?

L'article 3 de la Convention prévoit que l'indemnité sera accordée par l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise aux ressortissants des États parties à la Convention et aux ressortissants de tous les États membres du Conseil de l'Europe qui résident en permanence dans l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise.

Cette règle a pour corollaire qu'en droit interne, la compétence *ratione personae* de la CIVI est étendue aux ressortissants de l'Union européenne et, sous certaines conditions, aux ressortissants non communautaires. Ces derniers doivent notamment être en séjour régulier en France soit au jour des faits, soit au jour de la demande formée devant la CIVI. Ces dispositions ont posé plusieurs séries de difficultés à la Cour de cassation.

La première concerne les victimes directes, dont la différence de traitement à raison de leur nationalité est acquise en jurisprudence, même si, *de lege ferenda*, la règle ne paraît pas avoir un avenir assuré. La Cour de cassation a refusé à trois reprises de considérer comme sérieuse une question prioritaire de constitutionnalité invoquant une violation du principe d'égalité devant la loi (2^e Civ., 29 juin 2011, QPC n° 11-40.034; 2^e Civ., 23 février 2012, QPC n° 11-40.099; 2^e Civ., 6 juin 2013, QPC n° 12-28.440).

La deuxième concerne les victimes par ricochet, dont l'autonomie justifie un traitement distinct de celui de la victime directe qui leur est tantôt favorable, tantôt défavorable. La Cour de cassation juge que le droit à indemnisation prévu à l'article 706-3 du code de procédure pénale est un droit personnel, chaque requérant devant satisfaire personnellement aux conditions de nationalité ou de présence régulière sur le territoire national. La condition de séjour régulier ou de nationalité s'apprécie donc au regard de la personne lésée : dans le cas d'une victime directe en situation irrégulière, et d'une victime par ricochet en situation régulière, il a été admis que la victime par ricochet peut obtenir réparation des préjudices réfléchis devant la CIVI, même si

la victime directe n'est pas recevable à demander réparation des siens, y compris par le biais de l'action successorale (2^e Civ., 2 mars 1994, pourvoi n° 92-12.462, *Bull.* 1994, II, n° 80 ; 2^e Civ., 21 juillet 1992, pourvoi n° 91-20.622, *Bull.* 1992, II, n° 224). L'hypothèse inverse (celle d'une victime par ricochet qui serait laissée sans indemnisation alors que la victime directe est décédée à Paris) n'a pas fait l'objet d'un arrêt mais la Cour de cassation, dans une décision de non-transmission de QPC, a refusé d'y voir une entrave substantielle à l'accès au juge ou une atteinte au principe d'indemnisation des conséquences d'une faute (2^e Civ., 11 juillet 2013, QPC n° 13-40.031).

Les autres dispositions de la Convention mettent en lumière que le droit français est plus ouvert que les minima légaux posés par le texte international.

L'article 4 de la Convention prévoit que le dédommagement couvrira au moins, selon le cas, la perte de revenus, les frais médicaux et d'hospitalisation, les frais funéraires, et, en ce qui concerne les personnes à charge, la perte d'aliments. La Cour de cassation, quant à elle, a toujours considéré qu'il convenait de raisonner, à l'égard de la CIVI, comme en droit commun (de la réparation, donc la réparation intégrale), ce qui explique notamment qu'en accident du travail, la victime d'une faute intentionnelle (article L. 452-3 du code de la sécurité sociale) ou d'un fait du tiers (article L. 454-1 du code de la sécurité sociale) soit recevable à saisir la CIVI d'une demande d'indemnisation de l'accident du travail-infraction pénale dès lors que, dans ces deux cas, le code de la sécurité sociale lui-même prévoit le retour au « droit commun » (2^e Civ., 29 avril 2004, pourvoi n° 02-13.050, *Bull.* 2004, II, n° 197 ; 2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.974, *Bull.* 2009, II, n° 25 ; 2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-15.739 ; 2^e Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 09-13.332, *Bull.* 2010, II, n° 24 ; 2^e Civ., 17 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.311 ; 2^e Civ., 18 mars 2010, pourvoi n° 09-14.394 ; 2^e Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-16.288).

L'article 8 de la Convention est relatif à des causes légales de diminution ou de suppression du droit à indemnisation, dupliquées en droit interne, que la Cour de cassation a interprétées de manière stricte : la Convention prévoit que le dédommagement peut être réduit ou supprimé en raison du comportement de la victime ou du requérant avant, pendant ou après l'infraction, alors que la Cour de cassation exige un lien de causalité qui exclut les comportements postérieurs aux faits (2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.975, *Bull.* 2009, II, n° 147 : « la faute de la victime susceptible de limiter ou d'exclure le droit à indemnisation qu'elle tient de [l'article 706-3 du code de procédure pénale] n'a pas à être concomitante de la commission de l'infraction dès lors qu'elle a contribué à causer le préjudice »). De même, alors que la Convention prévoit que le dédommagement peut être réduit ou supprimé si la victime est impliquée dans la criminalité organisée, la Cour de cassation exige que, loin de se borner à relever la seule participation de la victime à un milieu criminel, les juges du fond caractérisent un fait précis imputable à faute (2^e Civ., 12 mai 2010, pourvoi n° 09-11.360).

Enfin, si, en application de l'article 10 de la Convention, la loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le code de procédure pénale et le code des assurances et relative aux victimes d'infractions a substitué en France à « l'État ou l'autorité compétente » le Fonds d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) pour l'exercice du recours subrogatoire, la jurisprudence a considérablement élargi les possibilités de recours subrogatoires, tout en maintenant le caractère non

contradictoire de la procédure suivie devant la CIVI auquel les victimes sont attachées (2^e Civ., 3 novembre 2011, pourvoi n° 10-17.358, *Bull.* 2011, II, n° 202).

TITRE 3 – SOURCES INTERNES

Si la Constitution occupe une place privilégiée dans la hiérarchie des normes en droit français, en termes de primauté sur les autres sources internes (chapitre 1), seuls certains principes sont d'application immédiate par la Cour de cassation, comme l'article 55 de la Constitution (chapitre 2). La question prioritaire de constitutionnalité renforce l'importance de la Constitution mais n'en fait pas pour autant une source unique de l'ordre public. Enfin l'énoncé par la Cour de cassation des « principes essentiels du droit français » (chapitre 3) illustre l'autonomie normative de la Cour en matière de définition de l'ordre public français.

Chapitre 1 – Sources constitutionnelles

La primauté de la Constitution est rappelée régulièrement par la Cour de cassation (section 1). Elle se traduit en particulier par la suprématie des traités résultant de l'article 55 de la Constitution (section 2). Elle est illustrée également par le principe d'ordre public de la séparation des autorités administratives et judiciaires (section 3). La QPC est l'occasion de manifester d'autres règles d'ordre public (section 4). Ces sources constitutionnelles trouvent une illustration spécifique en droit social (section 5).

Section 1 – La primauté de la Constitution

« La suprématie de la Constitution dans l'ordre interne est inhérente à la notion même de Constitution, définie comme la charte fondamentale d'un État » (B. Genevoix, « Le Conseil d'État et l'application de la Constitution », in *L'Application de la Constitution par les cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation* », sous la direction de G. Drago, Dalloz, collection thèmes et commentaires, 2007, p. 42). On ne saurait mieux exprimer l'importance de la Constitution parmi les normes dont le juge doit assurer l'application aux cas concrets qui lui sont soumis.

Cette suprématie s'est traduite, pour la Cour de cassation, de deux façons (voir, sur ce point, R. de Gouttes, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : aspects généraux et perspectives de droit civil », in *Ibid.*, p. 56) :

- l'absence de contrôle juridictionnel de la Cour de cassation sur toute norme de valeur constitutionnelle (Ass. plén., 2 juin 2000, pourvoi n° 99-60.274, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 4) ;
- l'absence d'appréciation de la Cour de cassation sur la constitutionnalité des lois, concrétisée traditionnellement par le principe selon lequel « les juridictions [judiciaires] n'ont pas le pouvoir d'écarter l'application d'un texte législatif pour non-conformité à

la Constitution» (voir notamment, pour l'énoncé de ce principe, 1^{re} Civ., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-10.576), ni, plus généralement, de «contrôler la conformité [d'une loi] à la Constitution» (Soc., 17 décembre 1996, pourvoi n° 92-44.203).

Sur la question de la constitutionnalité des lois, la première proposition demeure incontestablement exacte : quelle que soit sa conviction, tirée notamment des décisions antérieures du Conseil constitutionnel sur des problèmes similaires, le juge judiciaire ne peut refuser d'appliquer une loi en la disant non conforme à la Constitution.

En revanche, l'introduction en droit français de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et le rôle de «filtre» dévolu à la Cour de cassation, qui doit apprécier si la question «présente un caractère sérieux», impliquent qu'un examen au fond soit réalisé par la Cour sur la disposition législative contestée, de sorte que c'est seulement s'il existe un doute raisonnable quant à la conformité de cette disposition à la Constitution qu'il y aura lieu de saisir le Conseil constitutionnel pour faire trancher la difficulté.

Comme l'a relevé la doctrine (V. Bernaud, «L'application de la Constitution par le juge judiciaire... en droit social, 2000-2011 : analyse de l'évolution des arrêts de la chambre sociale rendus sur le fondement des alinéas 6, 7 et 8 du Préambule de 1946», in *Le Juge judiciaire et la Constitution*, sous la direction de A. Martinon et F. Petit, Dalloz, collection thèmes et commentaires, 2012, p. 113), la Cour, lorsqu'elle dénie à une QPC tout caractère sérieux, opère parfois un véritable jugement de constitutionnalité, avec des formulations qui pourraient se trouver dans des décisions du Conseil constitutionnel ou qui en sont du moins inspirées (voir, par exemple, Soc., 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 148 : «S'agissant des articles L. 3132-12 et L. 3132-20, du code du travail, [...] la question [...] ne présente pas un caractère sérieux en ce que ces dispositions[,] dont l'objet est d'encadrer les dérogations au repos dominical, répondent à l'objectif de prévisibilité de la loi et ne méconnaissent pas la liberté d'entreprendre ni le principe d'égalité»; Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 12-40.052, *Bull.* 2012, V, n° 228, énonçant, à propos de l'article L. 1237-5 du code du travail : «le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente la mise à la retraite des salariés, selon que la relation de travail est ou non régie par une convention ou un accord collectif étendu, conclu avant le 1^{er} janvier 2008[,] autorisant, sous certaines conditions, la mise à la retraite avant l'âge de 65 ans, ces situations n'étant pas identiques, et [...] il apparaît que la différence de traitement instituée par le législateur qui ouvre à la négociation collective de branche, à titre temporaire et sous certaines conditions, la faculté d'aménager le régime de la mise à la retraite, est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit»).

Ces analyses constitutionnelles s'inscrivent dans la continuité des nombreux arrêts de la chambre sociale appliquant très régulièrement les normes issues de la Constitution et des autres composantes du bloc de constitutionnalité (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et préambule de 1946).

Certains arrêts rappellent ainsi le principe, inscrit à l'article 55 de la Constitution, de la primauté des traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-45.242, *Bull.* 2010, V, n° 297 ; Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-40.028 ; Soc., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-16.891).

D'autres, fondés sur le principe de la séparation des pouvoirs et les articles 34 et 37 de la Constitution, invitent les parties à saisir la juridiction administrative de questions relevant de sa compétence (Soc., 27 février 2003, pourvoi n° 01-21.123 ; Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 04-46.365, *Bull.* 2006, V, n° 92 ; Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 07-40.370).

Section 2 – La suprématie des traités tirée de l'article 55 de la Constitution

Par un arrêt rendu le 2 mai 1972 (Com., 2 mai 1972, pourvoi n° 68-12.561, *Bull.* 1972, IV, n° 124), la chambre commerciale, financière et économique s'est attachée à contrôler la régularité des effets de conventions bilatérales conclues par la France avec le Mali et le Sénégal dans le domaine fiscal. Elle a ainsi rappelé que, en vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, les conventions internationales conclues par la France ne peuvent être appliquées par les tribunaux que si elles ont été régulièrement publiées. En l'espèce, elle a cassé l'arrêt qui lui était déféré et qui avait déclaré irrecevable l'opposition à une contrainte décernée par le Trésor français pour le recouvrement d'impôts dus au Sénégal, motif pris de ce que le redevable avait eu recours à la procédure contentieuse prévue à l'article 1846 du code général des impôts sans avoir satisfait à l'obligation préalable de l'envoi d'un mémoire au trésorier-payeur général, alors que les conventions franco-maliennes et franco-sénégalaises prévoyant le recouvrement des sommes dues au Trésor de chacun des cocontractants, et notamment l'application des règles nationales de procédure de recouvrement, n'avaient pas été publiées en France. On voit ici qu'elle s'est livrée à un contrôle de la régularité formelle.

Par d'autres décisions, elle s'est prononcée sur le plein effet des conventions internationales, notamment des textes relatifs aux Communautés européennes.

Ainsi a-t-elle d'abord jugé que le pourvoi dirigé contre un arrêt ayant renvoyé à la Cour de justice des Communautés européennes, en vertu de l'article 177 du Traité instituant cette Communauté, l'appréciation de la conformité au Traité des textes de droit interne, était irrecevable (Com., 8 novembre 1988, pourvoi n° 87-14.972, *Bull.* 1988, IV, n° 292 ; Com., 30 juin 1992, pourvoi n° 90-15.676, *Bull.* 1992, IV, n° 253), puis (Com., 22 octobre 1992, pourvoi n° 01-01.960, *Bull.* 1992, IV, n° 147) qu'en application des arrêts du 16 juillet 1992 (*Administration des douanes et droits indirects/Legros e.a.*, C-163/90), du 9 août 1994 (*Lancry e.a./Direction générale des douanes e.a.*, C-363/93) et du 7 novembre 1996 (*Cadi Surgelés e.a.*, C-126/94) de la Cour de justice des Communautés européennes, et en raison de ce que les arrêts de cette Cour s'imposent à la juridiction nationale sans que puisse lui être opposé un principe général du droit tel que le principe de la confiance légitime, sont irrecevables des demandes en répétition de l'indu formées postérieurement au 16 juillet 1992 lorsqu'elles visent à obtenir la restitution de montants perçus avant cette même date, au titre de l'octroi de mer et du droit additionnel, sur des marchandises en provenance de la France métropolitaine, d'un autre État membre de la Communauté ou d'un pays tiers non lié à la Communauté par un accord particulier.

En 1998 (Com., 20 octobre 1998, pourvoi n° 96-19.277, *Bull.* 1998, IV, n° 253), la même chambre, toujours au visa de l'article 55 de la Constitution, dans un litige relatif à de la concurrence déloyale opposant des vendeurs d'automobiles, a retenu, après avoir rappelé en principe « qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des

Communautés européennes (Simmenthal, 9 mars 1978) que serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires [...] [q]u'en application des principes communautaires susvisés, le premier président était compétent pour statuer sur la demande à lui présentée de sursis provisoire aux poursuites, dès lors que la décision du juge de l'exécution, en rejetant la demande de délais présentée par [l'une des sociétés concernées], avait ordonné leur continuation». En rejetant cette demande de sursis, « le premier président a ainsi violé le principe susvisé ».

Au même visa de l'article 55, un arrêt du 5 octobre 1999 (Com., 5 octobre 1999, pourvoi n° 97-13.122, *Bull.* 1999, IV, n° 160) s'est appliqué à donner effet, en matière de procédure fiscale, à un traité franco-panaméen, la chambre énonçant alors qu'en « application de l'article 55 de la Constitution, les dispositions de l'article 7 du Traité d'établissement franco-panaméen du 10 juillet 1953 constituent une règle supérieure de droit [au sens de l'article L. 190, alinéas 2 et 3, du livre des procédures fiscales] », de sorte que la demande introduite par une société panaméenne de restitution de la taxe sur les immeubles instituée à l'article 990 D du code général des impôts, incompatible avec cette Convention, pouvait porter sur les quatre années précédant l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 16 décembre 1991 aux termes duquel l'article 7 du Traité d'établissement franco-panaméen, régulièrement publié en vertu du décret n° 58-438 du 12 avril 1958, publié au *Journal officiel* du 23 avril 1958, fait obstacle à une taxation discriminatoire, lequel arrêt constitue la décision révélant la non-conformité au sens de l'article L. 190, alinéa 3, du livre des procédures fiscales.

Dans cette même lignée, par arrêt du 8 juillet 2003 (Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-21.591, *Bull.* 2003, IV, n° 121), la chambre commerciale a considéré que viole les articles 1^{er}, 14 et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 1^{er} et 5 de son Protocole additionnel, ensemble l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable la demande en justice d'une société retient que celle-ci ne peut ester en justice, faute de satisfaire aux exigences de la loi du 30 mai 1857, qui subordonnent le droit d'agir des sociétés de capitaux étrangères à une autorisation délivrée par décret, alors que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, a droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.

Et récemment (Com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 12-18.504, *Bull.* 2013, IV, n° 116), ayant à se prononcer dans le domaine de la limitation de responsabilité (en réalité d'indemnisation) des propriétaires de navire et assimilés, institution fondamentale du droit maritime, régie par des textes d'origine internationale, essentiellement, et en l'espèce, la Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, la chambre commerciale, qui devait examiner l'articulation des textes internationaux avec les textes de droit interne relatifs au statut des navires et autres bâtiments de mer figurant dans le décret n° 67-967 du 27 octobre 1967 relatif au statut des navires et autres bâtiments de mer en tenant

compte de la hiérarchie des normes juridiques qui fait prévaloir les traités internationaux en vertu de l'article 55 de la Constitution, a affirmé « que, loin de refuser d'appliquer l'article 11.1 de la Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, la cour d'appel en a fait l'exacte interprétation, en énonçant que le fonds de limitation peut être constitué préventivement à l'initiative de toute personne, tel le transporteur maritime, dont la responsabilité peut être mise en cause, sans qu'il soit exigé que celle-ci ait été recherchée au préalable par une action en justice engagée à cette fin ». Ce faisant, la chambre répondait à un moyen qui faisait valoir « que les dispositions d'un traité international priment celles de droit interne lorsque l'une et l'autre ont le même objet; que l'article 11 de la Convention de Londres du 19 novembre 1976, qui désigne comme compétent le juge de l'État dans lequel une action est engagée pour des créances soumises à limitation, et l'article 59 du décret n° 67-967 du 27 octobre 1967, en tant qu'il désigne le juge du port d'attache du navire, ou le juge du port français où l'accident s'est produit ou du premier port français atteint après l'accident, ou encore le juge du lieu de la première saisie ou de la première sûreté, ont l'un et l'autre le même objet, à savoir identifier le juge compétent pour constituer ou constater l'existence du fonds de limitation; qu'en écartant l'application de l'article 11 de la Convention au profit de l'article 59 du décret, les juges du fond ont violé l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, ensemble l'article 11 de la Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes ».

La Cour de cassation a eu quelquefois à trancher, en dernier lieu la deuxième chambre civile dans une affaire de sécurité sociale, la question de la détermination de la juridiction compétente pour connaître de la compatibilité d'un acte administratif réglementaire avec les règles internationales et européennes.

Deux positions s'affrontent classiquement pour répondre à cette question. La première, qui prend pour point de départ la disposition contestée, tend à assimiler la compatibilité d'un acte administratif réglementaire avec les traités et accords internationaux à la légalité de l'acte administratif (ce qui désigne la juridiction administrative, et oblige le juge judiciaire à réputer la question préjudicielle). La seconde, qui prend pour critère la disposition hiérarchiquement supérieure, tend à la distinction de la légalité de l'acte administratif et de sa compatibilité avec les règles internationales et européennes (ce qui conduit à reconnaître au juge civil le pouvoir d'écarter, le cas échéant, l'application de l'acte administratif réglementaire qu'il juge incompatible avec une règle internationale ou européenne).

La seconde manière de considérer le problème est incontestablement imprégnée de la jurisprudence *Société Cafés Jacques Vabre* (Ch. mixte, 24 mai 1975, pourvoi n° 73-13.556, *Bull.* 1975, Ch. mixte, n° 4), rendue dans l'hypothèse de la non-conformité d'une loi à un traité international (au sens large). De même que le Conseil constitutionnel avait relevé, dans son célèbre arrê du 15 janvier 1975 (Cons. const., 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse) « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution », de même pourrait-on dire qu'un acte administratif réglementaire qui serait conforme à la loi ne serait pas forcément conforme au droit international.

Si la jurisprudence considère que le juge judiciaire est compétent pour connaître de l'exception, au point qu'il s'agit parfois d'une solution implicite (Ass. plén.,

22 décembre 2000, pourvoi n° 98-19.376, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 12), la solution est parfois fondée sur la primauté du droit communautaire, à l'évidence pour le distinguer du droit international classique, mais aussi pour motiver, au cas d'espèce, l'inutilité qu'il y avait à envisager un renvoi préjudiciel communautaire (Com., 6 mai 1996, pourvoi n° 94-13.347, *Bull.* 1996, IV, n° 125).

La deuxième chambre civile s'est également prononcée en faveur de la compétence du juge judiciaire (2^e Civ., 20 décembre 2007, pourvoi n° 06-20.563, *Bull.* 2007, II, n° 273), à la suite d'un arrêt de la première chambre civile, particulièrement explicite, puisqu'il reprochait à la cour d'appel d'avoir « confondu exception de légalité et exception de conventionnalité » (1^{re} Civ., 3 avril 2001, pourvoi n° 00-05.026, *Bull.* 2001, I, n° 97).

Section 3 – Principe d'ordre public de la séparation des autorités administratives et judiciaires

Aux termes de l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Cette interdiction a été réaffirmée par le décret du 16 fructidor an III, selon lequel « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, tel qu'il résulte de ces textes, ne peut s'analyser comme une simple application du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, édicté par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (voir, notamment, sur cette question, G. Vedel, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFD adm.* 1990, p. 698, n° 9). En effet, d'un point de vue historique, il n'est pas sûr que le législateur de 1790 ait considéré le principe de séparation des pouvoirs, qui est au fondement même de la Révolution, comme la source du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, qui, lui, avait déjà été consacré sous l'Ancien Régime, et consistait alors essentiellement à prohiber les immixtions des juges dans l'action de l'Administration. Surtout, sur le plan théorique, le principe de séparation des pouvoirs peut parfaitement coexister avec un système politique comprenant un ordre juridictionnel unique, comme c'est le cas dans de nombreux pays démocratiques.

Ces considérations expliquent sans doute que le Conseil constitutionnel ait affirmé que « les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle » (Cons. const., 23 janvier 1987, décision n° 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, considérant n° 15). S'il a ainsi refusé de reconnaître, de manière générale, valeur constitutionnelle au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, il a cependant, dans cette même décision et se référant à « la conception française de la séparation des pouvoirs », érigé en principe fondamental reconnu par les lois de la République le principe « selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative ».

l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle» (même considérant).

Ainsi, le Conseil constitutionnel, qui avait précédemment donné valeur constitutionnelle à l'indépendance de la juridiction administrative (Cons. const., 22 juillet 1980, décision n° 80-119 DC, Loi portant validation d'actes administratifs), a parachevé son œuvre en conférant un statut constitutionnel à la compétence de la juridiction administrative pour annuler ou réformer une décision administrative et, donc, à son « existence même » (R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 967).

Le Tribunal des conflits est, par la suite, venu compléter cet édifice et a élargi le domaine de compétence constitutionnellement réservé au juge administratif, en décidant que « le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, qui permet de priver les décisions de celle-ci de leur caractère exécutoire, est [...] de même nature que celui consistant à annuler ou à réformer les décisions prises par elle dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique » (Tribunal des conflits, 12 mai 1997, n° 03056, publié au *Recueil Lebon*).

La Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution de l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, a eu récemment l'occasion de rappeler ces principes. Elle a en effet refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question posée aux motifs « que, eu égard à la valeur constitutionnelle de la compétence et de l'indépendance de la juridiction administrative, le fait qu'un agent public auquel est imputé un fait dommageable commis dans l'exercice de ses fonctions doive, en principe, être attiré devant elle pour en répondre à l'égard de la victime ne porte aucunement atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi, en particulier devant la justice, l'accès aux juridictions des deux ordres et les garanties offertes au justiciable étant équivalents, cette obligation fût-elle rappelée par un déclinatoire du préfet, au demeurant pris non dans l'intérêt de l'agent public concerné mais pour assurer le respect du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, indépendamment des initiatives ouvertes au juge, d'office, et aux parties; que, partant, il n'est pas davantage porté atteinte au principe selon lequel la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (1^{re} Civ., 8 mars 2012, QPC n° 11-24.638, *Bull.* 2012, I, n° 48).

La portée de ce principe fondamental reconnu par les lois de la République doit cependant être nuancée :

- d'abord, les « matières réservées par nature à l'autorité judiciaire », expressément visées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 précitée, sont exclues du domaine constitutionnellement réservé à la compétence administrative. Il s'agit, notamment, du contentieux qui revient à l'autorité judiciaire en tant que « gardienne de la liberté individuelle » (article 66 de la Constitution);
- ensuite, le Conseil constitutionnel, dans cette même décision, a reconnu au législateur la possibilité « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé » (considérant n° 16) et, ainsi, de créer des « blocs de compétence »

dérogeant aux règles constitutionnelles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Il a, peu de temps après, néanmoins précisé que cette possibilité n'était ouverte que si une nécessité objective la justifiait et s'est de surcroît réservé le contrôle du bon usage de cette faculté de dérogation (Cons. const., 28 juillet 1989, décision n° 89-261 DC, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France);

– enfin, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, pris dans son ensemble, a seulement valeur législative, de sorte que le législateur qui, en vertu de l'article 34 de la Constitution, détermine la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, peut y déroger – ce qu'il a d'ailleurs fait à de nombreuses reprises –, sous réserve toutefois de ne pas porter atteinte à la compétence administrative constitutionnellement garantie.

C'est de ce principe législatif que procède la règle, affirmée pour la première fois par le Tribunal des conflits dans un arrêt du 16 juin 1923 (Tribunal des conflits, 16 juin 1923, n° 00732, publié au *Recueil Lebon*), selon laquelle le juge judiciaire doit renvoyer au juge administratif les questions portant sur la légalité des actes administratifs ou l'interprétation des actes administratifs individuels qui se posent à l'occasion de litiges dont il est compétemment saisi au principal.

Cette règle est d'ordre public.

Elle connaît cependant plusieurs limites, procédurales d'une part, substantielles d'autre part.

Sur le plan procédural, il a été jugé qu'« en vertu de l'article 74 du code de procédure civile, l'exception tirée de l'existence d'une question préjudicielle, qui tend à suspendre le cours de la procédure jusqu'à la décision de la juridiction administrative, doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public » (2^e Civ., 18 décembre 2008, pourvoi n° 08-11.438, *Bull.* 2008, II, n° 277 ; voir aussi 1^{re} Civ., 16 octobre 1985, pourvoi n° 84-12.323, *Bull.* 1985, I, n° 264). Il s'ensuit, notamment, que le moyen qui soulève pour la première fois devant la Cour de cassation une question préjudicielle est irrecevable (1^{re} Civ., 24 mars 1998, pourvoi n° 96-12.593 ; 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 05-10.086, *Bull.* 2006, II, n° 217 ; 1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-15.499).

D'un point de vue substantiel, il est d'abord fait exception à la règle au profit du juge répressif, qui bénéficie d'une plénitude de juridiction reconnue d'abord par la jurisprudence (Tribunal des conflits, 5 juillet 1951, n° 01187, publié au *Recueil Lebon*) avant d'être consacrée par le législateur (article 111-5 du code pénal : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis »).

Le juge civil, quant à lui, n'est soumis à l'obligation de renvoyer, par voie de question préjudicielle, au juge administratif le soin de statuer sur la légalité d'un acte administratif ou de se prononcer sur l'interprétation d'un acte administratif individuel que si une telle appréciation est nécessaire à la solution du litige et se heurte à une difficulté sérieuse (1^{re} Civ., 23 janvier 2007, pourvoi n° 05-19.449, *Bull.* 2007, I, n° 39 ; 1^{re} Civ., 17 février 2010, pourvoi n° 08-10.508 ; 1^{re} Civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-16.445).

En outre, le Tribunal des conflits a récemment apporté une nouvelle atténuation, d'importance considérable, à la règle posée par la jurisprudence issue de l'arrêt du 16 juin 1923 précité et fondée sur le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. En effet, après avoir réaffirmé la compétence du juge administratif pour statuer sur toute contestation de la légalité des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, il a décidé, en se référant à l'exigence de bonne administration de la justice et aux principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, que « si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal » (Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, SCEA du Chéneau, n° 11-03.828, *Bull.* 2011, T. conflits, n° 24; Tribunal des conflits, 12 décembre 2011, Société Green Yellow, n° 11-03.841, *Bull.* 2011, T. conflits, n° 38). Ainsi, le juge judiciaire non répressif peut lui-même trancher la contestation et écarter la validité de l'acte administratif litigieux, en considération d'une jurisprudence établie permettant de statuer en ce sens.

Ces décisions ont rapidement reçu un écho jurisprudentiel de la part tant du Conseil d'État (CE, 23 mars 2012, Fédération Sud Santé Sociaux, n° 331805, publié au *Recueil Lebon*) que de la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu le 24 avril 2013, la première chambre civile, pour rejeter le grief de méconnaissance du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires formulé par le pourvoi, a en effet énoncé que « lorsqu'il est saisi d'une demande de question préjudicielle sur le sens et la légalité des clauses d'un contrat d'affermage des droits de places perçus dans les halles et marchés communaux, le juge judiciaire, seul compétent, en vertu de l'article 136 du décret du 17 mai 1809, pour statuer sur les contestations nées à l'occasion de l'exécution de ce contrat administratif, a la faculté de constater, conformément à une jurisprudence établie du juge administratif, qu'en égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat, de sorte que l'appréciation de la légalité de cet acte par le juge administratif n'est pas nécessaire à la solution du litige » (1^{re} Civ., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-18.180, *Bull.* 2013, I, n° 89).

Le mécanisme de la question préjudicielle et, partant, le principe d'ordre public de séparation des autorités administratives et judiciaires, se trouvent ainsi profondément remaniés.

Section 4 – Ordre public invoqué à l'occasion de questions prioritaires de constitutionnalité

§ 1. Devant la chambre criminelle

La chambre criminelle, dans les analyses qu'elle opère à l'occasion de l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité, s'est fondée, en tout ou en partie, à plusieurs reprises, sur la notion juridique d'ordre public.

Elle a eu ainsi à apprécier le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 126-1 du code de la construction et de l'habitation, qui permet aux propriétaires ou exploitants d'immeubles à usage d'habitation ou à leurs représentants d'accorder à la police et à la gendarmerie nationales ainsi qu'à la police municipale une autorisation permanente, mais qui peut être révoquée à tout moment, de pénétrer dans les parties communes de ces immeubles. Le demandeur estimait que ce texte portait atteinte à la vie privée. La chambre n'a pas transmis la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, en considérant que cette atteinte était proportionnée et justifiée par la nécessité de sauvegarder l'ordre public (Crim., 20 février 2013, QPC n° 12-85.116).

Elle a eu aussi à statuer en matière de liberté d'expression. Elle a jugé que n'étaient à l'évidence pas sérieuses des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à deux textes, prévus respectivement par l'alinéa 8 et par l'alinéa 9 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, le premier réprimant la provocation à la discrimination raciale, le second la provocation à la haine ou à la violence en raison de l'orientation sexuelle. Dans les deux cas, elle a jugé que l'incrimination critiquée apparaissait nécessaire, adaptée et proportionnée à divers objectifs, dont celui de la défense de l'ordre public (Crim., 16 avril 2013, QPC n° 13-90.008 ; Crim., 16 avril 2013, QPC n° 13-90.010) :

La chambre criminelle s'est, par ces décisions, inscrite dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a notamment considéré, par sa décision n° 2003-467 DC en date du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure, que l'infraction d'outrage public à l'hymne national ou au drapeau tricolore, réprimée par l'article 433-5-1 du code pénal, assurait la conciliation entre la liberté d'expression et l'exigence constitutionnelle d'ordre public.

De même, la chambre criminelle, à l'occasion de différentes questions portant directement ou indirectement sur l'encadrement de la fabrication, la circulation et la consommation de boissons alcooliques ou sur la détention de tabacs manufacturés, a justifié l'encadrement de ces activités au regard des enjeux de sécurité publique et de protection de la santé publique et aussi au regard des enjeux d'ordre public (Crim., 7 septembre 2011, QPC n° 11-90.076 ; Crim., 19 juin 2013, QPC n° 12-88.092 ; Crim., 26 janvier 2011, QPC n° 10-85.341).

Elle a aussi eu recours explicitement à la notion juridique d'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public.

C'est ainsi qu'elle a jugé non sérieuse une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le délit d'installation d'un établissement de vente ou de mise à disposition du public d'objets à caractère pornographique, en estimant que ce texte, adopté dans un but de protection renforcée de l'enfance, était fondé sur un motif d'intérêt général répondant notamment à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public (Crim., 22 janvier 2013, QPC n° 12-90.065, *Bull. crim.* 2013, n° 23).

Ce juste équilibre entre la liberté d'entreprendre et l'objectif de sauvegarde de l'ordre public a encore été admis par la chambre criminelle à l'occasion de questions prioritaires de constitutionnalité portant respectivement sur la loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux et sur la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries (Crim., 9 février 2011, QPC

n° 10-85.572 ; Crim., 9 mars 2011, QPC n° 10-87.542 ; Crim., 12 septembre 2012, QPC n° 12-90.048). La Cour a, pour mettre en évidence le caractère non sérieux de ces questions, suivi un raisonnement de même nature que celui auquel a eu recours le Conseil constitutionnel dans une décision sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 2 de la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard (dans sa rédaction antérieure au 13 mai 2010), à l'occasion de laquelle il a jugé qu'au regard des objectifs qu'il s'est assignés, le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public (Cons. const., décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, M. Rachid M. e.a. [Prohibition des machines à sous]). (Sur la question de la QPC, voir N. Maziau, « Nouveaux développements dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité : le filtre au service des évolutions jurisprudentielles de la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 2811 ; N. Maziau, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *D.* 2011, p. 529.)

§ 2. Devant les chambres civiles

Ce qu'il est convenu d'appeler le « compromis historique » de l'indemnisation des accidents du travail repose sur trois principes indemnitaires : un plafonnement de l'indemnisation de l'accident du travail simple, en contrepartie du caractère systématique de cette indemnisation, et l'interdiction d'ordre public de toute indemnisation complémentaire (article L. 451-1 du code de la sécurité sociale), une amélioration de l'indemnisation en cas de faute inexcusable de l'employeur (article L. 452-3 du code de la sécurité sociale), et un retour au droit commun de la réparation intégrale en cas de faute intentionnelle commise par l'employeur ou un copréposé (article L. 452-5 du code de la sécurité sociale), ou de fait du tiers (article L. 454-1 du code de la sécurité sociale, auquel on peut ajouter l'article L. 455-1-1 du code de la sécurité sociale).

Dans la question prioritaire de constitutionnalité (Cass., 7 mai 2010, QPC n° 09-87.288) renvoyée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation, la victime estimait devoir bénéficier de la réparation intégrale, dès lors que l'employeur avait commis une faute inexcusable et que, faute de le prévoir, les dispositions contestées étaient contraires à la Constitution. Cette genèse du contentieux explique que le Conseil constitutionnel ait construit sa décision du 18 juin 2010 (n° 2010-8 QPC, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur]), à laquelle il faut ajouter celle du 6 mai 2011 (décision n° 2011-127 QPC, Consorts C. [Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins]) en recherchant les voies, sinon de la réparation intégrale, au moins d'une amélioration de l'indemnisation, en examinant tour à tour la rente accident du travail/maladie professionnelle (AT/MP) et l'indemnisation complémentaire prévue à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale.

Aux termes du considérant n° 17, le plafonnement de la rente AT/MP est validé sans réserve d'interprétation, en considération de la logique du compromis historique de 1898, ce qui écarte d'emblée toute possibilité de réparation intégrale des conséquences de la faute inexcusable et maintient une pertinence à la distinction entre celle-ci et la faute intentionnelle.

Aux termes du considérant n° 18, l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale est validé sous réserve qu'il permette la réparation intégrale des préjudices autres que

ceux réparés par la rente et qui ne sont pas «couverts» par le livre IV du code de la sécurité sociale.

Les points tranchés par cette décision, et qui s'imposent à la Cour de cassation en vertu de l'article 62 de la Constitution, laissent donc en débat plusieurs questions et incertitudes. Il appartenait à la Cour de cassation de se prononcer pour tirer les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel, tout en se conformant à la réserve d'interprétation.

Il s'agissait notamment de savoir si les préjudices non énumérés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, et rendus désormais indemnissables par la décision du Conseil constitutionnel, bénéficiaient de l'avance de la caisse de sécurité sociale ou devaient être traités comme dommages-intérêts de droit commun. Le commentaire de la décision aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* avait exclu l'avance mais la décision elle-même était muette sur ce point.

Il s'agissait par ailleurs de savoir ce qu'on devait entendre par préjudices «non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale», l'expression pouvant être minimaliste (est couvert ce qui est déjà pris en charge, en tout ou en partie, par une prestation du livre IV) ou plus ambitieuse (n'est pas «couvert» ce qui n'est pas intégralement indemnisé, ce qui autorise un complément d'indemnisation et affranchit la faute inexcusable de l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale).

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a rapidement admis que la liste des préjudices réparables de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale n'était plus limitative (2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-19.475, *Bull.* 2011, II, n° 148). Pour autant, la réparation intégrale des préjudices non indemnisés par la rente AT/MP, eux-mêmes intégralement réparés, permettait-elle l'application du droit commun de la «nomenclature Dintilhac» devant le tribunal des affaires de sécurité sociale?

Avant que la décision du Conseil constitutionnel intervienne, la deuxième chambre civile l'avait exclu, en assumant deux définitions du préjudice d'agrément, typologique, en droit commun – la privation d'une activité spécifique de sport ou de loisir –, et extensive, en droit de la sécurité sociale – tenant aux troubles dans les conditions d'existence (2^e Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-11.634, *Bull.* 2010, II, n° 77).

Mais l'application de la «nomenclature Dintilhac» pour l'indemnisation des préjudices relevant de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ne pouvait être décidée sans que soit tranchée la question préalable de l'étendue de l'avance de la caisse, prévue au dernier alinéa de l'article, qui pouvait concerner soit les seuls préjudices énumérés par le texte, soit la totalité de ceux rendus désormais réparables par le texte tel qu'interprété à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel (2^e Civ., 16 décembre 2011, pourvoi n° 10-15.947).

La généralisation de l'avance de la caisse ayant été décidée par une série d'arrêtés du 4 avril 2012 (voir notamment 2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-14.311, *Bull.* 2012, II, n° 67), la deuxième chambre civile, qui avait déjà admis l'indemnisation séparée du préjudice sexuel (2^e Civ., 28 juin 2012, pourvoi n° 11-16.120, *Bull.* 2012, II, n° 127, rompant avec 2^e Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-14.047, *Bull.* 2010, II, n° 78), a pu admettre celle d'un préjudice d'agrément défini comme en droit commun (2^e Civ., 28 février 2013, pourvoi n° 11-21.015, *Bull.* 2013, II, n° 48, rendu en formation plénière de la deuxième chambre civile).

La deuxième chambre civile poursuit depuis lors l'examen des préjudices « non couverts » par le livre IV du code de la sécurité sociale : à la suite de la décision ayant exclu le caractère limitatif de la liste des préjudices donnée par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale qui concernait les frais de véhicule adapté (2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-19.475, *Bull.* 2011, II, n° 148), de ceux des arrêts du 4 avril 2012 concernant le déficit fonctionnel temporaire (2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-14.311, *Bull.* 2012, II, n° 67, confirmé par 2^e Civ., 20 juin 2013, pourvoi n° 12-21.548) et le préjudice sexuel (2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-14.311 préc.), elle s'interroge encore sur la possibilité de réparer intégralement la tierce personne temporaire.

Ne sont en revanche pas indemnisables les préjudices d'ores et déjà pris en charge, en tout ou en partie, par une prestation du livre IV du code de la sécurité sociale, à savoir les frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques et accessoires, les frais de transport et d'une façon générale, les frais nécessités par le traitement, la réadaptation fonctionnelle, la rééducation professionnelle et le reclassement de la victime (2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-18.014, *Bull.* 2012, II, n° 67), les frais funéraires (2^e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-14.771), et le déficit fonctionnel permanent, que la Cour de cassation (Crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-86.485, *Bull. crim.* 2009, n° 96; 2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-16.089, *Bull.* 2009, II, n° 154; 2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-15.393, *Bull.* 2012, II, n° 67), contrairement au Conseil d'État (CE, 5 mars 2008, n° 272447, publié au *Recueil Lebon*, confirmé par CE, avis du 8 mars 2013, n° 361273, publié au *Recueil Lebon*), répute indemnisé par la rente AT/MP.

Si la généralisation de l'avance de la caisse, décidée par la Cour de cassation dans le silence de la décision du Conseil constitutionnel, a été saluée comme une avancée pour les victimes, les arrêts du 4 avril 2012 précités ont en revanche été jugés décevants sur l'interprétation de la notion de préjudices « non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale », ceux précisement nouvellement rendus réparables. Mais en l'état de la décision du Conseil constitutionnel sur le plafonnement de la rente et de la logique de la législation AT/MP d'ordre public, qui interdit tout complément d'indemnisation, la solution alternative pouvait difficilement être retenue.

De ce fait, l'amélioration de l'indemnisation de la victime d'une faute inexcusable de l'employeur peut être jugée finalement assez modeste, y compris après l'arrêt du 28 février 2013 précité qui paraît, pour la Cour de cassation, clore le contentieux sur l'ensemble des questions laissées en suspens par le Conseil constitutionnel, désormais réglées dans le respect, imposé par l'article 62 de la Constitution, des principes posés par ce dernier.

Section 5 – Sources constitutionnelles en droit social

Parmi les dispositions touchant au fond du droit et sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de constater que le préambule de 1946 et le droit de grève « constitutionnellement reconnu » sont au cœur de multiples arrêts de la chambre sociale (voir, par exemple, Soc., 2 juin 1992, pourvoi n° 90-41.368, *Bull.* 1992, V, n° 356, sur l'interdiction faite au juge de substituer son appréciation à celle des grévistes quant à la légitimité ou au bien-fondé des revendications de nature professionnelle exprimées; Soc., 4 novembre 1992, pourvoi n° 90-41.899, *Bull.* 1992, V, n° 529, sur la définition de l'abus dans l'exercice du droit de grève; Soc., 12 mars 1996, pourvoi n° 93-41.670,

Bull. 1996, V, n° 88, sur l'interdiction d'une réglementation du droit de grève par convention collective; Soc., 25 février 2003, pourvoi n° 01-10.812, *Bull.* 2003, V, n° 62, sur l'interdiction faite au juge des référés de décider la réquisition de salariés grévistes; Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-43.603, *Bull.* 2009, V, n° 283, sur l'impossibilité pour l'employeur de prévoir par un règlement intérieur la réquisition de salariés grévistes; Soc., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.802, *Bull.* 2007, V, n° 169 et Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-69.030, *Bull.* 2011, V, n° 28, sur la définition de la grève).

La « liberté, garantie par la Constitution, qu'a tout homme de pouvoir défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale » (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-43.277) fait aussi partie des principes de valeur constitutionnelle fréquemment visés par la Cour, notamment pour apprécier si un groupement peut prétendre à la qualification de syndicat professionnel (Soc., 15 novembre 2012, pourvoi n° 12-27.315, *Bull.* 2012, V, n° 296), pour trancher les litiges relatifs à la représentativité des syndicats (Soc., 16 septembre 2008, pourvoi n° 07-13.440, *Bull.* 2008, V, n° 162; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.264, *Bull.* 2011, V, n° 126) ou à la désignation de leurs représentants (Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.031, *Bull.* 2009, V, n° 180; Soc., 29 octobre 2010, pourvoi n° 09-60.459; Soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-20.391, *Bull.* 2012, V, n° 293), pour déterminer si un employeur a porté atteinte à cette liberté (Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.955, *Bull.* 2010, V, n° 11) ou rappeler que tout licenciement d'un salarié prononcé en raison de ses activités syndicales est nul (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-43.277).

Le principe d'égalité est également de valeur constitutionnelle et a été appliqué par la chambre sociale au visa principal des articles 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, 1, 5 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en particulier dans des affaires où l'employeur avait établi des traitements différenciés de syndicats représentatifs (Soc., 29 mai 2001, pourvoi n° 98-23.078, *Bull.* 2001, V, n° 185; Soc., 5 mai 2004, pourvoi n° 03-60.175, *Bull.* 2004, V, n° 119).

L'article 8 du préambule de la Constitution de 1946 et le droit, pour tout travailleur, de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail, fondent diverses décisions touchant à la mise en place ou au fonctionnement des institutions représentatives du personnel (voir, par exemple, Soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-12.852, *Bull.* 2011, V, n° 108; Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 12-60.186, *Bull.* 2013, V, n° 88).

D'autres règles issues du bloc de constitutionnalité méritent d'être mentionnées : le « principe constitutionnel de la liberté du travail » (Soc., 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-19.404, *Bull.* 1996, V, n° 392; Soc., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-42.787, *Bull.* 1998, V, n° 126; Soc., 11 juillet 2000, pourvoi n° 98-40143, *Bull.* 2000, V, n° 276, pour des litiges relatifs à des clauses contractuelles de non-concurrence ou d'exclusivité); le droit à la santé et au repos, qui est « au nombre des exigences constitutionnelles » (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250, pour l'appréciation des conditions de validité de la convention de forfait en jours sur l'année; Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-15.905, *Bull.* 2012, V, n° 218 et Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.734, *Bull.* 2013, V, n° 136, pour l'appréciation des conséquences indemnitaires de mesures de licenciement nulles comme ayant été prononcées en raison de l'état de santé des salariés licenciés).

Pour conclure, il convient d'observer que, sauf quelques exceptions (voir, par exemple, Soc., 12 mars 1996, pourvoi n° 93-41.670, *Bull.* 1996, V, n° 88, visant exclusivement l'alinéa 7 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946), les arrêts de la chambre sociale, lorsqu'ils appliquent les droits ou principes précédemment exposés, se réfèrent généralement à un ensemble de textes, les normes constitutionnelles invoquées côtoyant des règles tirées de textes internationaux, des dispositions législatives ou réglementaires diverses prévues par le code civil ou le code du travail, voire par le code de procédure civile. Ces règles sont certes d'ordre public, comme la plupart des dispositions du droit du travail, mais leur rattachement spécifique à la Constitution leur confère une autorité particulière et en assure la promotion au rang des principes fondamentaux de la matière.

Chapitre 2 – Critères d'identification des dispositions d'ordre public au sein d'un texte

Section 1 – Exemple du droit de la sécurité sociale

S'il trouve sa source principale dans les lois et règlements dûment édictés par l'autorité publique (nombre d'entre eux figurant dans le code de la sécurité sociale et le code rural et de la pêche maritime), le droit de la sécurité sociale recourt également à des sources qui, quoique procédant de la négociation, n'en revêtent pas moins un caractère accentué d'ordre public.

§ 1. Assurance maladie

Il en va ainsi, en particulier, des conventions nationales de l'assurance maladie.

Succédant, en 1971-1975, aux conventions conclues dans le cadre du département, les conventions nationales de l'assurance maladie s'appliquent aux rapports entre l'assurance maladie et les professions de santé. Leur contenu n'a cessé de s'enrichir : alors que les premières avaient pour objet essentiel la détermination des tarifs, de manière à accorder le montant des remboursements aux tarifs facturés par les praticiens, les conventions nationales tendent à s'ouvrir, depuis une trentaine d'années, à la maîtrise médicale et financière des dépenses de santé. Elles s'inscrivent désormais dans le cadre de la politique de financement de la sécurité sociale, des annexes annuelles venant en préciser les objectifs et contraintes en la matière compte tenu de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie défini, chaque année, par la loi de financement de la sécurité sociale.

Conclues entre l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) qui fédère désormais les organismes nationaux des trois principaux régimes d'assurance maladie (régime général, régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles et régime des salariés agricoles et des travailleurs non salariés des professions agricoles), soumises à l'approbation implicite des pouvoirs publics, les conventions nationales de l'assurance maladie sont appelées ainsi à régir les rapports entre les organismes régionaux et locaux des régimes, les professionnels

de santé (ces derniers étant toutefois appelés à adhérer au régime conventionnel) et les assurés et leurs ayants droit. La jurisprudence a été amenée, dans ces conditions, à s'interroger sur la portée des règles conventionnelles, qu'il s'agisse de la tarification des actes et prestations, des droits et obligations des praticiens et auxiliaires médicaux ou encore des sanctions prononcées par les organismes.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a reconnu aux conventions nationales, à leurs annexes et à leurs avenants des *effets réglementaires* selon une formule directement inspirée de la jurisprudence propre aux conventions et accords collectifs de travail, la méconnaissance des clauses de la convention pouvant, dès lors, être invoquée à l'appui d'un pourvoi en cassation dans les mêmes termes que la violation d'une disposition législative ou réglementaire (Soc., 23 janvier 1992, pourvoi n° 87-12.954, *Bull.* 1992, V, n° 43). On remarquera que les arrêts prennent soin de mentionner, notamment dans les visas des arrêts de cassation, l'approbation, explicite ou implicite, de la convention par les pouvoirs publics, celle-ci n'étant exécutoire que pour autant qu'elle a été approuvée (Soc., 18 mai 2000, pourvoi n° 98-22.330, *Bull.* 2000, V, n° 191). Juge de la légalité tant de la convention nationale que de son approbation, le Conseil d'État retenait d'ailleurs une même qualification sur le fondement de la théorie administrative des effets réglementaires qui s'attachent aux contrats qui se rapportent à l'organisation et au fonctionnement des services publics (CE, 9 octobre 1981, n° 26026, Syndicat des médecins de la Haute-Loire, publié au *Recueil Lebon*, *RD sanit. soc.* 1982, p. 106, concl. A. Bacquet).

La solution ainsi retenue, qui conduisait à la distinction du contrat et de ses effets, a évolué à la suite de la prise de position sur la question du Conseil constitutionnel, lequel, statuant qui plus est au regard des exigences des articles 21, 34 et 37 de la Constitution, autrement dit des dispositions constitutionnelles qui régissent l'exercice du pouvoir normatif de l'État, a énoncé que l'approbation de la convention nationale de l'assurance maladie par les pouvoirs publics confère à celle-ci un *caractère réglementaire* (Cons. const., 22 janvier 1990, décision n° 89-269 DC, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé [considéran­ts 21-23]; *AJD* 1990, p. 473, note F. Benoît-Rohmer; *Dr. soc.* 1990, p. 352, note X. Prétot; *RFD adm.* 1990, p. 406, note B. Genevois; *RCDIP* 1990, p. 497, note M. Simon-Depitre).

La Cour de cassation a tiré les conséquences de la qualification ainsi retenue par le Conseil constitutionnel et n'hésite plus désormais à retenir de l'approbation de la convention nationale par les pouvoirs publics qu'elle confère à celle-ci un *caractère réglementaire* (2^e Civ., 19 janvier 2006, pourvoi n° 04-30.472, *Bull.* 2006, II, n° 24; 2^e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-18.797, *Bull.* 2011, II, n° 111, *Dr. soc.* 2011, p. 829, rapp. X. Prétot). La jurisprudence administrative a subi une même évolution (CE, Ass., 3 juillet 1998, n° 188004, Syndicat des médecins de l'Ain e.a., publié au *Recueil Lebon*; *Dr. soc.* 1998, p. 817, obs. X. Prétot; *JCP* éd. G 1998, II, 10012, note D. Guiheux; CE, 29 juillet 2002, n° 242916, Conseil national de l'ordre des médecins; CE, 30 novembre 2005, n° 278291, Syndicat des médecins d'Aix et région, publié au *Recueil Lebon*; *RD sanit. soc.* 2006, p. 263, note L. Dubouis).

Indépendamment de la qualification de la convention et de ses effets, la Cour de cassation fait une stricte application des clauses des conventions nationales successives auxquelles elle confère un caractère d'ordre public. On en voudra pour preuve les solutions retenues quant à la rémunération des médecins référents (2^e Civ., 19 janvier 2006, pourvoi

n° 04-30.472, *Bull.* 2006, II, n° 24; 2^e Civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.984, *Bull.* 2009, II, n° 5), ou quant à la distinction des secteurs tarifaires (Soc., 25 novembre 1999, pourvoi n° 97-21.158, *Bull.* 1999, V, n° 461; 2^e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-18.797, *Bull.* 2011, II, n° 111; *Dr. soc.* 2011, p. 829, rapp. X. Prétot).

Une même observation s'impose au sujet de la convention d'assurance chômage.

§ 2. Assurance chômage

Si la mise en œuvre de l'assurance chômage s'inscrivait à l'origine dans le cadre des relations collectives du travail, de sorte que la première convention, conclue le 31 décembre 1958, constituait, en quelque sorte, un accord national interprofessionnel avant la lettre, les réformes menées, successivement, par la loi n° 79-10 du 3 janvier 1979 portant diverses mesures en faveur des salariés privés d'emploi qui créent une entreprise et par l'ordonnance n° 84-198 du 21 mars 1984 relative au revenu de remplacement des travailleurs involontairement privés d'emploi portant modification du code du travail ont transformé en profondeur le régime d'assurance chômage, devenu ainsi un régime quasi légal dont les principes constitutifs sont fixés par la loi (articles L. 5422-1 et s. du code du travail), à charge pour les partenaires sociaux d'en fixer les mesures d'application par une convention qui n'acquiert force exécutoire qu'une fois approuvée par les pouvoirs publics (article L. 5422-20); ceux-ci reprennent d'ailleurs la main, les mesures d'application du régime faisant l'objet d'un décret en Conseil d'État en l'absence de convention ou en cas de non-approbation de la convention conclue par les partenaires sociaux (même article).

La Cour de cassation fait une stricte application des dispositions du code du travail en la matière. Elle reconnaît, en premier lieu, à la convention d'assurance chômage le caractère d'un contrat de droit privé dont le juge civil peut connaître (Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 03-15.835, *Bull.* 2006, V, n° 298), et des effets réglementaires qui rendent la convention opposable aux tiers et susceptible d'être invoquée à l'appui d'un pourvoi en cassation sur le terrain de la violation de la loi (Soc., 4 décembre 1990, pourvoi n° 89-13.836, *Bull.* 1990, V, n° 613; Soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-19.464, *Bull.* 2007, V, n° 15, *D.* 2007, p. 1469, note C. Willmann, *Dr. soc.* 2007, p. 403, note X. Prétot, *RTD civ.* 2007, p. 503, note P. Jacques). Elle tend, en second lieu, à faire une stricte application des dispositions du code du travail qui déterminent le contenu de la convention d'assurance chômage, les partenaires sociaux n'étant habilités à ses yeux qu'à prendre les mesures d'application des principes constitutifs du régime tels que fixés par la loi (Soc., 18 mars 1997, pourvoi n° 95-11.627, *Bull.* 1997, V, n° 115, *Dr. soc.* 1997, p. 1037, étude J.-P. Domergue; Soc., 2 février 1999, pourvoi n° 96-20.696, *Bull.* 1999, V, n° 53, *RD sanit. soc.* 1999, p. 652, obs. C. Willmann; Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 03-15.835, préc.; 2^e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-12.773, *Bull.* 2008, II, n° 130, *Dr. soc.* 2008, p. 1016, rapp. X. Prétot); certains arrêts n'hésitent d'ailleurs pas à énoncer, en une formule on ne peut plus claire, que les dispositions du code du travail *donnent compétence* aux organisations représentatives des employeurs et des salariés (Soc., 14 mars 2006, pourvoi n° 03-47.097 [1^{er} moyen], *Bull.* 2006, V, n° 99).

À titre de comparaison, on relèvera que la jurisprudence administrative, si elle reconnaît également à la convention d'assurance chômage le caractère d'un contrat de droit privé (au demeurant un contrat d'une nature particulière excluant, notamment, l'application du principe de la disposition la plus favorable), n'en admet pas moins la

compétence des juridictions administratives à connaître de sa licéité par voie d'exception, à l'occasion de l'examen du recours en annulation de son approbation (CE, 11 juillet 2001, n° 228361, Syndicat SUD Travail e.a., publié au *Recueil Lebon*; *Dr. soc.* 2001, p. 857, concl. S. Boissard; *JCP éd. G* n° 14, 3 avril 2002, II, 10058, note X. Prétot; *RD sanit. soc.* 2001, p. 867, note C. Willmann). Le Conseil d'État paraît enclin, par ailleurs, à une appréhension nettement plus souple de l'habilitation reconnue aux partenaires sociaux lors de l'élaboration de la convention (même arrêt).

§ 3. Droit de la santé et protection sociale

L'assimilation à des normes douées d'effets réglementaires ou des normes de caractère réglementaire de règles issues de la négociation contractuelle s'applique également, en droit de la santé et de la protection sociale, à des contrats individuels.

Il en va ainsi, pour s'en tenir à un exemple significatif, des contrats conclus entre la puissance publique et les entreprises pharmaceutiques pour la fixation du prix de vente au public des médicaments et spécialités. S'il peut être fixé, le cas échéant, par voie d'arrêt réglementaire pris par les ministres intéressés, le prix des médicaments et spécialités fait normalement l'objet, selon l'article L. 162-16-4 du code de la sécurité sociale, d'une convention entre le comité économique des produits de santé et l'entreprise intéressée. Pour le Conseil d'État, la fixation du prix, qui s'impose à tous, patients, pharmaciens, praticiens et établissements, organismes d'assurance maladie, peut faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir par toute personne ayant un intérêt à agir (CE, 26 février 2001, n° 213047, SA Janssen-Cilag, publié au *Recueil Lebon*; *JCP éd. G* n° 25, 20 juin 2001, II, 10550, note D. Truchet), et revêt, plus simplement, le caractère d'un acte réglementaire (CE, 3 mai 2004, n° 257698, Société les laboratoires Servier; *RD sanit. soc.* 2004, p. 914, note J. Peigné). C'est une même qualification que retient la Cour de cassation s'agissant, par exemple, du contentieux de la facturation par la voie du tiers payant des médicaments par les pharmacies d'officine (2^e Civ., 8 novembre 2012, pourvoi n° 11-21.540, *Bull.* 2012, II, n° 186).

Section 2 – Exemple du droit du travail

Dans le domaine des relations collectives de travail, les textes s'inscrivent dans le cadre direct du principe constitutionnel – et européen – du droit des salariés à participer collectivement à la détermination de leurs conditions de travail qui permet de déterminer les règles qui sont – nécessairement – d'ordre public. Le principe est en effet posé par le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 aux termes duquel : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » (sur le rapport entre droit constitutionnel et normes sociales, voir O. Dutheil de LaMothe, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 29, octobre 2010). Il s'en déduit naturellement que deux ensembles de règles sont d'ordre public : les règles relatives au statut collectif : élection et désignation des représentants, droits des représentants et des représentés d'une part, statut individuel de ceux qui permettent l'exercice du droit de participation des salariés, les représentants du personnel, d'autre part. À ce principe constitutionnel vient s'ajouter le principe de liberté syndicale, qui guide l'interprétation des textes sur la représentation syndicale

en entreprise. Dès lors, le domaine des relations collectives de travail est en totalité englobé dans le concept d'ordre public.

Cependant cette affirmation simple recèle une forte complexité du régime applicable. En effet, une règle d'ordre public est, conformément à l'article 6 du code civil, une règle fixée par la loi et non modifiable par les parties. Mais en droit du travail, l'existence d'une norme intermédiaire entre la loi et les parties oblige à affiner les concepts. En effet, l'accord collectif, négocié par les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise, de la branche, ou au niveau national, a pris progressivement dans le système normatif français une place de plus en plus importante, notamment par l'application du régime de faveur – en cas de conflit de normes, c'est la règle la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application (article L. 2251-1 du code du travail) – mais surtout, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, par la possibilité de déroger dans certaines conditions de manière moins favorable, par un accord collectif, à une règle supérieure. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs reconnu à la norme collective une force à certains égards égale à celle du décret. Ainsi, dans la décision du 29 avril 2004 statuant sur la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social qui transpose dans le code du travail la position commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001, le Conseil constitutionnel affirme que : « Si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose en son huitième alinéa que : "tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail ; qu'ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe qui est énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre » (considérant 7). « Sur le fondement de ces dispositions il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ; [...] le législateur peut en particulier laisser les partenaires sociaux déterminer, dans le cadre qu'il a défini, l'articulation entre les différentes conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises ; [...] toutefois, lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation » (considérant 8) (Cons. const., 29 avril 2004, décision n° 2004-494 DC, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social). Le Conseil constitutionnel a, par la suite, affirmé « qu'il résulte de ces dispositions [les septième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946] qu'il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève » (considérant 7) (Cons. const., 16 août 2007, décision n° 2007-556 DC, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs ; voir O. Dutheil de Lamothe, « L'accord collectif, une source constitutionnelle du droit du travail », in *Paradoxes en droit du travail*, sous la direction de P. Waquet, Lamy, 2012, p. 441).

Il en résulte que si les règles sont toutes d'ordre public en ce que les parties ne peuvent décider d'y déroger ou de les modifier, certaines, cependant, peuvent recevoir des aménagements par voie d'accord collectif. C'est cette dualité que certains auteurs classifient sous la dénomination ordre public relatif et ordre public absolu, ou encore ordre public impératif et ordre public social (sur ce sujet, voir G. Borenfreund, « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1992, p. 893).

En réalité, c'est même en trois catégories que les règles peuvent être rangées :

- il y a d'abord celles auxquelles nul ne peut apporter d'exception ou d'aménagement, parce qu'elles touchent à des domaines que la loi elle-même ne peut pas déléguer. Le Conseil d'État a tenté d'élaborer une nomenclature de ces règles auxquelles il ne peut être dérogé : « ni celles qui, par leur teneur même, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la constitution ou aux règles de droit interne ou le cas échéant international, lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels » (CE, avis Assemblée, 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 514). La Cour de cassation suit la même ligne lorsqu'elle exclut qu'il puisse être disposé du droit d'éligibilité d'un salarié (Soc., 20 mars 2013, pourvoi n° 12-11.702, *Bull.* 2013, V, n° 79), de la compétence à intervenir de l'autorité administrative (Soc., 29 janvier 2003, pourvoi n° 00-45.961, *Bull.* 2003, V, n° 34), ou atteint à la vie privée du salarié même pour favoriser la transparence électorale (Soc., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-19.643, *Bull.* 2012, V, n° 190) ;
- il y a ensuite celles que l'accord collectif peut aménager, mais à la condition que cet aménagement se fasse dans des conditions plus favorables que celles prévues par les textes en vigueur. Ce sont toutes les dispositions qui fixent un seuil minimal, que les partenaires sociaux peuvent souhaiter augmenter par des dispositions « plus favorables » : seuil d'effectif, nombre de représentants du personnel, composition de l'institution, prise en charge des heures de délégation... ;
- il y a enfin les règles que le législateur ne fixe que « par défaut », et qui ne s'appliquent que s'il n'existe pas d'accord collectif prévoyant d'autres modalités, plus adaptées à la situation de l'entreprise. Ainsi en est-il, notamment, du périmètre des élections dans l'entreprise ou de la répartition des sièges entre les collègues – pourvu que les principes d'ordre public en la matière soient respectés.

Ainsi, si, en droit du travail, la majorité des règles est d'ordre public compte tenu de leur vocation protectrice, les effets de cet ordre public peuvent varier pour qu'une troisième source de normes, spécifique au domaine du droit social, puisse trouver complètement sa place : l'accord collectif.

Section 3 – Exemple du statut locatif

Il peut paraître incongru de vouloir aborder, parmi les sources internes de l'ordre public, le contrat, produit de l'autonomie de la volonté. Le propre de l'ordre public n'est-il pas, en effet, d'être placé hors de portée des stipulations ?

Pourtant, depuis longtemps, la troisième chambre civile de la Cour de cassation admet que des parties à un contrat normalement hors du champ d'un statut locatif d'ordre public puissent lui soumettre, par le seul effet de leur commune volonté, leur relation locative. Ce que la doctrine appelle la «soumission volontaire (ou conventionnelle)» à un statut d'ordre public, laquelle n'est pas réservée aux seules relations locatives (voir, pour une application en matière de crédit immobilier, 1^{re} Civ., 2 octobre 2002, pourvoi n° 99-18.467, *Bull.* 2002, I, n° 230 : «si sont exclus du champ d'application des dispositions relatives au crédit immobilier issues de la loi du 13 juillet 1979 les prêts destinés notamment à financer les besoins d'une activité professionnelle, rien n'interdit aux parties de soumettre volontairement les opérations qu'elles concluent à ces dispositions qui leur sont alors impérativement applicables».

Dans cette figure d'origine prétorienne (puisque, par hypothèse, la convention soumise n'entre pas dans le champ d'application du statut), ce n'est évidemment pas la volonté des parties qui crée l'ordre public ainsi convoqué mais la loi. Mais on peut dire alors que c'est grâce à la norme créée par cette volonté que l'ordre public trouve à s'appliquer à une convention donnée. Le contrat devient donc comme une source médiate de création de l'ordre public.

Tous les statuts locatifs d'ordre public que compte le droit français sont potentiellement concernés :

- le statut des baux ruraux (voir, par exemple, 3^e Civ., 10 juillet 1978, pourvoi n° 77-11.188, *Bull.* 1978, III, n° 290 : «Il est toujours loisible aux parties de soumettre volontairement au statut du fermage les baux de parcelles qu'elles concluent»; 3^e Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-18.559, *Bull.* 2009, III, n° 272 : «Les parties [sont] libres de soumettre leurs relations au statut du fermage alors même que les conditions légales de ce statut [font] défaut»);
- le statut des baux commerciaux (voir, par exemple, 3^e Civ., 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.688 : «Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne suffisent pas à caractériser la volonté non équivoque du bailleur de renoncer à se prévaloir des conditions auxquelles est subordonné le statut des baux commerciaux, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision»; 3^e Civ., 25 avril 2001, pourvoi n° 99-15.242, *Bull.* 2001, III, n° 52 : «Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé qu'aux termes de la première clause du bail, par décision expresse, le preneur et le bailleur avaient décidé de se soumettre au statut des baux commerciaux, que la durée du bail avait été fixée à neuf ans, qu'il était fait référence dans ce bail aux articles du décret du 30 septembre 1953 relatifs à la faculté de résiliation triennale, à l'occupation des lieux, à la cession et à la sous-location, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a pu en déduire que les parties avaient volontairement et sans équivoque voulu soumettre leurs relations contractuelles au statut des baux commerciaux, et notamment aux articles 3-1 et 5 du décret susvisé»);
- le statut des baux d'habitation (voir, par exemple, 3^e Civ., 21 septembre 2005, pourvoi n° 04-15.063 : «Qu'en statuant ainsi, alors que par accord exprès les parties étaient convenues de soumettre le bail aux dispositions de la loi du 6 juillet 1989 et que ses conditions générales prévoyaient un délai de préavis de trois mois, le tribunal a violé le texte susvisé»; 3^e Civ., 13 juin 2006, pourvoi n° 05-12.956 : «Qu'en statuant ainsi, alors qu'en concluant à deux reprises, les 25 mars 1996 et 15 décembre 1998[,] des baux établis conformément à la loi du 6 juillet 1989, Mme X... avait renoncé, sans

équivoque, à se prévaloir des dispositions de la loi du 1^{er} septembre 1948, la cour d'appel a violé le texte susvisé»).

Il ressort de tous les arrêts cités qu'en cas de soumission volontaire, le contrat se trouve exclusivement régi par toutes les règles impératives du statut locatif dont l'application a été convenue. L'expression «ordre public conventionnel» pourrait trouver ici tout son sens.

L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation enseigne que la liberté ainsi reconnue aux parties de se placer sous un statut impératif cède dans deux hypothèses inspirées par la défense de l'ordre public :

– en premier lieu, la soumission volontaire d'une convention à un statut impératif ne saurait avoir pour conséquence de faire obstacle, au détriment d'un tiers au contrat, au jeu d'un droit d'ordre public ;

Un récent arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation livre une bonne illustration de cette jurisprudence (3^e Civ., 14 novembre 2007, pourvoi n° 06-19.633, *Bull.* 2007, III, n° 209) : des parties à un bail d'une parcelle de terre d'une taille telle que cette location était normalement exclue du champ du statut du fermage (article L. 411-3 du code rural et de la pêche maritime) étaient néanmoins convenues de l'y soumettre. Plus tard, au moment de la vente du bien au locataire, elles s'opposèrent à l'exercice du droit de préemption de la SAFER en invoquant les dispositions de l'article L. 143-6 du même code selon lesquelles ce droit ne saurait s'exercer en cas de vente du bien rural à son locataire en vertu du statut du fermage. Cette prétention n'a pas prospéré, la Cour de cassation considérant que les parties ne pouvaient arguer de leur soumission volontaire au statut du fermage pour tenir en échec le droit de préemption d'ordre public de la SAFER. Elle a statué en ces termes : «La soumission volontaire au statut du fermage ne peut faire échec au droit de préemption d'ordre public de la SAFER.» Dès lors, viole les articles L. 411-3 et L. 412-3 du code rural et de la pêche maritime la cour d'appel qui, pour débouter une SAFER de sa demande en annulation d'une vente conclue au mépris de son droit de préemption, retient que les parties étaient convenues que le preneur bénéficierait pour l'exploitation d'une parcelle, non soumise au statut du fermage en raison de sa superficie, de ce statut et d'un droit de préemption prioritaire ;

– en second lieu, il a été jugé que la soumission conventionnelle d'un contrat à un statut d'ordre public ne pouvait s'opérer «au détriment» d'un autre statut impératif dans le champ duquel ce contrat entre normalement. À la faveur d'un tel raisonnement, la Cour de cassation a déclaré inefficace la soumission volontaire d'une location au statut des baux commerciaux alors qu'elle devait être régie, de par la nature du bien sur lequel elle portait, par les règles de la domanialité publique (3^e Civ., 20 décembre 2000, pourvoi n° 99-10.896, *Bull.* 2000, III, n° 194).

Chapitre 3 – Consécration jurisprudentielle des principes essentiels du droit français

Les principes essentiels du droit français se sont en particulier illustrés dans le domaine de l'état des personnes et du droit de la famille (voir partie 3, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, C, 1). À ce titre, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est référée pour la première fois aux principes essentiels du droit français dans un arrêt du 8 juillet 2010 (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162), et seuls six arrêts y ont fait référence.

La Cour de cassation n'a pas spécifié les éléments qui composent les principes essentiels du droit français, mais le domaine dans lequel ces principes ont été consacrés permet de dessiner les contours de cette notion novatrice, dont le contenu est différent de celui des droits fondamentaux. L'originalité de la notion tient au fait que la Cour de cassation y met l'accent sur la nature des valeurs intangibles de l'ordre public international français. La doctrine s'est interrogée sur l'émergence de ce concept. Petra Hammje (*RCDIP* 2010, p. 747) les définit comme « des valeurs qui, même non fondamentales [...] façonnent [...] l'ordre juridique français » et Michel Farge (*Dr. fam.* n° 10, octobre 2010, comm. 156) y discerne la défense des grands principes à portée universelle et la sauvegarde d'une politique législative française. La CJUE (arrêt du 11 mai 2000, Régie nationale des usines Renault SA/Maxicar SpA et Orazio Formento, C-38/98) a estimé que l'exception d'ordre public n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision heurte de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis en tant qu'elle porte atteinte à un principe fondamental. Cette définition est assez proche de ce que recouvrent les principes essentiels du droit français.

Les « principes de justice universelle », selon la formule adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 mai 1948 (pourvoi n° 37.417, *Bull.* 1948, I, n° 163) étaient devenus inadaptés à l'état de notre droit. En effet, ils représentaient les principes « considérés dans l'opinion publique comme doués de valeur internationale absolue » (même arrêt), ce qui réduisait ces principes de justice universelle à une conception nationaliste française, très éloignée de leur vocation universelle. Les principes essentiels « découle[nt] d'exigences impératives du droit interne, qu'il convient aussi de sauvegarder à l'international », comme le résume Petra Hammje (art. préc.).

Ces principes essentiels du droit français n'absorbent pas l'intégralité de l'ordre public international, comme en témoigne le fait que la première chambre civile de la Cour de cassation a maintenu, parallèlement aux principes essentiels, sa jurisprudence classique sur la contrariété à l'ordre public international dans certains de ses arrêts récents. Mais, alors que l'ordre public international ne s'oppose pas, par exemple, à ce que certains effets d'un mariage polygamique, célébré à l'étranger, produisent des effets en France (voir titre 1, chapitre 2, section 1, § 1, B), « la norme étrangère en elle-même, dans sa seule abstraction » (D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome 1, Thémis Droit, PUF, 2^e éd., 2010, n° 457), lorsqu'elle heurte les principes essentiels du droit français, doit être évincée, tant elle suscite la réprobation de l'ordre public international français (B. Audit, avec le concours de L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 6^e éd., 2010, n° 313). Le mécanisme de l'ordre public de proximité, qui privilégie les liens de la situation avec le for, ne joue pas en présence de principes essentiels du droit français, car l'ordre public français ne peut pas tolérer

leur violation, tant au stade de la constitution des situations juridiques, que lorsque la situation a été créée à l'étranger.

Le principe d'égalité des parents dans l'exercice conjoint de l'autorité parentale a été consacré comme principe essentiel par un arrêt du 4 novembre 2010 (1^{re} Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.302, *Bull.* 2010, I, n° 218) qui a décidé que la reconnaissance en France d'une décision texane donnant à la mère le droit de prendre seule les décisions concernant les enfants, de consentir à leurs engagements dans les forces armées américaines, et interdisant que la maîtresse du père se trouve en présence des enfants, sauf s'il se remarie avec elle, était contraire à l'ordre public international français.

La première chambre civile de la Cour de cassation s'est référée aux principes essentiels dans trois arrêts du 6 avril 2011 (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70 ; pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72) pour refuser de transcrire les actes de naissance d'enfants, établis à la suite d'une gestation pour autrui. Selon la première chambre, «il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil» (troisième arrêt). Le principe essentiel consacré n'a pas été celui de l'indisponibilité du corps humain, alors que la gestation pour autrui est autorisée dans certains États, mais celui de l'indisponibilité de l'état des personnes, soulignant que, dans la conception française, cet état est indisponible. Certains auteurs (D. Berthiau, L. Brunet, «L'ordre public au préjudice de l'enfant», *D.* n° 22, 9 juin 2011, p. 1525) ont fait valoir que ce principe essentiel renvoie à l'attitude frauduleuse des couples qui cherchent à profiter des différents systèmes juridiques existant en matière de gestation pour autrui. À cet égard, le contenu du communiqué de la Cour de cassation présentant ces trois arrêts incline à le penser.

S'agissant de la décision d'adoption par un couple de même sexe, la première chambre civile de la Cour de cassation (1^{re} Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30.261, *Bull.* 2012, I, n° 125) a jugé que l'ordre public international s'oppose à ce que soit ordonné l'*exequatur* d'une décision étrangère d'adoption ayant pour effet de rompre les liens de filiation antérieure de l'enfant dont la transcription sur les registres de l'état civil français emporterait inscription de cet enfant comme né de deux parents de même sexe, en contrariété avec un principe essentiel du droit français consacré notamment à l'article 310 du code civil.

L'ordre public du for constitue la référence lorsque les principes essentiels du droit français sont heurtés par la norme étrangère. Cependant, en leur présence, l'intransigeance de l'ordre public ni ne cède en raison d'un effet atténué, ni ne prend en compte la proximité ou l'éloignement de la situation litigieuse avec le for. Cet absolutisme des principes essentiels explique que, jusqu'alors, la Cour de cassation ne les ait retenus que dans le domaine du droit des personnes afin de garantir une complète cohérence de l'ordre juridique français.

PARTIE 2 – NOTION D'ORDRE PUBLIC

On distingue classiquement l'ordre public procédural (titre 1) de l'ordre public substantiel (titre 2).

TITRE 1 – ORDRE PUBLIC PROCÉDURAL

Chapitre 1 – Ordre public procédural interne

Section 1 – Devant les chambres civiles

En matière civile, l'ordre public peut agir à divers niveaux. Il peut intervenir dans la conduite d'une procédure (§ 1) et détermine un régime particulier de moyens de défense (§ 2).

§ 1. Conduite de la procédure

Le caractère d'ordre public de certaines matières déteint sur le déroulement des procédures et l'office du juge, comme en témoigne l'exemple du droit de la sécurité sociale (A). L'ordre public sert par ailleurs de fondement au droit d'agir du ministère public (B).

A. Procédure empreinte d'ordre public : l'exemple du droit de la sécurité sociale

Le caractère d'ordre public du droit de la sécurité sociale se manifeste durant la phase précontentieuse comme dans la phase contentieuse.

1. Durant la phase précontentieuse

En matière de sécurité sociale, la procédure présente la particularité de comporter une phase amiable obligatoire.

Les différends relevant du contentieux général de la sécurité sociale doivent en effet être obligatoirement soumis à une procédure de recours gracieux préalable.

Selon les termes de l'article R. 142-1 du code de la sécurité sociale, les réclamations relevant de l'article L. 142-1 formées contre les décisions prises par les organismes de sécurité sociale sont soumises à une commission de recours amiable qui est constituée au sein du conseil d'administration de chaque organisme. La saisine du tribunal n'intervient qu'après rejet explicite ou implicite du recours obligatoire formé devant cet organe interne (voire sur opposition à la contrainte délivrée le cas échéant par l'organisme social).

La deuxième chambre en tire régulièrement les conséquences comme en témoignent les exemples suivants :

- 2^e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-70.315, *Bull.* 2011, II, n° 60, précisant le délai de saisine de la commission de recours amiable;
- 2^e Civ., 18 novembre 2010, pourvoi n° 09-17.105, *Bull.* 2010, II, n° 189, retenant l'absence d'effet de la suspension provisoire des procédures d'exécution ordonnée par le juge de l'exécution dans le cadre d'une procédure de surendettement sur l'obligation de saisine préalable de la commission de recours amiable.

Permettent seules d'échapper aux dispositions instaurant cette phase préalable obligatoire la nature de certaines décisions – lorsqu'elles ne constituent pas une réclamation contre une décision prise par un organisme de sécurité sociale (2^e Civ., 20 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.621, *Bull.* 2012, II, n° 208) – ou certaines circonstances particulières (2^e Civ., 21 juin 2012, pourvoi n° 11-20.683, *Bull.* 2012, II, n° 110, qui décide que l'organisme social ayant refusé de modifier sa décision consécutivement à la demande d'un salarié tendant au réexamen de son dossier au regard de nouveaux éléments susceptibles d'établir l'origine professionnelle précédemment refusée et de saisir la commission de recours amiable, la victime est en droit de saisir directement la juridiction dans le délai de deux mois de la notification de ce refus sans que puisse lui être opposé le défaut de saisine de la commission de recours amiable).

2. Durant la phase contentieuse

a. Concernant l'accès au juge

α. Nullité des conventions tendant à la renonciation au procès

Le droit de la sécurité sociale, dans les rapports entre salariés et employeurs, est un droit d'ordre public. Les prestations sont prévues par la loi, à laquelle aucune dérogation n'est permise.

Ainsi, l'article L. 482-4 du code de la sécurité sociale dispose que toute convention contraire au livre IV du code de la sécurité sociale relatif aux accidents du travail et aux maladies professionnelles est nulle de plein droit.

C'est au visa de ce texte que la Cour de cassation refuse de donner effet à l'accord ayant pour objet de faire renoncer un salarié à toute instance, prétention, réclamation ou action, à l'encontre de son employeur, en relation directe ou indirecte avec la maladie professionnelle qu'il a déclarée et lui imposant de se désister de l'instance pendante devant la juridiction de sécurité sociale initialement saisie d'une demande de reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur (2^e Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-20.178, *Bull.* 2011, II, n° 127). Le fait que le salarié agisse « en toute connaissance de cause » importe peu, dès lors que de telles dérogations contractuelles sont expressément prohibées comme contraires aux dispositions d'ordre public concernant l'indemnisation du salarié victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle (Soc., 17 novembre 1994, pourvoi n° 92-15.841, *Bull.* 1994, V, n° 302).

β. Compétence exclusive de la juridiction de sécurité sociale pour connaître des demandes d'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail

Dans l'hypothèse où un salarié subit un accident du travail, il bénéficie d'une indemnisation forfaitaire et d'une indemnisation complémentaire si son employeur a commis une faute inexcusable ou une faute intentionnelle (articles L. 452-1 et L. 452-5 du code de la sécurité sociale). Les dispositions impératives de l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale interdisent au salarié victime, sauf exceptions, d'exercer un quelconque recours de droit commun contre son employeur pour obtenir réparation du préjudice subi. Si le salarié entend faire valoir l'existence d'une faute inexcusable, seule la juridiction de sécurité sociale est compétente pour connaître de son recours.

Malgré l'apparente clarté de ces dispositions, la question du partage de compétence entre les juridictions de droit commun, prud'homale, sociale ou pénale est susceptible de se poser dans un certain nombre d'hypothèses. Elle se pose, en particulier, dans l'hypothèse où le salarié invoque l'existence d'une faute inexcusable liée à un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. Pour retenir la faute inexcusable, le juge n'a pas à s'interroger sur la gravité de la négligence de l'employeur et doit seulement contrôler, au regard de la sécurité, la pertinence et l'efficacité de la mesure que l'employeur aurait dû prendre dès lors qu'il avait ou devait avoir conscience du danger encouru par le salarié. La faute peut simplement résulter du non-respect, par l'employeur, des réglementations en matière d'hygiène et de sécurité du travail applicables à l'entreprise.

Lorsque l'accident s'est produit dans de telles conditions, le salarié accidenté peut-il saisir la juridiction prud'homale en sollicitant directement l'indemnisation de son préjudice au titre du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ? La chambre sociale, par une décision du 29 mai 2013, affirme que « si la juridiction prud'homale est seule compétente pour connaître d'un litige relatif à l'indemnisation d'un préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail, relève, en revanche, de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité » (Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-20.074, *Bull.* 2013, V, n° 139). Cette importante décision, rendue après avis de la deuxième chambre civile, exclut ainsi la compétence de la juridiction prud'homale lorsque le salarié sollicite la réparation de dommages qui résultent d'un accident du travail. La voie de la juridiction prud'homale n'est, dès lors, ouverte qu'à la condition que le salarié soit en mesure de prouver que le manquement de l'employeur aux règles de sécurité lui a causé un préjudice autre que l'accident lui-même. Le caractère d'ordre public des dispositions relatives à l'indemnisation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle explique la rigueur de la position adoptée dans le souci, notamment, d'éviter tout contournement de la réglementation de sécurité sociale.

Par ailleurs, il arrive aussi que le manquement reproché à l'employeur soit susceptible d'être pénalement sanctionné, de sorte que la Cour de cassation doit décider de la frontière de compétence entre les juridictions pénale et de sécurité sociale. Renvoyant expressément au caractère d'ordre public des dispositions sur la réparation des accidents du travail, la Cour de cassation pose le principe selon lequel les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions ne sont pas applicables aux victimes d'un accident du travail imputable à l'employeur ou à ses préposés. Cette solution a été

affirmée par un arrêt du 7 mai 2003, opérant un revirement (2^e Civ., 7 mai 2003, pourvoi n° 01-00.815, *Bull.* 2003, II, n° 138) et la portée en a été précisée depuis lors (2^e Civ. 30 juin 2005, pourvoi n° 03-19.207, *Bull.* 2005, II, n° 177 ; 2^e Civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-19.080, *Bull.* 2006, II, n° 114, sur la portée de cette jurisprudence concernant les ayants droit de la victime). Ce n'est que dans le cas d'une faute intentionnelle de l'employeur que la victime d'un accident du travail peut se prévaloir des dispositions de l'article 706-3 du code de procédure pénale (2^e Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 09-13.332, *Bull.* 2010, II, n° 24), la Cour de cassation estimant que ces dernières n'entrent pas en contradiction avec les dispositions impératives du code de la sécurité sociale.

En outre, la compétence de la juridiction pénale ne s'étend pas à la demande de réparation des chefs de préjudice énumérés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, ni à celle des dommages non couverts par le livre IV de ce code susceptibles d'être indemnisés depuis la décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 du Conseil constitutionnel Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur] (Crim., 3 janvier 2012, pourvoi n° 09-87.288, *Bull. crim.* 2012, n° 1).

Enfin, le champ d'application de la réglementation impérative en matière de sécurité sociale s'étend aux recours en garantie pouvant être formés par un employeur qui doivent être exercés devant la juridiction sociale et non devant celle de droit commun. À l'occasion d'un arrêt du 14 mars 2013, la deuxième chambre décide, en effet, qu'en cas d'exposition au risque au sein de plusieurs entreprises, l'employeur qui fait l'objet d'une action en reconnaissance de sa faute inexcusable est recevable à rechercher, devant la juridiction de sécurité sociale, pour obtenir leur garantie, la faute inexcusable des autres employeurs au service desquels la victime a été exposée au même risque (2^e Civ., 14 mars 2013, pourvoi n° 11-26.459, *Bull.* 2013, II, n° 50).

b. Incidences sur les pouvoirs du juge

Le juge saisi en matière de sécurité sociale applique les dispositions du livre 1^{er} du code de procédure civile (article R. 142-17 du code de la sécurité sociale). Néanmoins, l'intervention du juge revêt, en droit de la sécurité sociale, quelques particularités tenant au caractère d'ordre public des dispositions en cause, ses prérogatives se trouvant parfois élargies, ou au contraire limitées par rapport à celles du juge du droit commun.

α. Limites apportées aux pouvoirs du juge des référés

L'article R. 142-21-1 du code de la sécurité sociale dispose que : « Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal des affaires de sécurité sociale peut, dans les limites de la compétence dudit tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Le président du tribunal des affaires de sécurité sociale peut, dans les mêmes limites, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier [...] ».

Cependant, les pouvoirs du juge des référés peuvent être limités par les dispositions du code de la sécurité sociale qui, dans le respect des règles inspirées des principes de

comptabilité publique, prévoient les conditions de recouvrement des dépenses engagées par les organismes sociaux.

En application des dispositions des articles L. 133-3 et L. 133-4 du code de la sécurité sociale, un organisme n'est tenu de procéder à la prise en charge des soins que si les règles de la tarification et de la facturation ont été respectées. Ces règles trouvent une illustration significative dans le cadre du contentieux qui a opposé certains médecins généralistes à leur caisse primaire d'assurance maladie lorsque ceux-ci, qualifiés de spécialistes en médecine générale par le conseil départemental de l'ordre des médecins, ont entendu, pour chaque consultation, appliquer le tarif des soins dispensés par les médecins spécialistes (22 euros au lieu de 20). Par une décision du 8 avril 2010, la deuxième chambre civile invalide explicitement de telles pratiques, rappelant que « le généraliste doit s'entendre du praticien qui exerce la médecine générale, et le spécialiste du praticien qui exerce, à titre exclusif, une spécialité déterminée » (2^e Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-13.772, *Bull.* 2010, II, n° 80). Saisi d'un litige similaire opposant ainsi un médecin et sa caisse qui refusait de payer les soins sur la base des factures mentionnant une cotation de médecin spécialiste, un juge des référés avait décidé que, la cotation des feuilles de soins étant régulière au moins à hauteur du tarif de la consultation de médecine générale, l'organisme social devait être condamné à rembourser le praticien dans cette limite. La Cour de cassation censure cette décision. Dès lors que, s'agissant de règles inspirées des principes de comptabilité publique applicables et de dispositions sociales impératives, aucun paiement ne peut intervenir sur la base de factures erronées, le refus opposé par un organisme social de payer les prestations effectuées par un médecin dans de telles conditions constitue une difficulté sérieuse qui interdit au juge des référés de limiter la portée de ce refus (2^e Civ., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-19.369).

β. Pouvoirs du juge saisi au fond

À l'instar des règles qui gouvernent le procès civil (article 21 du code de procédure civile), les dispositions du code de la sécurité sociale prévoient que le tribunal des affaires de sécurité sociale ne statue qu'après s'être efforcé, sans résultat, de concilier les parties (article R. 142-21 du code de la sécurité sociale). Néanmoins, ce texte est difficile à mettre en œuvre dans une matière où de nombreuses dispositions sont d'ordre public. Comment concilier les parties lorsque sont en jeu des questions d'assujettissement, de cotisations dont le recouvrement est confié à des organismes gérant un service public ?

Dans le même ordre d'idées, la spécificité du rôle du juge – est-ce un effet du caractère d'ordre public de la matière ou de sa dimension administrative ? – dans le prononcé des sanctions instaurées par le code de la sécurité sociale mérite d'être mentionnée.

Nul besoin d'insister sur le pouvoir de modération, en droit commun, reconnu au juge amené à faire application d'une clause pénale sanctionnant le non-respect, par un contractant, de son obligation si « la peine est manifestement excessive ou dérisoire » (article 1152 du code civil). Or, en droit de la sécurité sociale, le pouvoir de modération du juge est plus restreint, à moins qu'une disposition expresse lui reconnaisse un pouvoir d'appréciation. Cette rigueur est spécialement illustrée dans l'hypothèse où un organisme social décide de sanctionner le paiement tardif de cotisations par des majorations de retard (article R. 243-18 du code de la sécurité sociale) : le juge se trouve alors dépourvu de tout pouvoir de modération quant au montant des majorations de retard appliquées. En effet, la jurisprudence retient que ces majorations, dues de plein

droit, revêtent la même nature que les cotisations elles-mêmes et ne sont, dès lors, pas assimilables à des dommages-intérêts, excluant ainsi toute modération ou augmentation (2^e Civ., 2 juin 1994, pourvoi n° 91-11.493, *Bull.* 1994, II, n° 187). Mais le juge peut retrouver de telles prérogatives quand la loi sociale l'y autorise expressément (en cas de non-respect des obligations édictées par l'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale en cas d'arrêt de travail, par exemple).

À l'inverse, la lecture des textes relatifs aux pouvoirs du juge confronté à la prescription d'une action relative à des prestations ou cotisations sociales pouvait laisser penser qu'en cette matière, la juridiction se trouvait dotée de prérogatives dérogeant au droit commun, en raison, notamment, de la nature et des enjeux du contentieux. L'article L. 142-9 du code de la sécurité sociale dispose, en effet, que les juridictions amenées à connaître du contentieux en matière de sécurité sociale «soulèvent d'office» les prescriptions prévues en cette matière. Malgré l'emploi, par le texte, d'une telle formulation, la chambre sociale, puis la deuxième chambre civile, en ont donné une interprétation qui préserve le pouvoir d'appréciation du juge sur ce point (Soc., 16 novembre 1995, pourvoi n° 94-11.079, *Bull.* 1995, V, n° 302 ; 2^e Civ., 16 décembre 2011, pourvoi n° 10-25.603).

B. Attributions procédurales du ministère public, garant de l'ordre public

La défense de l'ordre public sert de fondement et de cadre à l'intervention du ministère public dans le procès civil.

Strictement entendu lorsqu'il légitime le droit d'action général du ministère public, l'ordre public peut aussi servir d'assise, dans le domaine des procédures collectives, à l'exercice de ses larges attributions destinées à assurer la défense de l'intérêt général.

1. Conception stricte et contingente de la notion d'ordre public

Généralement, le ministère public intervient comme partie jointe pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans les affaires dont il a communication (article 424 du code de procédure civile).

a. En droit des personnes et de la famille

En droit judiciaire privé, faute d'une définition dans le code de procédure civile de la notion de « faits qui portent atteinte » à l'ordre public, la jurisprudence est naturellement venue en préciser les contours en procédant toujours avec une certaine circonspection, notamment dans le domaine de prédilection de ce texte, à savoir la protection de la personne humaine et de la famille, où la généralité des termes utilisés par l'article 423 du code de procédure civile pourrait conduire à une intrusion dangereuse pour les libertés individuelles de l'État dans la sphère privée des personnes physiques. Aussi, en dépit de la conception extensive de la notion de faits portant atteinte à l'ordre public résultant de la rédaction même de l'article 423, la Cour de cassation et les juges du fond, conscients du caractère contingent de la notion d'ordre public, ont eu tendance, s'agissant particulièrement d'affaires familiales ou de droit des personnes, à privilégier une interprétation stricte de ce texte afin de maintenir un subtil équilibre entre le respect légitime des intérêts privés des justiciables et la préservation, tout aussi légitime, de l'intérêt général (Civ., 17 décembre 1913, *Bull.* 1913, IV, n° 241, p. 466 ; S. 1914, 1, p. 153, note J. Ruben de Couder ; D.P. 1914, 1, p. 261, note P. Binet ;

RTD civ. 1915, p. 207, obs. R. Japiot) : l'intervention d'office du ministère public « ne s'explique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion de faits qui y portent une grave atteinte, sans léser aucun intérêt rival »).

Dans un premier temps, les juridictions du fond apprécient si les faits litigieux portent atteinte à l'ordre public, ce qui est le cas, notamment, s'ils relèvent d'un contentieux privé intéressant « directement et principalement », « au plus haut point », voire « impérieusement » l'ordre public, comme les règles d'opposition ou de nullité à un mariage, l'interdiction en droit interne des conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. Dans un second temps, la Cour de cassation contrôle la qualification ainsi opérée par les juges du fond au regard des exigences de l'article 423 du code de procédure civile, c'est-à-dire qu'elle vérifie si les faits qu'ils ont relevés sont, ou non, de nature à porter atteinte à l'ordre public (1^{re} Civ., 11 février 1986, pourvoi n° 84-15.513, *Bull.* 1986, I, n° 25 ; sur l'action du ministère public en qualité de partie principale sur le fondement de l'article 423 du code de procédure civile en matière d'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, voir 1^{re} Civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 00-17.692, *Bull.* 2002, I, n° 100 ; sur une autre application de l'article 423 du code de procédure civile en matière de prohibition de la célébration d'un mariage homosexuel, voir 1^{re} Civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16.627, *Bull.* 2007, I, n° 113 ; sur le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère tendant à faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, contraire à l'ordre public français édicté par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, voir 1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72). En outre, dès lors que le ministère public est initialement intervenu en première instance comme partie jointe, la Cour de cassation, qui retient ici une appréciation particulièrement étroite de la notion d'ordre public, casse volontiers pour défaut de base légale les arrêts qui déclarent recevable l'action du ministère public sur le fondement de l'article 423 du code de procédure civile « sans dire en quoi le tribunal avait statué par une décision portant atteinte à l'ordre public dès lors que le ministère public n'avait figuré que comme partie jointe et non comme partie principale à la procédure devant les premiers juges » (Com., 20 octobre 2009, pourvoi n° 08-14.468 ; Com., 3 février 1998, pourvoi n° 95-17.950). À ce stade, il convient de rappeler que l'exigence, prévue par un texte, de communication d'une cause civile au ministère public, n'emporte pas pour ce dernier le droit d'intervenir d'office comme partie principale dans l'instance hors de toute atteinte à l'ordre public (2^e Civ., 14 décembre 1988, pourvoi n° 87-17.810). En jurisprudence, il apparaît que la seule constatation de l'existence d'un intérêt général dans une affaire (contentieuse ou gracieuse) ne saurait ainsi être à elle seule suffisante pour caractériser la défense de l'ordre public justifiant l'intervention du ministère public en qualité de partie principale, en dehors des cas spécifiés par la loi. C'est ce que relève d'ailleurs la doctrine selon laquelle « alors que, quand le ministère public est partie jointe, on se réfère à la définition courante et générale de l'ordre public, lorsqu'il exerce l'action d'office [ministère public, partie principale], la notion change de contenu : elle s'amoindrit. Les formules employées par la Cour de cassation et par les juridictions inférieures révèlent cette restriction. Pour que le parquet puisse agir, il faut que "l'ordre public soit directement et principalement intéressé", ou que la matière "d'intérêt général, intéresse impérieusement l'ordre public" » (J. Vincent, « La procédure civile et l'ordre

public» in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, tome 2, Dalloz et Sirey, 1961, p. 334; sous l'empire de l'article 7 du décret n° 72-684 du 20 juillet 1972 instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale d'un nouveau code de procédure civile, l'action principale du ministère public avait été cantonnée à l'hypothèse de faits «qui portent directement et principalement atteinte à l'ordre public» : voir, sur ce point, O. Gout, *JCl. Proc. civ.*, LexisNexis, fasc. 100 «Ministère public. Attributions judiciaires en matière civile. Généralités. Ministère public, partie principale au procès», n° 100, 18 juin 2010; sur la conception étroite de la notion d'ordre public retenue par la jurisprudence, voir V. Mikalef-Toudic, *Le Ministère public, partie principale dans le procès civil*, thèse, Caen, 1997, n° 127, p. 95-96).

b. Dans le domaine des procédures collectives

L'article 425, 2°, du code de procédure civile dispose : «Le ministère public doit avoir communication : [...] 2°) Des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions prévues par l'article L. 653-8 du code de commerce». Exceptionnellement, le ministère public peut agir d'office, comme partie principale, dans le procès civil, dans certains cas spécifiés par la loi (article 422 du code de procédure civile). Ainsi, en matière de procédures collectives (sur les cas d'intervention du ministère public en qualité de partie principale spécifiés par la loi du 25 janvier 1985, voir V. Mikalef-Toudic, *op. cit.*, n° 121-122, p. 92-93), le ministère public intervient notamment comme partie principale pour initier des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif contre les dirigeants d'une personne morale en liquidation judiciaire (article L. 651-3, alinéa 1^{er}, du code de commerce). À titre encore plus exceptionnel, dans certains domaines des procédures collectives dans lesquels l'intervention du procureur de la République n'a pas été prévue par les lois des 25 janvier 1985 et 26 juillet 2005 précitées, l'article 423 du code de procédure civile permet aux juges du fond, sous le contrôle de la chambre commerciale de la Cour de cassation, d'autoriser son intervention dans la procédure collective pour la «défense de l'ordre public».

La conception stricte de l'ordre public, retenue par la jurisprudence en droit des personnes et de la famille, trouve-t-elle également à s'appliquer en droit des entreprises en difficulté ?

À la lecture de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, une réponse affirmative semble devoir s'imposer. Ainsi, en matière d'action en responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux pour insuffisance d'actif de la société débitrice, la chambre commerciale de la Cour de cassation se montre restrictive quant à l'appréciation de la recevabilité de l'action d'office du ministère public en qualité de partie principale sur le fondement de l'article 423 du code de procédure civile, obligeant les juges du fond à préciser par une motivation spéciale relevant d'une appréciation *in concreto* en quoi les faits qui lui étaient soumis avaient porté atteinte à l'ordre public (Com., 3 février 1998, pourvoi n° 95-17.950).

En matière de sanctions personnelles prévues par les articles 185 et suivants de la loi du 25 janvier 1985 (voir H. Matsopoulou, «Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer», *D.* 2007, chron., p. 104 et s., spéc. p. 106), il est jugé que ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles 423, 424, 425 2° et 546 du

nouveau code de procédure civile la cour d'appel qui, sur appel du ministère public, applique une mesure de faillite personnelle à une personne dont elle retient la gérance de fait d'une société mise en liquidation judiciaire, alors que le ministère public n'avait figuré que comme partie jointe à la procédure devant les premiers juges, sans dire en quoi les faits, qui lui étaient soumis et qui n'avaient pas été sanctionnés par la décision entreprise, avaient porté atteinte à l'ordre public et alors qu'elle devait, au besoin d'office, relever la fin de non-recevoir prise de ce que le droit d'appel n'appartenait pas au ministère public (Com., 20 janvier 1998, pourvoi n° 94-20.177, *Bull.* 1998, IV, n° 33). Selon le rapporteur dans cette affaire (rapp. Pasturel, *D.* 1998, *Jurisp.*, p. 125), la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi écarté l'idée selon laquelle « le régime des sanctions personnelles, qui répond au souci d'écarter des relations commerciales les dirigeants malhonnêtes ou simplement incompetents, [serait], par essence, d'ordre public [de sorte que] le parquet, qu'il ait ou non pris l'initiative de l'action [devrait] se voir toujours reconnaître en cette matière un droit d'appel ».

En matière d'action en comblement de l'insuffisance d'actif prévue à l'article L. 624-3 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 (ancien article 180 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985), une affaire tenant à la paralysie des organes de la procédure collective résultant de l'expiration de leurs pouvoirs en application de l'article 90 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises (modifié par le décret n° 94-910 du 21 octobre 1994 pris pour l'application de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises) a particulièrement focalisé l'attention de la doctrine. À l'occasion de cette affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser la conception de l'ordre public tant économique que procédural qu'elle entendait faire prévaloir en droit des entreprises en difficulté.

Concrètement, la question de procédure était de savoir si l'expiration des pouvoirs d'un organe de la procédure collective, en l'espèce le commissaire à l'exécution du plan de redressement par voie de cession totale des sociétés débitrices, pouvait être qualifiée de fait portant « atteinte à l'ordre public » au sens de l'article 423 du code de procédure civile afin de justifier l'intervention du ministère public en qualité de partie principale dans une instance en cours en comblement de l'insuffisance d'actif dirigée contre les dirigeants de ces sociétés. La réponse n'allait pas de soi dans la mesure où la jurisprudence du fond tend à considérer l'action en comblement de l'insuffisance d'actif comme une action indemnitaire concernant des intérêts purement privés, de sorte qu'elle se montre, le plus souvent, hostile à admettre, dans ce cas, la recevabilité de l'action d'office du ministère public fondée sur l'article 423 du code de procédure civile, sauf à établir concrètement une atteinte caractérisée à l'ordre public (CA Amiens, 9 février 2006, n° 04/03723, *JurisData* n° 2006-315006). La doctrine souligne d'ailleurs que l'action en responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux exercée dans le cadre d'une procédure collective (dénommée tantôt action en comblement de « passif » sous l'empire de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, puis action en comblement de « l'insuffisance d'actif » sous l'empire de l'article L. 624-3 du code de commerce issu de la loi du 25 janvier 1985, et enfin action en « responsabilité pour insuffisance d'actif » sous l'empire de l'article L. 651-2 de la loi du 26 juillet 2005, modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté) présenterait une nature indemnitaire de type « action en responsabilité civile délictuelle » et

serait donc dépourvue de caractère répressif à l'égard du dirigeant social condamné (en doctrine, voir P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, Dalloz action, 6^e éd., 2011, n° 922.11, p. 2343 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 9^e éd., 2012, n° 1484-1485, p. 808-809 ; sur la nature indemnitaire de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif dans les travaux préparatoires de la loi du 26 juillet 2005, voir le *Rapport n° 2095 de M. Xavier de Roux, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises*, enregistré le 11 février 2005 et le *Rapport n° 335 (2004-2005) de M. Jean-Jacques Hyest, fait au nom de la commission des lois du Sénat*, déposé le 11 mai 2005 ; voir aussi P. Le Cannu, « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005 n° 4, 1^{er} février 2006, p. 743 et s.). De son côté, la Cour de cassation estime que l'action en comblement de l'insuffisance d'actif constitue une simple action en responsabilité civile (solution rendue sous l'empire de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, voir 1^{re} Civ., 9 novembre 1983, pourvoi n° 81-16.548, *Bull.* 1983, I, n° 263 ; Com., 15 novembre 1988, pourvoi n° 87-12.340, *Bull.* 1988, IV, n° 305), celle-ci ayant un caractère strictement patrimonial, ce qui exclut *a priori* tout caractère répressif à l'égard du dirigeant condamné.

Dans l'affaire relative à l'expiration des pouvoirs d'un organe de la procédure collective, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 423 du code de procédure civile la cour d'appel qui, pour déclarer recevable la requête présentée par le ministère public aux fins de désignation d'un « mandataire *ad hoc* » chargé de poursuivre les instances en cours, retient qu'il y a atteinte à l'ordre public dès lors qu'une procédure collective se trouve privée d'organes pouvant la représenter alors que la procédure n'est pas clôturée, sans préciser en quoi l'expiration de la mission du commissaire à l'exécution du plan, qui est prévue par la loi elle-même, était un fait portant atteinte à l'ordre public autorisant le procureur de la République à agir en désignation d'un mandataire de justice chargé de poursuivre l'instance en paiement des dettes sociales introduite par le commissaire à l'exécution du plan (Com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-16.078, *Bull.* 2009, IV, n° 35). À l'occasion de cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi maintenu le principe d'une appréciation *in concreto* de l'atteinte à l'ordre public, les juges du fond devant rechercher, au cas par cas, si les faits invoqués portent atteinte en l'espèce à l'ordre public économique ou procédural. À ce titre, un auteur a d'ailleurs soutenu que la désignation d'un mandataire *ad hoc* après l'expiration de la mission du commissaire à l'exécution du plan devrait recouvrir un cas particulier d'application de l'article 423 du code de procédure civile (B. Soinne, « Le nouveau Kafka (à propos de la répartition des pouvoirs entre les organes de la procédure après le jugement d'arrêt de plan) », *PA* n° 11, 15 janvier 2002, p. 4 ; n° 12, 16 janvier 2002, p. 8 ; n° 13, 17 janvier 2002, p. 13).

Statuant sur renvoi après cassation dans la même affaire relative à l'expiration des pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que justifie légalement sa décision au regard de l'article 423 du code de procédure civile une cour d'appel qui, après avoir constaté que les dirigeants sociaux ont été condamnés par les premiers juges à payer une provision de 150 millions de francs (soit 22,8 millions d'euros) à valoir sur le montant définitif de l'insuffisance d'actif des sociétés, a retenu que dès lors que la procédure en comblement de l'insuffisance d'actif est paralysée par l'expiration de la mission du commissaire à l'exécution du plan, ce qui laisse la procédure sans organe pour la poursuivre, ce fait porte

manifestement atteinte à l'ordre public, dont le ministère public assure la défense, et justifie le dépôt par ce dernier d'une requête tendant à demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* (Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.373). Cet arrêt, qui reprend l'appréciation *in concreto* de la notion de fait portant atteinte à l'ordre public prévue à l'article 423 du code de procédure civile, considère que la paralysie procédurale d'une action en comblement de l'insuffisance d'actif portant sur des sommes très importantes (22,8 millions d'euros) du fait de l'expiration de la mission du commissaire à l'exécution du plan porte une atteinte telle à l'« ordre public procédural » que cette situation de crise justifie l'intervention du ministère public en qualité de partie principale pour faire désigner un mandataire *ad hoc* chargé de poursuivre la représentation du débiteur dans cette instance (voir J.-P. Rémy, « Le ministère public et le droit des entreprises en difficulté : un an de jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation (janvier 2011-février 2012) », *D.* 2012, p. 700-703, spéc. p. 700-701). Comme le souligne Mme l'avocat général Bonhomme dans son avis relatif à l'affaire précitée (pourvoi n° 10-21.373), il convient « de remplacer la référence à l'ordre public économique choisi par la cour d'appel et dont l'atteinte ne paraît pas démontrée, par l'ordre public procédural tenant au droit à la poursuite du procès en appel ».

2. Extension des attributions du ministère public en matière de procédures collectives

Jadis cantonné dans un rôle marginal quant au déroulement de la procédure de faillite, le ministère public a connu, depuis près de cinquante ans, un accroissement considérable de ses prérogatives légales en matière de procédures collectives.

Jusqu'à la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, ses attributions se limitaient à donner son avis dans les procédures les plus importantes. Puis la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises est venue marquer une véritable rupture dans l'évolution des pouvoirs conférés au ministère public dans les procédures collectives en lui ouvrant notamment la possibilité d'exercer des voies de recours, de sorte qu'il n'était plus uniquement présent dans la procédure collective pour assurer la défense de la société dans un cadre répressif, mais aussi pour veiller au respect de l'ordre public économique (voir B. Soinne, « L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation (commentaire de la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 et du décret n° 82-327 du 9 avril 1982) », *D.* 1983, chron., p. 11). L'augmentation des pouvoirs du ministère public s'est poursuivie avec les lois n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises et n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises qui ont fait de lui, selon la doctrine, un « véritable organe de la procédure » (P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, Dalloz action, 6^e éd., 2011, n° 340.11, p. 529), auquel le législateur a expressément conféré de nombreux pouvoirs d'intervention dans la procédure notamment quant à l'exercice des voies de recours (voir J.-P. Rémy, « Le ministère public et les voies de recours dans les procédures collectives », in *Rapport annuel* 1998, p. 139 ; sur le rôle du ministère public sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, voir P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2002, spéc. n° 67 à 69, p. 47-49 ; dans la législation, voir les anciens articles 173-1 et 174 de la loi du 25 janvier 1985 modifiée

par la loi du 10 juin 1994, devenus les articles L. 623-5 et L. 623-6 du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises).

Depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le ministère public est omniprésent dans les différentes procédures en tant que gardien de l'ordre public économique, dont il a en charge la défense au nom de la protection des intérêts de la société (Circulaire CIV/08/06 de la direction des affaires civiles et du sceau du 18 avril 2006, relative à l'action du ministère public dans les procédures du livre VI du code de commerce en conséquence de la loi de sauvegarde des entreprises, NOR : JUSC0620263C, *BO MFL* n° 102 du 1^{er} avril au 30 juin 2006 : « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises n'implique pas un bouleversement dans le mode d'intervention des parquets dans les procédures collectives, mais elle signifie très clairement la poursuite de l'accroissement de leur rôle, qui résultait déjà des réformes de 1985 et de 1994. Le renforcement de ce rôle a pour finalité la défense de l'intérêt général lors des situations de crise » ; voir, en doctrine, H. Houlette, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP* éd. E n° 42, 20 octobre 2005, 1514). D'ailleurs, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, qui a modifié la loi de sauvegarde, tend également à « renforcer le rôle du ministère public et à accroître ses facultés de recours » (art. 74, I, 12°, de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; voir aussi *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, NOR : JUSC0824839P, *JO* du 19 décembre 2008, p. 19457).

§ 2. Moyens d'ordre public

Suivant l'ordre du code de procédure civile, seront successivement examinées l'incompétence (A), les causes de nullités (B) et les fins de non-recevoir (C). Puis seront étudiées les conditions dans lesquelles les moyens sont relevés d'office (D).

A. Incompétence

Participant à la cohérence même de l'appareil judiciaire, les règles de compétence sont intrinsèquement liées à l'ordre public. « Les règles de compétence sont des règles impératives, donc d'ordre public par principe », écrit le professeur Beigner (B. Beigner, « Ordre public et compétence », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 100). Pour autant, le code de procédure civile distingue les règles de compétence qui sont d'ordre public de celles qui ne le sont pas. Ainsi, l'article 92 du code de procédure civile indique que l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public, ce dont il résulte que toutes les règles de compétence ne sont pas revêtues de cette importance. En matière de compétence territoriale également, le code de procédure civile invite à distinguer les règles pouvant être relevées d'office de celles qui ne le peuvent pas.

Il convient d'examiner successivement la compétence d'attribution puis la compétence territoriale.

1. Compétence d'attribution

a. Principe

Les règles de compétence d'attribution sont par excellence le siège de l'ordre public, l'article 92 précité n'évoquant l'ordre public qu'à propos de celles-ci, sans toutefois les énumérer. Sous l'empire de l'ancien code de procédure civile déjà, la jurisprudence avait eu l'occasion de préciser que l'incompétence est d'ordre public lorsque la juridiction compétente est une juridiction administrative (Soc., 10 mai 1962, *Bull.* 1962, IV, n° 424) ou une juridiction répressive (2^e Civ., 20 janvier 1971, pourvoi n° 69-11.539, *Bull.* 1971, II, n° 20).

Au sein même de l'ordre judiciaire, des juridictions spécialisées voient leur périmètre d'intervention défini par des règles d'un ordre public renforcé. Ainsi, l'article R. 121-4 du code des procédures civiles d'exécution clôt une sous-section relative à la compétence du juge de l'exécution en indiquant que « les règles de compétence prévues au présent code sont d'ordre public ». Cet ordre public en la matière est renforcé s'agissant de la compétence d'attribution car l'article R. 121-1 du même code dispose en son premier alinéa que « tout juge autre que le juge de l'exécution doit relever d'office son incompétence », traduisant ainsi une conséquence procédurale de l'article L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire qui prévoit que la compétence de ce juge est « exclusive ». Ainsi, cette règle de compétence peut-elle s'analyser comme une règle d'ordre public absolu car il est de principe pour l'essentiel des autres règles de compétence d'ordre public que le juge n'est pas tenu de les relever.

En effet, contrairement à l'hypothèse qui vient d'être évoquée, l'ordre public en matière d'exception de compétence ne confère en principe pas une obligation mais une simple faculté pour le juge. Ainsi, quand bien même la violation d'une règle de compétence d'attribution serait-elle d'ordre public, il ne peut être reproché au juge de ne l'avoir pas relevée d'office (2^e Civ., 29 novembre 1978, pourvoi n° 76-15.612, *Bull.* 1978, II, n° 252 ; 1^{re} Civ., 16 juin 1998, pourvoi n° 96-20.942). En outre, l'exception d'incompétence, même d'ordre public, doit à peine d'irrecevabilité être soulevée avant toute défense au fond, de sorte qu'elle ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de cassation (Ch. mixte, 24 mai 1975, pourvoi n° 73-13.556, *Bull.* 1975, Ch. mixte, n° 4 ; Soc., 5 juin 1990, pourvoi n° 88-14.105, *Bull.* 1990, V, n° 265 ; 1^{re} Civ., 20 mars 1989, pourvoi n° 87-16.638, *Bull.* 1989, I, n° 129 ; 2^e Civ., 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-30.462 ; Com., 14 mai 2008, pourvoi n° 05-20.307 ; 2^e Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-66.831). Pour autant, le moyen tiré de la violation d'une telle règle d'incompétence, serait-il irrecevable, peut être repris par la Cour de cassation qui peut quant à elle le soulever d'office (1^{re} Civ., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-21.697 ; 1^{re} Civ., 4 juin 2007, pourvoi n° 06-15.259, *Bull.* 2007, I, n° 225 ; 1^{re} Civ., 16 décembre 1997, pourvoi n° 95-21.951, *Bull.* 1997, I, n° 372 ; 1^{re} Civ., 19 mars 1996, pourvoi n° 94-12.426, *Bull.* 1996, I, n° 138).

Devant les juridictions du fond comme devant la Cour de cassation, la place laissée à l'ordre public en matière de compétence d'attribution est plus réduite car cette incompétence ne peut être relevée d'office que dans trois hypothèses : lorsque l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, d'une juridiction administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française. En dehors de ces hypothèses, la violation d'une règle de compétence ne peut être sanctionnée d'office et la jurisprudence

a eu l'occasion d'affirmer que cette règle s'imposait même dans une hypothèse où un juge de l'exécution, qui peut relever d'office son incompétence en application de l'article R. 121-1 du code des procédures civiles d'exécution et dont la compétence procède comme il vient d'être vu d'un ordre public renforcé, avait méconnu sa propre compétence : ainsi, la cour d'appel ne peut-elle relever d'office l'incompétence d'un juge de l'exécution dès lors que l'affaire relèverait d'une juridiction civile de l'ordre judiciaire (2^e Civ., 18 novembre 2004, pourvoi n° 02-20.519 ; 2^e Civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 02-14.498, *Bull.* 2004, II, n° 174).

b. Déclinaison

α. Devant la chambre commerciale, économique et financière

Par un arrêt du 23 janvier 1967 (Com., 23 janvier 1967, *Bull.* 1967, IV, n° 40), la chambre commerciale, financière et économique a jugé qu'en vertu de l'article 635 du code de commerce, dont les dispositions sont d'ordre public, toute autre juridiction que le tribunal de commerce est incompétente pour connaître des actions en matière de faillite puis, au sujet de la procédure spécifique à la Cour de cassation, qu'il n'était pas possible pour les parties de se prévaloir pour la première fois devant cette juridiction d'une exception d'incompétence, les règles invoquées fussent-elles d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'application du principe de la séparation des pouvoirs (Com., 18 décembre 1973, pourvoi n° 72-13.505, *Bull.* 1973, IV, n° 369). Elle a cependant admis qu'il lui était possible de relever d'office l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire, en matière fiscale, lorsque les contestations relatives au recouvrement qui portent sur l'existence de l'obligation de payer, sur le montant de la dette compte tenu des paiements effectués et sur l'exigibilité de l'impôt relèvent, en matière d'impôts directs, de la compétence du juge administratif (Com., 3 décembre 2002, pourvoi n° 00-21.850, *Bull.* 2002, IV, n° 185 ; Com., 11 mars 2003, pourvoi n° 00-20.737, *Bull.* 2003, IV, n° 39).

Elle a encore imposé à certaines juridictions de conserver leur compétence en vertu de dispositions jugées d'ordre public : « Lorsque deux litiges connexes sont pendants, l'un devant le tribunal de grande instance, juridiction de droit commun compétente pour en connaître en application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, et l'autre devant le tribunal de commerce, juridiction d'exception dotée, s'agissant d'une action en nullité d'un acte conclu en période suspecte, née de la procédure collective et soumise à son influence juridique, d'une compétence exclusive d'ordre public, par application de l'article R. 662-3 du code de commerce, chacune des deux juridictions saisies doit conserver la connaissance de l'affaire qui lui est soumise » (Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-16.884, *Bull.* 2009, IV, n° 51).

β. Devant la chambre sociale

La loi prévoit que les conflits individuels du travail sont de la compétence exclusive des conseils de prud'hommes.

L'article L. 1411-4 du code du travail, inséré dans le chapitre « Compétence en raison de la matière », prévoit que « le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite ».

Il s'agit essentiellement des différends individuels entre salariés et employeurs, ou les représentants de ceux-ci, nés à l'occasion d'un contrat de travail, ou d'apprentissage, de droit privé. Sont inclus dans ce champ de compétence les litiges portant sur l'existence même d'un contrat de travail et ceux survenus après la rupture du contrat de travail dès lors qu'ils sont en relation avec celui-ci (voir Soc., 31 octobre 2000, pourvoi n° 98-44.122, *Bull.* 2000, V, n° 356).

Seule la loi peut déroger à cette compétence d'exception, soit en l'étendant, soit, au contraire, en la restreignant. Ainsi, par exemple, l'article L. 1411-3 du code du travail prévoit que « le conseil de prud'hommes règle les différends et litiges nés entre salariés à l'occasion du travail », alors que l'article 6 de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques prévoit une dérogation à la règle générale posée par l'article L. 1411-4 en soumettant les litiges nés à l'occasion de l'exécution d'un contrat de travail d'un avocat à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel siégeant en chambre du conseil.

La compétence d'ordre public des conseils de prud'hommes s'impose aux parties et aux juridictions.

Elle s'impose aux parties :

La compétence d'attribution des conseils de prud'hommes est d'ordre public (voir Soc., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-40.867).

Elle a pour corollaire l'impossibilité de prévoir des dispositions contractuelles y dérogeant. L'article L. 1221-5 du code du travail dispose en effet que « toute clause attributive de juridiction dans un contrat de travail est nulle et de nul effet ».

Cette compétence d'attribution implique que les clauses compromissaires et les compromis d'arbitrage sont inopposables aux salariés, y compris en cas de contrat de travail international (voir Soc., 30 novembre 2011, pourvoi n° 11-12.905, *Bull.* 2011, V, n° 277 ; Soc., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-45.042, *Bull.* 2005, V, n° 216).

Comme le relève la doctrine, « ainsi, sur le terrain de l'arbitrage, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que les clauses compromissaires stipulées dans un contrat de travail ou un avenant au contrat de travail sont inopposables aux salariés en application de l'article L. 1411-4 du code du travail, qui pose la compétence exclusive du conseil de prud'hommes dans les litiges relatifs à la formation, l'exécution ou la rupture du contrat de travail [Soc., 30 novembre 2011, préc.]. Il est intéressant de relever que la sanction n'est pas la nullité mais l'inopposabilité. Une stricte application des textes ne pouvait permettre de retenir comme sanction la nullité de la clause compromissoire car l'article 2061 du code civil précise bien que celle-ci est valable sauf dispositions législatives particulières. Or, il n'existe pas de dispositions législatives particulières qui déclarent la clause compromissoire nulle en matière de contrat de travail, mais seulement une disposition du code du travail imposant que tout litige relatif au contrat de travail soit soumis à la compétence du conseil de prud'hommes (T. Clay, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ? », *Dr. soc.* 2010, p. 930 et s., spéc. p. 941, n° 64). L'inopposabilité – non pas entendue dans son sens traditionnel comme l'inefficacité de l'acte à l'égard des tiers mais dans un sens plus générique, c'est-à-dire celle d'un acte dont certains effets seraient neutralisés, y compris à l'égard des parties à l'acte – aurait ainsi pour conséquence que seul le salarié aurait le pouvoir de mettre en œuvre une clause compromissoire » (G. François,

«L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuse insérées dans le contrat de travail», *JCP* éd. E n° 8, 21 février 2013, 1127).

Elle fait également échec au principe «compétence-compétence», qui veut que lorsque la compétence de l'arbitre est contestée, c'est à lui qu'il revient en priorité de statuer sur ce point. Ce principe découle de l'article 1448 du code de procédure civile qui prévoit que «lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable». Cependant, dans l'arrêt Soc., 30 novembre 2011, pourvoi n° 11-12.905 précité, la chambre a jugé «qu'il résulte de l'article L. 1411-4 du code du travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale». Ainsi que le remarque la doctrine, «ce n'est cependant pas la nullité ou l'inapplicabilité manifeste qui justifie le maintien de la compétence prud'homale dans l'arrêt commenté [arrêt du 30 novembre préc.] mais le caractère exclusif de cette compétence. [...] Le caractère impératif de cette compétence suffit à justifier cette solution» (S. Brissy, «Principe "compétence-compétence" : exit en matière prud'homale», *JCP* éd. S n° 5, 31 janvier 2012, 1049).

De même, les clauses de conciliation précontentieuse ne peuvent avoir pour effet de priver un salarié de la possibilité de saisir la juridiction prud'homale. Dans un arrêt du 5 décembre 2012 (pourvoi n° 11-20.004, *Bull.* 2012, V, n° 326), la chambre sociale a jugé «qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend».

Elle s'impose aux juridictions :

Dans le cas où la loi réserve à une autre juridiction le contentieux de certains contrats de travail, le conseil de prud'hommes est absolument incompétent. C'est ce qu'a jugé la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 juin 1995 (Soc., 28 juin 1995, pourvoi n° 93-46.658, *Bull.* 1995, V, n° 221), s'agissant notamment des contrats liant un particulier employeur à une assistante maternelle :

«Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué statuant sur contredit (Bordeaux, 8 novembre 1993), que Mme X..., employée par Mme Y... en qualité d'assistante maternelle, a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement d'un solde d'indemnité de congés payés;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que ce litige ne relevait pas de la compétence prud'homale;

Mais attendu que la cour d'appel, après avoir énoncé que, par application de l'article L. 511-1 du Code du travail, les conseils de prud'hommes ne peuvent connaître les litiges dont la compétence est attribuée par la loi à une autre juridiction et que l'article R. 321-6, 3 du Code de l'organisation judiciaire attribue compétence au tribunal d'instance pour connaître des contestations entre les assistantes maternelles ou les personnes et établissements prenant des enfants en garde ou en pension et ceux qui les leur confient, a exactement décidé que le litige relevait de la compétence du tribunal d'instance.»

Le conseil de prud'hommes saisi d'un litige ne ressortissant pas à sa compétence peut ainsi se déclarer d'office incompétent (voir Soc., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-44.872).

De même, si une autre juridiction que le conseil de prud'hommes se trouve saisie d'un litige individuel du travail, elle doit d'office se déclarer incompétente, même si ce litige individuel est connexe à un autre litige au sens de l'article 101 du code de procédure civile, selon lequel il y a connexité quand «il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes, un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble».

La chambre sociale a depuis longtemps affirmé que «les conseils de prud'hommes ont été institués pour terminer par voie de conciliation les différends pouvant s'élever, notamment, à l'occasion du contrat de travail entre patrons et employés et [...] sont seuls compétents pour connaître en premier ressort de ces différends, peu important leur connexité avec un autre litige non susceptible de leur être soumis» (voir Soc., 15 mai 1974, pourvoi n° 72-13.582, *Bull.* 1974, V, n° 297).

Dans un arrêt plus récent (Soc., 11 mars 2003, pourvoi n° 00-45.855, *Bull.* 2003, V, n° 91), la chambre a jugé que «le caractère exclusif et d'ordre public de la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes en matière de contestation de la réalité du contrat de travail [interdit] d'y faire échec pour cause de connexité». Dans cette décision, «la Cour de cassation considère que la cour d'appel, statuant sur contredit, ne peut examiner l'exception de connexité, qui suppose que les deux juridictions soient également compétentes, sans s'être préalablement prononcée sur l'exception d'incompétence tirée de l'existence d'un contrat de travail. De plus, le caractère exclusif et d'ordre public de la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes en matière de contestation de la réalité du contrat de travail interdit d'y faire échec pour cause de connexité» (*Lamy social, droit du travail, charges sociales*, sous la direction de A. Dupays, Lamy, 2013, § 5406).

2. Compétence territoriale

S'agissant des règles de compétence territoriale, le code de procédure civile n'emploie pas l'expression d'ordre public mais évoque les règles qui peuvent être relevées d'office, par opposition à celles qui sont d'intérêt purement privé. L'article 93 prévoit les hypothèses dans lesquelles le juge peut relever d'office son incompétence, étant observé que le code de procédure civile ne les énumère pas de manière exhaustive : l'article 44 dispose qu'en matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente, et l'article 45 de ce code fixe une règle de compétence territoriale en matière de succession. L'article 46, qui prévoit notamment que le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, celle du lieu où demeure le créancier en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, ainsi que l'article 1070 qui fixe les règles de compétence territoriale du juge aux affaires familiales, sont considérées en doctrine (B. Beigner, «Ordre public et compétence», in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 105) comme fixant des règles d'ordre public. Le code de procédure civile n'est du reste pas le siège exclusif des règles d'ordre public relatives à la compétence territoriale, comme l'illustre l'article R. 114-1 du code des assurances.

À l'instar de ce qui vient d'être évoqué s'agissant des règles de compétence d'attribution, l'ordre public en matière d'exception de compétence territoriale n'oblige pas le juge à relever d'office son éventuelle incompétence mais lui en donne la faculté. Aussi a-t-il été jugé que le tribunal qui statue sur une opposition à injonction de payer n'était pas tenu de relever son incompétence à raison du domicile du débiteur poursuivi (2^e Civ., 1^{er} avril 2004, pourvoi n° 02-14.485, *Bull.* 2004, II, n° 149), et que le juge des tutelles, s'il peut toujours se déclarer d'office territorialement incompétent, n'y est jamais tenu (1^{re} Civ., 4 décembre 1990, pourvoi n° 89-18.257, *Bull.* 1990, I, n° 279).

Certaines dispositions d'ordre public réalisent une synthèse de la compétence territoriale et de la compétence d'attribution comme le premier alinéa de l'article 52 du code de procédure civile qui prévoit que les demandes afférentes aux frais de justice relèvent de la compétence de la juridiction devant laquelle ils ont été exposés. Pour autant, les règles respectives de compétence territoriale et d'attribution relèvent, ainsi qu'il vient d'être vu, de catégories distinctes, et le juge ne peut, en accueillant une exception d'incompétence territoriale, régler par la même occasion une question de compétence d'attribution qui ne lui a pas été posée (Soc., 12 juillet 1994, pourvoi n° 92-16.090, *Bull.* 1994, V, n° 232, cassant l'arrêt d'une cour d'appel qui, saisie par un contredit ne portant que sur la compétence territoriale d'un tribunal de commerce, avait désigné un conseil de prud'hommes comme juridiction compétente).

Comme en matière de compétence d'attribution, les règles régissant la compétence territoriale des conseils de prud'hommes sont d'ordre public.

Dérogeant à l'article 42 du code de procédure civile, qui donne compétence à la juridiction où demeure le défendeur, l'article R. 1412-1 du code du travail prévoit que le conseil de prud'hommes compétent est, soit celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail, soit, lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, celui dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié. Ce dernier peut en outre saisir le conseil de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi.

Toute clause contractuelle contraire à ces règles est réputée non écrite (voir Soc., 26 novembre 1975, pourvoi n° 75-40.074, *Bull.* 1975, V, n° 567).

B. Nullités

Les nullités de procédure illustrent bien l'idée selon laquelle tout moyen tiré d'une matière d'ordre public n'est pas nécessairement lui-même un moyen d'ordre public (A. Dorsner-Dolivet, T. Bonneau, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.* 1986, Chron. VIII, p. 59). En effet, l'examen de ces différentes nullités, qu'elles frappent les actes des parties ou ceux des juges, permet de constater que la règle de procédure civile, même d'ordre public, sanctionnée par une nullité, n'ouvre que rarement la voie à un moyen d'ordre public.

La place résiduelle qu'occupe le moyen d'ordre public tiré de la nullité d'un acte de procédure dans la jurisprudence de la Cour de cassation comme les spécificités du régime des moyens tirés de la nullité d'un jugement amènent à conclure à une absence de correspondance entre le caractère d'ordre public de la prescription sanctionnée par la nullité et le moyen l'invoquant.

1. Place résiduelle du moyen d'ordre public tiré de la nullité d'un acte de procédure

a. Présentation générale

On sait que la Cour de cassation a exclu que la notion d'inexistence d'un acte de procédure puisse être admise aux côtés des nullités de forme et des nullités de fond, de sorte que, «quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure, soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau code de procédure civile» (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 03-20.026, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 6). Cette ligne, qui a été depuis lors rappelée à de multiples reprises (voir, par exemple, 3^e Civ., 27 janvier 2010, pourvoi n° 08-12.465, *Bull.* 2010, III, n° 24), est, en vertu de l'article 175 du code de procédure civile, appliquée aux actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction (Ch. mixte, 28 septembre 2012, pourvoi n° 11-11.381, *Bull.* 2012, Ch. mixte, n° 1), de même qu'aux actes extrajudiciaires, soumis au régime des dispositions qui gouvernent la nullité des actes de procédure par l'article 649 du code de procédure civile (3^e Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.756, *Bull.* 2009, III, n° 205, dans le cas d'un congé délivré par un locataire commercial).

L'assujettissement de ces irrégularités au régime des exceptions de procédure est déterminant quant à la nature du moyen tiré de la nullité d'un acte de procédure.

b. Vices de forme

S'agissant des vices de forme susceptibles d'affecter un acte de procédure, en vertu de l'article 114 du code de procédure civile, la violation d'une formalité d'ordre public autorise le juge à annuler un acte pour vice de forme même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément, mais ne dispense pas la partie qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, sans la preuve duquel la nullité ne peut être prononcée.

Si l'on retient que le moyen d'ordre public est celui qui est susceptible d'être relevé d'office par le juge, il faut alors considérer que l'exception de nullité de procédure pour vice de forme prévue par une règle d'ordre public ne constitue pas pour autant un moyen d'ordre public (2^e Civ., 12 juin 1991, pourvoi n° 90-13.693 : «ne s'agissant pas d'un moyen d'ordre public, la cour d'appel n'était pas tenue d'effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée»). On est dès lors conduit à distinguer le régime de l'exception elle-même, qui ne présente pas un caractère d'ordre public, de la règle, d'ordre public, qui n'a pas été observée.

Ce paradoxe peut trouver une explication si l'on retient que la qualification d'ordre public donnée à une formalité a pour objet, conformément à l'article 6 du code civil, de prohiber la renonciation anticipée à la prescription considérée. La règle édictée par l'article 114 du code de procédure civile vient ainsi réparer, par anticipation, l'omission de la sanction, découlant implicitement mais nécessairement du caractère d'ordre public de la norme édictée (G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996, § 130). Aussi, la qualification d'ordre public attachée à la règle de procédure considérée n'autorise-t-elle pas le juge à relever d'office l'exception de nullité fondée sur l'irrespect de cette règle, serait-elle d'ordre public, et ne dispense pas la partie qui l'invoque

de démontrer le grief que lui a causé l'irrégularité. L'ordre public mentionné à l'article 114 constitue indéniablement une règle de protection des parties.

La jurisprudence est à cet égard éclairante.

Ainsi, en va-t-il même dans le cas où la formalité en cause a pour objet l'exercice des droits de la défense. En effet, si la Cour de cassation rappelle que l'inobservation de la règle édictée par l'article 14 du code de procédure civile, selon lequel nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée, est sanctionnée par une fin de non-recevoir devant être relevée d'office, plusieurs arrêts précisant que cette règle est d'ordre public (2^e Civ., 10 mai 1989, pourvoi n° 88-11.941, *Bull.* 1989, II, n° 105 ; voir également, en dernier lieu, Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 10-30.783), elle n'en décide pas moins que, le juge n'ayant pas le pouvoir de relever d'office l'exception de procédure tirée de l'insuffisance des investigations portées par l'huissier de justice dans son acte, ne méconnaît pas le droit à un accès effectif au tribunal et se trouve légalement justifié au regard de l'article 659 du code de procédure civile l'arrêt qui statue sans constater que le procès-verbal de recherches établi en application de l'article précité comporte avec précision les diligences accomplies par l'huissier de justice pour rechercher le destinataire de l'acte (2^e Civ., 20 mars 2003, pourvoi n° 01-03.218, *Bull.* 2003, II, n° 71). Rappelons toutefois dans une telle hypothèse que si le juge ne semble ainsi pas pouvoir relever d'office l'irrégularité qu'il constate (*contra*, Y. Strickler, *JCl. Proc. civ.*, LexisNexis, fasc. 114 « Principe de la contradiction », mai 2012, § 17), il dispose, pour y remédier, de la faculté, offerte par les articles 471 et 662 du code de procédure civile, d'ordonner qu'une nouvelle citation soit délivrée au défendeur non-comparant.

En outre, l'exercice de ce moyen est assorti de contraintes, elles-mêmes d'ordre public. La nullité des actes de procédure, serait-elle fondée sur l'inobservation d'une formalité d'ordre public, doit être proposée au fur et à mesure de leur accomplissement (article 112 du code de procédure civile) et se trouve couverte si celui qui les invoque a, postérieurement à l'acte critiqué, fait valoir des défenses au fond ou invoqué une fin de non-recevoir. Si le juge ne peut relever d'office l'exception de procédure pour vice de forme, il est au contraire tenu de relever d'office la fin de non-recevoir à laquelle se heurte l'exception de procédure tardive, serait-elle d'ordre public (2^e Civ., 29 octobre 1986, pourvoi n° 85-14-011, *Bull.* 1986, II, n° 154, au visa de l'article 74 du code de procédure civile, car relatif à une exception d'incompétence). C'est dire que le caractère tardif de l'exception de procédure constitue une fin de non-recevoir d'ordre public.

Peuvent participer de ce même esprit certains arrêts relevant que la juridiction n'a pas caractérisé en quoi la formalité irrégulière constituait l'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public (2^e Civ., 30 novembre 1988, pourvoi n° 87-17.997, *Bull.* 1988, II, n° 238 ; 2^e Civ., 25 mai 1994, pourvoi n° 92-21.498 ; Soc., 7 mai 1997, pourvoi n° 95-42.498, pour la portée de l'irrégularité affectant une attestation produite en justice). Cette jurisprudence paraît renvoyer à une appréciation *in concreto* de la nature de la formalité, excluant, au moins dans les cas considérés, que le caractère substantiel ou d'ordre public de la formalité omise puisse constituer un moyen de pur droit (voir, censurant une décision qui avait relevé l'existence d'un grief causé par l'omission des mesures de publicité préalables à la vente de biens ayant fait l'objet d'une saisie-vente, 2^e Civ., 30 avril 2002, pourvoi n° 99-17.111, *Bull.* 2002, II, n° 86).

Surtout, les cas dans lesquels l'accomplissement d'une formalité est jugé d'ordre public sont, en jurisprudence, rarissimes sinon inédits. On en trouve des exemples lorsque la formalité, quoique régie par les dispositions relatives aux nullités de procédure, relève du droit du fond (3^e Civ., 20 février 2008, pourvoi n° 06-21.122, *Bull.* 2008, III, n° 30). Dans le domaine purement processuel, bien que la Cour de cassation rappelle dans de multiples arrêts le principe énoncé à l'article 114 du code de procédure civile, réservant ainsi expressément le cas de la formalité substantielle ou d'ordre public, seul le caractère substantiel d'une formalité est généralement retenu par la Cour pour considérer que sa violation entache d'une nullité l'acte qui en est affecté.

L'observation peut être tempérée par le fait que, la notion de formalité substantielle n'étant pas définie par le code de procédure civile, la jurisprudence actuelle paraît s'être détachée de l'acception stricte qu'elle conférerait à cette notion sous l'empire de l'ancien code de procédure civile (G. Cornu et J. Foyer, *ibid.* : était substantielle la formalité nécessaire pour que l'acte remplisse sa mission), en rapprochant nettement ce concept des principes directeurs, assurément d'ordre public. Ainsi, dans un arrêt du 29 novembre 2012, faisant suite à l'arrêt de la chambre mixte du 28 septembre 2012 précité, était-il jugé que « l'absence d'établissement d'un pré-rapport [par l'expert judiciaire], en méconnaissance des termes de la mission d'expertise, constitue l'inobservation d'une formalité substantielle » (2^e Civ., 29 novembre 2012, pourvoi n° 11-10.805, *Bull.* 2012, II, n° 192 ; voir également 2^e Civ., 6 juin 2013, pourvoi n° 12-13.682). L'irrégularité consistait bien en l'omission d'une formalité destinée à garantir le caractère contradictoire des opérations d'expertise (Com., 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.147, *Bull.* 2008, IV, n° 189). Le principe de la contradiction présentant un caractère d'ordre public affirmé, on constate ainsi que l'acception de la notion de formalité substantielle retenue par la Cour de cassation est de nature à embrasser des formalités dont l'objet participe au respect de normes processuelles d'ordre public.

c. Vices de fond

Si l'absence de caractère d'ordre public du moyen de nullité pour vice de forme est ainsi indéniable, il en va différemment, en théorie, pour les exceptions de nullité tirées d'une irrégularité de fond, lorsque la prescription violée présente un caractère d'ordre public.

Dès lors que l'article 120 du code de procédure civile impose en effet au juge de relever d'office l'exception de nullité pour vice de fond d'un acte de procédure lorsque la règle qui n'a pas été observée a un caractère d'ordre public, une telle exception constitue indiscutablement elle-même un moyen d'ordre public, de sorte que l'ordre public n'a pas, dans ce contexte, la même portée que dans celui de l'exception pour vice de forme.

Toutefois, bien que cette exception soit constitutive d'un moyen d'ordre public et que son régime procédural soit en outre plus favorable que l'exception tirée d'un vice de forme, ses applications jurisprudentielles sont, là encore, rares devant la Cour de cassation.

En effet, celle-ci a jugé que ne revêtait pas un tel caractère d'ordre public l'irrégularité de fond tenant au défaut de pouvoir d'une personne figurant au procès comme représentant d'une personne morale, qui ne peut profiter qu'à la partie qui l'invoque (Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-71.712, *Bull.* 2010, IV, n° 205 ; Com.,

5 novembre 1985, pourvoi n° 84-14.671, *Bull.* 1985, IV, n° 262 ; Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-71.712, *Bull.* 2010, IV, n° 205 ; voir également Soc., 21 juin 2001, pourvoi n° 98-22.734), pas plus que celle tenant au défaut de pouvoir de l'avocat d'agir en justice (1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-17.408, *Bull.* 2007, I, n° 274) ou celle tirée du défaut d'habilitation du syndic d'agir en justice pour le compte d'un syndicat des copropriétaires (3^e Civ., 9 avril 2008, pourvoi n° 07-13.236, *Bull.* 2008, III, n° 67). En dehors du défaut de capacité d'ester en justice, qui peut être relevé d'office, ce sont ainsi les différents cas envisagés par l'article 117 du code de procédure civile qui apparaissent, sauf disposition particulière, ne pas présenter de caractère d'ordre public. La Cour de cassation avait pu retenir, en dehors des cas énumérés par cet article, l'existence d'irrégularités d'ordre public, telle celle affectant l'acte d'un huissier de justice instrumentant en dehors de son ressort territorial (2^e Civ., 20 mai 1976, pourvoi n° 75-11.401, *Bull.* 1976, II, n° 168). La persistance de ces solutions paraît toutefois remise en cause par l'affirmation rappelée du caractère limitatif de l'article 117 des cas de nullité pour irrégularité de fond (2^e Civ., 27 septembre 2012, pourvoi n° 11-23.159, *Gaz. Pal.* n° 68, 9 mars 2013, p. 39, note L. Mayer ; V. Poisson, « Pour une approche procédurale de la nullité des actes d'exécution forcée », *Dr. et procédures* 2013, p. 78, § 7). La Cour de cassation peut d'ailleurs être amenée à relever d'office le moyen tiré de ce qu'une juridiction du fond a relevé d'office l'annulation d'un acte de procédure pour une irrégularité de fond ne présentant pas un caractère d'ordre public (1^{re} Civ., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-14.860, *Bull.* 2006, I, n° 261 : dans cette affaire, intéressant la rétention administrative des étrangers, la censure était en outre encourue faute pour l'exception d'entrer dans l'énumération de l'article 117 du code et d'avoir été soumise à la contradiction).

Faisant application des dispositions de l'article 120, alinéa premier, du code de procédure civile, la chambre commerciale a notamment jugé qu'il résulte de ce texte que les exceptions de procédure fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure ne doivent être relevées d'office que lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public. Elle a retenu, par application des articles 114 et 122 du code de procédure civile, que, lorsque le dirigeant d'une personne morale, assigné en paiement de l'insuffisance d'actif de cette dernière, a été cité pour être entendu personnellement par un acte délivré selon les modalités de l'article 659 du code de procédure civile, qu'il a été convoqué par le greffe à la suite du renvoi de l'affaire pour être entendu personnellement et qu'il a comparu à l'audience où il a pu faire valoir ses observations, une cour d'appel en déduit exactement que l'irrégularité tirée d'une convocation à une adresse erronée invoquée par ce dirigeant ne constitue qu'un vice de forme et qu'aucune nullité n'est encourue dès lors qu'il n'est pas démontré que cette irrégularité ait causé un grief (Com., 19 juin 2012, pourvoi n° 10-16.890, *Bull.* 2012, IV, n° 126).

2. Spécificités du moyen tiré de la nullité d'un jugement

Si, les voies de nullités n'ayant pas lieu contre les jugements, seul l'exercice d'un recours peut tendre à la remise en cause des décisions, le moyen tiré de la nullité d'un jugement ne s'en distingue pas moins du moyen qui, par la critique qu'il formule contre le sens de la décision entreprise, recherche l'infirmité ou la cassation de cette décision.

Ainsi pourrait-on tenir pour acquis que l'élaboration et le prononcé d'une décision s'inscrivant dans l'activité régalienne de rendre la justice, les nullités venant sanctionner les prescriptions en la matière relèvent plus naturellement d'un ordre public d'intérêt

général, ce dont il découlerait que le moyen tiré de la nullité du jugement pour un tel motif est lui-même d'ordre public.

a. Communication des affaires au ministère public

Il en va ainsi, par exemple, pour la violation de l'obligation, prescrite par l'article 425 du code de procédure civile et incombant en principe au juge, en application de l'article 428 de ce code, de communiquer certaines affaires au ministère public, dont le caractère d'ordre public est affirmé de longue date par une jurisprudence particulièrement nourrie (2^e Civ., 31 janvier 1980, pourvoi n° 78-13.717, *Bull.* 1980, II, n° 20 ; Com., 18 juin 1980, pourvoi n° 78-14.433, *Bull.* 1980, IV, n° 263 ; 1^{re} Civ., 7 octobre 1980, pourvoi n° 79-14.980, *Bull.* 1980, I, n° 243 ; 2^e Civ., 12 mars 1997, pourvoi n° 95-12.308, *Bull.* 1997, II, n° 73 ; 1^{re} Civ., 6 mars 2013, pourvoi n° 12-30.134, *Bull.* 2013, I, n° 33). Compte tenu du statut et du rôle particulier du ministère public, le fait qu'en matière de procédure collective la Cour de cassation retienne que le pourvoi en cassation pour défaut de communication n'est ouvert qu'au ministère public (Com., 23 janvier 1996, pourvoi n° 92-21.642, *Bull.* 1996, IV, n° 25) ne saurait d'ailleurs conduire à qualifier ce moyen d'intérêt privé.

b. Excès de pouvoir

Il en va également de même pour le moyen invoquant un excès de pouvoir, qui est généralement considéré comme étant d'ordre public (J. et L. Boré, *La Cassation en matière civile*, Dalloz, Dalloz action, 4^e éd., 2008, § 82.351). On sait qu'au terme d'une construction essentiellement prétorienne, la méconnaissance par le juge de l'étendue de ses pouvoirs permet d'exercer un recours en principe fermé, en vue de voir prononcer la nullité de la décision déférée. Quoique ce recours ne soit pas en tant que tel qualifié d'ordre public, son objet même devrait permettre d'y voir l'expression d'un ordre public procédural. En effet, bien que la fin de non-recevoir tirée de la fermeture d'une voie de recours soit d'ordre public (article 125 du code de procédure civile), le recours-nullité, dont on a pu relever qu'il procèderait d'un « droit fondamental à critiquer un jugement irrégulier » (S. Guinchard, C. Chainais, C. et I. S. Delicostopoulos *et al.*, *Droit proces-suel, droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 7^e éd., 2013, § 256), restaure la voie de recours fermée, « la violation d'une loi d'ordre public [fermant les voies de recours] étant nécessaire au respect d'une autre loi également d'ordre public » (G. Bolard, « Les recours nullité en procédure civile », *Justices* n° 4, 1996, p. 123). Moyen d'ordre public, l'excès de pouvoir est également un moyen de nullité. En effet, dès lors qu'il est caractérisé, l'excès de pouvoir ne rend pas seulement recevable un recours normalement fermé, mais débouche en outre nécessairement sur l'annulation de la décision en cause.

Depuis son arrêt de chambre mixte du 28 janvier 2005, la Cour de cassation retient une approche stricte de l'excès de pouvoir, distinguant cette notion de la violation d'autres principes essentiels du procès, pourtant d'ordre public. Ainsi ne sont pas de nature à caractériser un excès de pouvoir les moyens invoquant la violation du principe de la contradiction (Ch. mixte, 28 janvier 2005, pourvoi n° 02-19.153, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 1), la méconnaissance de l'objet du litige (2^e Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-15.178, *Bull.* 2007, II, n° 263) ou encore la violation de l'obligation de motivation (Com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.330, *Bull.* 2010, IV, n° 19). On ne sera pas non plus surpris que l'erreur de droit ne soit pas, en soi, de nature à constituer un

excès de pouvoir (2^e Civ., 12 mai 2005, pourvoi n° 03-18.538, *Bull.* 2005, II, n° 120). Cette jurisprudence pourrait ainsi être considérée comme instaurant en procédure civile une certaine hiérarchisation entre les différentes prescriptions d'ordre public.

c. Tenue des débats et prononcé de la décision

Une observation proche peut être faite pour les moyens invoquant la nullité du jugement pour un motif tenant à la tenue des débats ou au prononcé de la décision. Se fondant sur les dispositions de l'article 446 du code de procédure civile, la Cour de cassation juge ainsi avec constance que la nullité pour inobservation de la non-publicité des débats ne peut être ultérieurement soulevée si elle n'a pas été invoquée avant la clôture des débats, cette règle n'étant pas contraire à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (2^e Civ., 17 mai 1993, pourvoi n° 91-18.997, *Bull.* 1993, II, n° 174), solution qui peut s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 21 février 1990, *Håkansson et Sturesson c. Suède*, n° 11855/85, § 66 : la renonciation ne doit se heurter à aucun « intérêt public important »).

d. Composition

Dans le même esprit, si, en application de l'article 430 du code de procédure civile, la juridiction est composée à peine de nullité conformément aux règles relatives à l'organisation judiciaire, le moyen tiré d'une telle irrégularité, en particulier pour un motif mettant en cause l'impartialité de la juridiction, est, en application de l'article 342 du même code, irrecevable devant la Cour de cassation si la règle n'avait pas été invoquée avant la clôture des débats (2^e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.004, *Bull.* 2009, II, n° 209), l'assemblée plénière déduisant de l'abstention de la partie dont le représentant avait connaissance de la composition de la formation une renonciation non équivoque à se prévaloir de la violation de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Ass. plén., 24 novembre 2000, pourvoi n° 99-12.412, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 10).

3. Absence de correspondance entre le caractère d'ordre public de la prescription sanctionnée par la nullité et le moyen l'invoquant

Au total, l'examen des moyens tirés de la nullité des actes du procès civil permet d'observer l'absence de correspondance entre le caractère d'ordre public de la prescription sanctionnée par la nullité et celui du moyen invoquant cette nullité.

Sans doute peut-on l'expliquer par l'esprit ayant présidé à l'élaboration du (nouveau) code de procédure civile, plus attaché au respect des principes directeurs du procès, et par conséquent à la recherche d'un grief processuel, qu'au formalisme, serait-il destiné à mettre en œuvre, à transcrire, les principes considérés. Ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation, par le domaine et le régime qu'elle confère à l'exception de nullité pour vice de forme, rend notamment étroite la voie de la contestation de la régularité des actes de procédure pour de tels vices (D. Cholet, « La sanction de l'expertise judiciaire irrégulière, une voie de plus en plus étroite », *JCP* éd. G n° 1, 7 janvier 2013, 15).

Toutefois, la force de cette explication se trouve atténuée par le développement considérable des fins de non-recevoir d'ordre public, alors que la doctrine processualiste

souligne combien la frontière entre ces deux sanctions peut être intellectuellement difficile à tracer (J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e éd., 2012, §§ 145 et 224). Pour le moyen de nullité, plus que pour d'autres moyens, l'explication prépondérante paraît résulter du caractère privé du procès civil, qui semble en effet peser sur la nature de ce moyen, de sorte que, même lorsque la prescription en cause est d'ordre public, le moyen est conçu comme destiné à protéger les parties plus que l'intérêt général (H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, tome 1, *Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire*, Sirey, 1961, § 22 ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 7^e éd., 2011, § 18). L'examen du régime que la jurisprudence de la Cour de cassation confère au moyen tiré d'une nullité procédurale contribue ainsi, par un effet retour, à mieux déterminer la nature de l'ordre public processuel en droit privé.

C. Fins de non-recevoir

1. Présentation générale

L'analyse de l'ordre public au travers des fins de non-recevoir révèle le caractère protéiforme de cette notion. En effet, en indiquant que « les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'une voie de recours », l'article 125, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile énonce une règle qui ne reflète pas la diversité des régimes applicables aux différentes fins de non-recevoir d'ordre public.

Ainsi, alors qu'il est de principe que « lorsqu'une règle de procédure est d'ordre public, sa violation peut être invoquée par les deux plaideurs, être relevée d'office par le ministère public et par le tribunal saisi » (*Lexique des termes juridiques* 2014, sous la direction de S. Guichard et T. Debard, Dalloz, 21^e éd., 2013, V^o Ordre public [procédure (principes généraux)]), les fins de non-recevoir résultant du défaut d'acquiescement de la contribution pour l'aide juridique ou du défaut de paiement du droit affecté au fonds d'indemnisation des avoués, sont « constatées d'office par le juge », selon les termes de l'article 62-5 du code de procédure civile, qui ajoute pourtant que « les parties n'ont pas qualité pour soulever cette irrecevabilité ».

De même, alors que l'article 125, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile fait obligation au juge de relever les fins de non-recevoir d'ordre public, l'alinéa suivant énonce trois fins de non-recevoir que le juge peut, sans y être obligé, relever d'office : celles résultant du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée, cette liste n'étant au demeurant pas exhaustive (ainsi, en application de l'article 564 du code de procédure civile, la cour d'appel n'a pas l'obligation, mais seulement la simple faculté, de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté d'une demande en appel (2^e Civ., 10 janvier 2013, pourvoi n° 12-11.667, *Bull.* 2013, II, n° 1). De même, la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allégement de certaines procédures juridictionnelles prévoit en son article 15 une irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, résultant de l'absence d'une tentative de médiation familiale en certaines matières d'affaires familiales). Or, dès lors que le juge peut les relever d'office, il peut être considéré que de telles fins de non-recevoir ne sont pas d'intérêt privé (voir, à cet égard, R. Perrot et H. Croze, « Commentaire du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure », *Procédures*

n° 10, octobre 2004, étude 13, § 7). Au demeurant, dès avant la réforme de 2004 depuis laquelle le juge « peut » relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée, la jurisprudence de la Cour de cassation tenait cette fin de non-recevoir comme étant en principe d'ordre privé, mais par exception d'ordre public en matière d'état des personnes (1^{re} Civ., 19 mai 1976, pourvoi n° 74-13.821, *Bull.* 1976, I, n° 184) ou lorsque des jugements successifs étaient rendus dans la même instance (2^e Civ., 10 mars 1993, pourvoi n° 91-18.678, *Bull.* 1993, II, n° 93 ; 1^{re} Civ., 29 octobre 1990, pourvoi n° 87-16.605, *Bull.* 1990, I, n° 225 ; 2^e Civ., 22 mars 1982, pourvoi n° 81-10.607, *Bull.* 1982, II, n° 48 ; 3^e Civ., 6 décembre 1977, pourvoi n° 76-12.870, *Bull.* 1977, III, n° 425 ; 3^e Civ., 16 octobre 1970, pourvoi n° 69-10.074, *Bull.* 1970, III, n° 523 ; Soc., 4 juillet 1967, *Bull.* 1967, IV, n° 551). Aussi, de telles fins de non-recevoir relèvent-elles d'un régime hybride qui, sans correspondre pleinement à celui des fins de non-recevoir d'ordre public, ne correspond pas non plus à celles auxquelles les parties puissent renoncer, et comme le note Guy Block s'agissant de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, celle-ci passe d'une catégorie à l'autre selon les circonstances (G. Bloch, *Les Fins de non-recevoir en procédure civile*, thèse, Bruylant, 2002, p. 349, § 179). Au demeurant, le même auteur remarque (*op. cit.*, p. 354, § 180) que, même d'intérêt privé, une fin de non-recevoir devrait être relevée d'office en application de l'article 472 du code de procédure civile dès lors que le défendeur ne comparait pas, ce dont témoigne une jurisprudence de la Cour de cassation (3^e Civ., 19 juillet 1988, pourvoi n° 87-12.536, *Bull.* 1988, III, n° 133).

2. Sources

Le caractère d'ordre public de certaines fins de non-recevoir peut résulter d'une disposition textuelle à cet effet tout autant que de la jurisprudence, qui affirme alors l'aspect fondamental de la règle de procédure civile en cause.

a. Textes

Les fins de non-recevoir dont un texte prévoit expressément le caractère d'ordre public figurent tant dans le code de procédure civile que dans d'autres textes : sans les recenser de manière exhaustive, on peut citer les fins de non-recevoir résultant de l'absence de déclaration de l'opposition dans les formes prescrites à l'article 575 du code de procédure civile, de l'absence de déclaration des moyens de cassation invoqués et de la décision attaquée dans le cadre du pourvoi formé en matière électorale (articles 996 du code de procédure civile et R. 15-2 du code électoral), du défaut d'utilisation de la voie électronique pour remettre les actes de procédure à la juridiction en cas d'appel dans le cadre d'une procédure d'appel avec représentation obligatoire (article 930-1 du code de procédure civile), du dépassement du délai de deux mois imparti à l'intimé pour conclure dans le cadre de la même procédure (article 909 du code de procédure civile), ou encore de la formulation d'une contestation ou d'une demande incidente après l'audience d'orientation en matière de saisie immobilière (article R. 311-5 du code des procédures civiles d'exécution). Dans l'ensemble de ces textes, l'indication du prononcé d'office de l'irrecevabilité confère à la fin de non-recevoir en cause un caractère d'ordre public.

b. Jurisprudence

Plus intéressantes sont les fins de non-recevoir auxquelles la jurisprudence attribue expressément un caractère d'ordre public alors qu'aucune disposition textuelle ne signale cette caractéristique.

α. Prise en compte de la nature et de l'importance de l'intérêt en cause

La détermination prétorienne du caractère d'ordre public d'une fin de non-recevoir dépend de l'intérêt en cause et de la protection qu'il justifie. La différence de traitement entre l'arrêt des poursuites individuelles consécutif à l'ouverture d'une procédure collective et celui résultant de l'ouverture d'une procédure de traitement du surendettement est à cet égard éclairante. En effet, dans le cadre d'une procédure collective, le jugement d'ouverture opère arrêt des poursuites individuelles en application des articles L. 622-21 et L. 622-22 du code de commerce et une jurisprudence récente a eu l'occasion de souligner que le caractère d'ordre public de cette règle impose au juge de la relever d'office (Com., 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.645). Au contraire, en matière de traitement du surendettement des particuliers, si l'article L. 331-3-1 du code de la consommation indique que la décision déclarant recevable la demande de traitement emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur, il ne semble pas que la fin de non-recevoir en résultant soit applicable *erga omnes*. En effet, alors que le jugement d'ouverture en matière de procédure collective est publié selon les modalités de l'article R. 621-8 du code de commerce, la décision de recevabilité à la procédure de traitement du surendettement des particuliers ne donne quant à elle lieu à aucune mesure de publicité, de sorte que ses effets ne devraient pas s'étendre aux créanciers non déclarés par le débiteur surendetté. Aussi résulte-t-il de l'article L. 331-9 du code de la consommation que les mesures de désendettement interdisent toute mesure d'exécution diligentée par les créanciers qui figurent au plan, ce qui, *a contrario*, n'empêche pas les actions de la part des créanciers qui n'y sont pas recensés. Cette différence souligne combien l'attribution par la jurisprudence de la caractéristique d'ordre public dépend de la nature et de l'importance de l'intérêt à protéger : en matière de procédure collective, l'enjeu de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles est de faire respecter le principe de l'égalité des créanciers alors que ce principe n'irrigue nullement le droit du traitement du surendettement des particuliers, le bénéfice de ce dispositif étant laissé à la seule volonté du débiteur.

β. Dans le domaine des procédures collectives

Terrain privilégié de l'ordre public, les fins de non-recevoir ont donné lieu à de nombreux arrêts de la chambre commerciale, financière et économique, dans de nombreux domaines, et il ne saurait ici être question de citer l'intégralité des décisions rendues.

Elle a par exemple rappelé (Com., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-16.329, *Bull.* 2005, IV, n° 195) qu'en « vertu des [articles 122 et 125 du nouveau code de procédure civile], la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité d'une partie doit être relevée d'office lorsqu'elle a un caractère d'ordre public et que, selon les dispositions [des articles 46, alinéa 1^{er}, et 148, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 dans leur rédaction applicable à la cause], qui sont d'ordre public, le représentant des créanciers dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ; que [dès lors], l'action individuelle introduite par un créancier, pour

demander la réparation d'un préjudice qui n'est pas distinct de celui causé aux autres créanciers, est irrecevable» (en ce sens, également, voir Com., 29 novembre 1988, pourvoi n° 86-17.921, *Bull.* 1988, IV, n° 324; Com., 1^{er} décembre 1987, pourvoi n° 85-18.645, *Bull.* 1987, IV, n° 255; Com., 24 mars 1987, pourvoi n° 83-12.878, *Bull.* 1987, IV, n° 76).

Au même visa de l'article 125 du code de procédure civile, elle a aussi affirmé (Com., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-16.526, *Bull.* 2011, IV, n° 79) que « les juges doivent relever d'office les fins de non-recevoir d'ordre public lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours » et qu'« aux termes [de l'article R. 661-3 du code de commerce], sauf dispositions contraires, le délai d'appel des parties est de dix jours à compter de la notification qui leur est faite des décisions rendues en application du livre VI de la partie législative du code de commerce ». À ce titre, viole l'article 125 du code de procédure civile, ensemble l'article R. 661-3 du code de commerce, la cour d'appel qui, pour déclarer l'appel recevable et annuler l'ordonnance d'admission d'une créance, après avoir relevé que l'ordonnance a été notifiée le 9 janvier 2009 et que la débitrice en a interjeté appel le 5 février 2009, se borne à constater que la créance litigieuse a été contestée par la débitrice, alors qu'il lui appartenait de rechercher d'office si l'appel avait été formé dans le délai légal.

γ. Dans le domaine du droit fiscal

Dans le domaine fiscal, le visa de l'article 125 précité lui a permis d'affirmer (Com., 6 février 2007, pourvoi n° 04-13.026, *Bull.* 2007, IV, n° 25) qu'en vertu des dispositions de l'article L. 256 du livre des procédures fiscales, qui est d'ordre public, un avis de mise en recouvrement est adressé par le comptable public à tout redevable de sommes, droits, taxes et redevances de toute nature dont le recouvrement lui incombe lorsque le paiement n'a pas été effectué à la date d'exigibilité, de sorte que viole ces textes la cour d'appel qui accueille la demande en paiement de compléments de TVA formée par le directeur général des douanes et droits indirects, alors qu'aucune juridiction n'est compétente pour délivrer un titre de perception d'impôts.

Dans le même domaine, mais en se fondant cette fois sur les textes spécifiques à la matière, la chambre commerciale a retenu que les dispositions des articles 1846 et 1910 du code général des impôts étaient d'ordre public, de sorte que les réclamations devaient être soumises, avant toute action judiciaire, au trésorier-payeur général ou au directeur des services (Com., 1^{er} mars 1983, pourvoi n° 81-11.279, *Bull.* 1983, IV, n° 90), ou encore (Com., 27 février 2007, pourvoi n° 04-16.700, *Bull.* 2007, IV, n° 71) « qu'après avoir énoncé que l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968 dispose que la prescription quadriennale est interrompue par tout recours formé devant une juridiction relatif au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance, l'arrêt, qui constate que la procédure collective n'est pas clôturée, retient à bon droit que, fût-elle d'ordre public, la loi précitée, qui institue un régime spécifique de prescription au profit des personnes publiques, ne peut faire échec au caractère interruptif de la prescription à l'égard de la caution de la déclaration de créance effectuée au passif du débiteur principal laquelle équivaut à une demande en justice ».

δ. Dans le domaine des taxes

La chambre commerciale a retenu que la demande de taxe faite oralement ou par écrit au secrétaire du tribunal de grande instance, en application de l'article 29 du

décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985 fixant le tarif des administrateurs judiciaires en matière commerciale et des mandataires judiciaires, doit être motivée et que le défaut de motivation constitue une fin de non-recevoir d'ordre public qui doit être relevée d'office par le juge (Com., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-11.874, *Bull.* 2004, IV, n° 194) ou que le dirigeant, poursuivi en paiement des dettes sociales, qui n'a pas invoqué devant les juges du fond son absence de convocation en vue de son audition en chambre du conseil, est irrecevable à présenter cette fin de non-recevoir mélangée de fait et de droit, fût-elle d'ordre public, pour la première fois, devant la Cour de cassation (Com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-20.632, *Bull.* 2009, IV, n° 34) et encore que le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis, au préalable, à la procédure de vérification des créances (Com., 2 juin 2004, pourvoi n° 02-13.940, *Bull.* 2004, IV, n° 112).

De même, l'article 715 du code de procédure civile prévoit que le recours contre la décision du juge taxateur est formé par la remise ou l'envoi au greffe de la cour d'appel d'une note exposant les motifs du recours et que la copie de cette note est envoyée simultanément à toutes les parties au litige principal. Sans que le texte le prévoie, la jurisprudence érige cette fin de non-recevoir au rang de celles qui sont d'ordre public (2^e Civ., 20 novembre 2003, pourvoi n° 01-14.910, *Bull.* 2003, II, n° 348; 2^e Civ., 20 octobre 2005, pourvoi n° 04-12.801, *Bull.* 2005, II, n° 262).

D. Moyens relevés d'office

1. Présentation

La discussion relative à l'étendue des pouvoirs du juge dans le maniement des moyens relevés d'office revêt pour partie un caractère non strictement juridique : certains considèrent que les textes ne devraient prévoir, de manière binaire, que l'impossibilité pour le juge de relever un moyen d'office (voir, par exemple, article 2247 du code civil : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ») ou, à l'inverse, l'obligation de le faire, l'application des règles de pur droit ne devant pas être pour le juge une simple faculté. Or, le juge « peut » relever d'office les moyens de pur droit (article 16, alinéa 3, du code de procédure civile), de sorte qu'il existe plusieurs raisons pour lesquelles un juge est conduit à relever d'office un moyen de pur droit.

2. Illustrations

a. Procédures collectives et droit fiscal

Quels sont, pour la chambre commerciale, les moyens que le juge peut ou doit relever d'office ?

Outre les arrêts déjà évoqués qui imposent de relever d'office les fins de non-recevoir (Com., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-16.526, *Bull.* 2011, IV, n° 79; Com., 6 février 2007, pourvoi n° 04-13.026, *Bull.* 2007, IV, n° 25; Com., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-16.329, *Bull.* 2005, IV, n° 195; Com., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-11.874, *Bull.* 2004, IV,

n° 194), on peut relever plusieurs décisions ayant précisé des domaines dans lesquels le juge devait soulever d'office des moyens d'ordre public ou lui ayant au contraire dénié une telle possibilité.

Par un arrêt du 6 octobre 1992 (Com., 6 octobre 1992, pourvoi n° 90-19.601, *Bull.* 1992, IV, n° 296), il a été affirmé que «le juge doit appliquer d'office les dispositions d'ordre public qui obligent le créancier d'un débiteur en liquidation des biens à se soumettre, concernant les demandes tendant au paiement d'une somme d'argent pour une cause antérieure à l'ouverture de la liquidation des biens, à la procédure de vérification des créances, quand bien même ce créancier devrait, à défaut de titre, faire reconnaître son droit».

Dans le domaine conjoint de la procédure fiscale et de la procédure civile, la chambre commerciale a par ailleurs retenu (Com., 25 février 1992, pourvoi n° 90-20.769, *Bull.* 1992, IV, n° 95) : «L'ordonnance rendue sur [la requête en annulation des opérations de visite et saisie domiciliaire] n'est elle-même susceptible, comme l'ordonnance d'autorisation, que du pourvoi en cassation, seul prévu à l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, d'où il suit que les dispositions des articles 496 et 497 du nouveau code de procédure civile sont inapplicables et que l'ordonnance n'est susceptible, ni de rétractation ni de référé ni d'appel [...] ;] lorsque le président statue en matière de référé sur une demande soit de rétractation de l'ordonnance autorisant la visite soit d'annulation des opérations d'exécution, sa décision n'entre pas dans les prévisions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales et est susceptible d'appel, cette voie de recours permettant seule de juger, au besoin d'office s'agissant de règles d'ordre public, que la procédure de référé n'est pas applicable.» Ce faisant, elle impose évidemment au juge des référés de relever d'office qu'il ne peut statuer.

En 1993 (Com., 9 février 1993, pourvoi n° 91-10.527, *Bull.* 1993, IV, n° 54), elle s'était déjà prononcée au sujet du livre des procédures fiscales, et avait retenu que «les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mai 1985 et du 17 septembre 1987, invoqués par [le demandeur en restitution de taxes fiscales indûment perçues] et retenus par l'arrêt, n'[ont] pas statué sur la compatibilité de la taxe [différentielle instituée par la loi du 30 décembre 1987] avec le Traité ; Qu'il s'ensuit que l'action [du contribuable] n'était pas une action en répétition de l'indu mais, contestant la taxe elle-même, une action entrant dans les prévisions de l'article L. 199 du livre des procédures fiscales ; que l'appel formé contre la disposition du jugement relative à cette partie de la contestation n'était donc pas recevable ; qu'en statuant sur l'appel interjeté néanmoins par l'administration des impôts, et alors que la fin de non-recevoir tirée de cette irrecevabilité est de pur droit et d'ordre public, la cour d'appel a violé [l'article L. 199 du livre des procédures fiscales] ».

Plus récemment (Com., 30 mars 2005, pourvoi n° 03-19.029, *Bull.* 2005, IV, n° 74), elle a jugé que les contestations à l'état de collocation dressé en matière de distribution par voie d'ordre du prix de vente d'un immeuble, doivent, lorsqu'elles sont soumises à la cour d'appel, être jugées sur les conclusions du ministère public ; que cette règle d'ordre public est applicable à la contestation à l'état de collocation dressé par le commissaire à l'exécution du plan et que le pourvoi fondé sur le défaut de communication n'est pas soumis à l'article L. 623-8 du code de commerce. En l'espèce, la cour d'appel aurait dû veiller à obtenir les conclusions du ministère public préalablement à toute décision, en les sollicitant d'office.

A contrario, il ne peut être reproché à une cour d'appel de ne pas avoir soulevé d'office l'irrecevabilité d'une fin de non-recevoir soulevée par l'administration fiscale et tirée du non-respect du délai institué à l'article R. 199-1 du livre des procédures fiscales alors qu'elle avait préalablement défendu au fond sans la soulever (Com., 1^{er} octobre 1998, pourvoi n° 95-14.467, *Bull.* 1998, IV, n° 286).

De même, il résulte de l'article 120, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile que les exceptions de procédure fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure ne doivent être relevées d'office que lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public et que ne revêt pas un tel caractère l'irrégularité de fond tenant au défaut de pouvoir d'une personne figurant au procès comme représentant d'une personne morale, qui ne peut profiter qu'à la partie qui l'invoque (Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-71.712, *Bull.* 2010, IV, n° 205).

b. Droit social

La chambre sociale, qui se prononce sur tous les moyens de procédure se rapportant aux instances se déroulant devant les juridictions prud'homales et devant les tribunaux d'instance lorsqu'ils statuent dans les contentieux des élections professionnelles, a une jurisprudence relativement abondante en la matière.

α. Fins de non-recevoir

Il convient d'abord de rappeler que n'étant pas d'ordre public (Soc., 20 juin 1990, pourvoi n° 87-42.077, *Bull.* 1990, V, n° 311), la fin de non-recevoir la plus particulière de l'instance prud'homale tirée de l'unicité de l'instance (article R. 1452-6 du code du travail), assouplie récemment par une série d'arrêts, n'a pas sa place dans cette étude.

Aux termes de l'article 125 du code de procédure civile, toutes les fins de non-recevoir qui présentent un caractère d'ordre public doivent être relevées d'office. Ce texte spécifie qu'il doit en être ainsi pour celles qui résultent de l'inobservation des délais pour exercer une voie de recours et de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

Dans cette dernière catégorie, peut être citée à titre d'exemple l'irrecevabilité, sauf cas d'ouverture de l'appel nullité pour violation d'un principe fondamental, des voies de recours immédiates, c'est-à-dire formées indépendamment des jugements sur le fond, contre les décisions provisoires prises par le bureau de conciliation des conseils de prud'hommes en application des articles R. 1454-14 et R. 1454-15, sous réserve des règles particulières à l'expertise, irrecevabilité rappelée à l'article R. 1454-16 du code du travail. Ce texte est l'application de la règle générale édictée aux articles 544 et 545 du code de procédure civile en vertu desquels les décisions qui ne tranchent pas le fond du litige et qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent faire l'objet d'un appel immédiat.

Il est utile de signaler l'incidence dans ce domaine du droit au procès équitable et à l'exercice effectif des droits de la défense découlant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à l'origine de revirements de jurisprudence. Ainsi a été déclarée recevable une opposition formée contre un jugement d'un tribunal d'instance statuant sur une contestation relative à la désignation d'un délégué syndical ou à des élections professionnelles en application des articles R. 2143-5 et R. 2324-25 du code du travail, par une partie qui n'avait pas comparu à l'audience, en l'absence de certitude qu'elle ait reçu la convocation envoyée par lettre simple (Soc.,

18 novembre 2008, pourvoi n° 08-60.006, *Bull.* 2008, V, n° 226). De même, la chambre sociale a admis, alors qu'auparavant elle l'écarterait, la recevabilité d'un pourvoi contre les décisions du tribunal d'instance statuant sur les contestations préelectorales en retenant que « le pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort est une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale » (Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-60.535, *Bull.* 2009, V, n° 195).

L'expiration d'un délai de forclusion, autre cas de fin de non-recevoir d'ordre public, se rencontre avec une particulière acuité dans le contentieux des élections professionnelles (articles R. 2314-28, R. 2324-24 du code du travail). La chambre rappelle l'obligation faite au juge de vérifier d'office si ces délais de recours ont été respectés (Soc., 10 juillet 1979, pourvoi n° 79-60.142, *Bull.* 1979, V, n° 642).

Au niveau de l'introduction de la demande, plusieurs irrecevabilités d'ordre public peuvent se rencontrer.

En premier lieu, la fin de non-recevoir créée par le décret n° 2011-1202 du 28 septembre 2011 relatif au droit affecté au fonds d'indemnisation de la profession d'avoué près les cours d'appel et à la contribution pour l'aide juridique, tenant à l'absence de paiement de la contribution pour l'aide juridique, que seul le juge a le pouvoir mais aussi le devoir de soulever (article 62-5 du code de procédure civile), et sur laquelle la chambre sociale s'est prononcée dans le cadre d'un pourvoi formé en matière de contentieux des élections professionnelles (Soc., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-61.180, *Bull.* 2012, V, n° 112), pour l'appliquer dans ce contentieux et préciser qu'une régularisation est possible avant décision du juge statuant sur la recevabilité de la demande, conformément au régime des fins de non-recevoir.

Il peut s'agir, ensuite, dans les instances relatives aux contestations des conditions de désignation des délégués syndicaux, de la saisine du tribunal d'instance par une autre voie que celle prévue à l'article R. 2143-5 du code du travail. Tel est le cas lorsque le tribunal a été saisi par acte d'huissier de justice au lieu de l'être par déclaration au greffe, conformément aux dispositions de l'article précité (Soc., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-22.876). La deuxième chambre civile fait la même analyse en retenant que le défaut de saisine régulière du tribunal ne constitue pas un vice de forme mais une fin de non-recevoir (2^e Civ., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.506, *Bull.* 2011, II, n° 5), qui doit être relevée d'office.

D'autres irrégularités affectant la saisine de la juridiction sont d'office sanctionnées par une irrecevabilité. Il en est ainsi du défaut de pouvoir spécial exigé pour les personnes représentant une partie en justice dans une procédure sans représentation obligatoire, soit pour former un pourvoi (article 999 du code de procédure civile qui s'applique en matière d'élections professionnelles), soit pour faire appel (article 931 du code de procédure civile) pour les affaires prud'homales. La chambre sociale se place en effet sur le terrain de l'irrecevabilité en considérant que le juge, étant tenu de vérifier la régularité de sa saisine (2^e Civ., 5 avril 2001, pourvoi n° 97-04.139, *Bull.* 2001, II, n° 71), doit relever d'office l'absence de mandat (voir, par exemple, Soc., 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-43.180). Il a ainsi été jugé que le salarié n'ayant pas reçu le pouvoir spécial d'interjeter appel, et sa qualité de directeur juridique ne suffisant pas à lui donner ce pouvoir, l'appel était irrecevable (Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-44.097, *Bull.* 2008, V, n° 236). Il en est de même lorsque le mandataire ne justifie pas de dispositions statutaires l'habilitant à représenter la partie en justice, lorsqu'il s'agit d'une personne

morale dont la loi ne détermine pas l'organe la représentant (Soc., 29 mars 2005, pourvoi n° 04-60.159, *Bull.* 2005, V, n° 101 ; Soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-60.223, *Bull.* 2012, V, n° 274). Le juge doit donc vérifier l'existence de ce pouvoir, lequel doit avoir été donné au plus tard avant l'expiration du délai de recours (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-60.517, *Bull.* 2009, V, n° 100), suivant ainsi, concernant la possible régularisation, la jurisprudence de la deuxième chambre civile (2^e Civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-11.333, *Bull.* 2008, II, n° 85). La chambre examine elle-même ce moyen d'office (voir, par exemple, Soc., 19 janvier 2011, pourvoi n° 10-60.299).

Enfin, au-delà même des règles relatives à la représentation devant les juridictions prud'homales, celles-ci doivent, en vertu de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conférant à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, refuser qu'un conseiller prud'homme exerce une mission d'assistance ou un mandat de représentation devant le conseil de prud'hommes dont il est membre (Soc., 3 juillet 2001, pourvoi n° 99-42.735, *Bull.* 2001, V, n° 247 ; Soc., 2 février 2005, pourvoi n° 03-40.271, *Bull.* 2005, V, n° 44). À défaut, la procédure est entachée de nullité et, s'agissant de la violation du principe d'impartialité, aucune régularisation n'est possible (Soc., 16 septembre 2008, pourvoi n° 06-45.334, *Bull.* 2008, V, n° 160).

S'agissant de la saisine de la cour d'appel, il convient de signaler un arrêt récent, spécifique à la procédure sans représentation obligatoire en appel, qui approuve une cour d'appel d'avoir déclaré un appel irrecevable en l'absence de déclaration d'appel en considérant que l'article 948 du code de procédure civile ne dispense pas la partie, autorisée par un premier président de cour d'appel à bénéficier d'une fixation prioritaire de l'affaire, de l'obligation de formaliser une déclaration d'appel (Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-12.913, *Bull.* 2012, V, n° 181). Il s'agit d'une irrecevabilité qui doit être soulevée d'office.

Comme devant les autres chambres, les fins de non-recevoir tirées du défaut de qualité, d'intérêt, ou de la chose jugée sont nombreuses. Concernant la première, les décisions de la chambre sociale se rapportent fréquemment aux syndicats à qui l'article L. 2132-3 du code du travail donne qualité à agir dans l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, admettant de plus en plus largement ce droit d'agir (voir, par exemple, Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 09-16.691, *Bull.* 2012, V, n° 5). L'article 125 du code de procédure civile nous indique que le juge peut les soulever d'office. Cette disposition qui fait à ces fins de non-recevoir un sort différent de celles qui ont un caractère d'ordre public laisse penser qu'elles n'entrent pas dans cette catégorie, à moins de considérer que certaines d'entre elles pourraient néanmoins en faire partie, de sorte que, pour celles-ci, il faudrait privilégier l'application de l'alinéa 1^{er} de l'article 125 qui fait peser sur le juge une obligation et non une simple faculté. Cette interprétation de l'article 125 trouve un appui dans un arrêt de la chambre sociale qui retient que le juge avait « l'obligation de relever d'office la fin de non-recevoir d'ordre public tirée du défaut de qualité du liquidateur, sans être tenue d'inviter le débiteur à se joindre à la procédure », s'agissant d'une demande en requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail, qui est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié et qui ne peut être exercé par les organes de la procédure collective (Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 06-46.105). Cet arrêt est l'application d'une règle déjà posée à l'occasion d'une situation inverse, où une cour d'appel a été censurée pour

avoir déclaré irrecevable l'appel interjeté par l'ancien président du conseil d'administration d'une société, auquel la procédure de liquidation judiciaire avait été étendue, appel formé contre un jugement d'un conseil de prud'hommes qui avait rejeté sa demande tendant à se voir déclarer titulaire d'un contrat de travail (Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-43.444, *Bull.* 2004, V, n° 217).

L'irrecevabilité doit aussi être soulevée au regard du défendeur contre lequel il n'est pas possible d'agir. C'est une telle solution que retient un arrêt à l'égard de l'AGS, dont il résulte que viole l'article L. 143-11-5 du code du travail le conseil de prud'hommes qui n'a pas relevé d'office la fin de non-recevoir d'ordre public à opposer aux demandes des salariés contre les organismes chargés de la gestion du régime d'assurance institué par l'article L. 143-11-1 du même code, alors que le texte susvisé exclut pour le salarié le droit d'agir directement contre ces organismes et lui permet seulement de demander que les créances salariales garanties soient inscrites sur l'état spécial dressé par le syndic afin d'entraîner l'obligation pour lesdits organismes de verser selon la procédure légale les sommes litigieuses entre les mains de celui-ci (Soc., 19 novembre 1987, pourvoi n° 85-45.055, *Bull.* 1987, V, n° 659).

L'absence de mise en cause de toutes les parties entraîne l'irrecevabilité d'un recours en cas d'indivisibilité. Cette règle est énoncée pour la tierce opposition par l'article 584 du code de procédure civile. Statuant dans le cadre de ce texte, à l'occasion d'un litige relatif au transfert d'un contrat de travail qui mettait en jeu un salarié et deux entreprises dont il convenait de déterminer après transfert du marché laquelle était l'employeur, la chambre sociale a énoncé qu'il s'agissait d'une fin de non-recevoir d'ordre public que le juge devait donc soulever d'office (Soc., 30 mai 2007, pourvoi n° 05-41.532).

β. Exceptions de procédure

Elles relèvent d'un régime particulier en ce qu'elles doivent être soulevées simultanément, avant toute défense au fond et fin de non-recevoir, aux termes de l'article 74 du code de procédure civile. La méconnaissance de cette disposition est sanctionnée par une fin de non-recevoir d'ordre public (2^e Civ., 29 octobre 1986, pourvoi n° 85-14.011, *Bull.* 1986, II, n° 154). L'article R. 1451-2 du code du travail (qui a remplacé l'article R. 516-38) adapte cette règle à la juridiction prud'homale en disposant que les exceptions de procédure n'ont pas obligatoirement à être soulevées devant le bureau de conciliation mais peuvent l'être pour la première fois devant le bureau de jugement, y compris lorsque des défenses au fond ont été proposées en conciliation (Soc., 26 juillet 1984, pourvoi n° 82-40.416, *Bull.* 1984, V, n° 333).

• Irrégularités de fond

Les irrégularités de fond affectent l'acte processuel et non pas l'acte de procédure.

En vertu de l'article 120 du code de procédure civile, elles doivent, comme les fins de non-recevoir, être soulevées par le juge lorsqu'elles sont fondées sur l'inobservation des règles ayant un caractère d'ordre public.

Il est traditionnellement admis que les dispositions relatives à l'exercice des actions du débiteur en liquidation judiciaire sont d'ordre public.

Présente également ce caractère le préliminaire de conciliation devant le conseil de prud'hommes, prévu, sous certaines exceptions, à l'article L. 1411-1 du code du

travail. La chambre sociale le considère comme une formalité substantielle d'ordre public (Soc., 17 mars 1950, *Bull.* 1950, IV, n° 267 ; Soc., 5 avril 1957, *Bull.* 1957, IV, n°s 445 et 446), qualifiant son absence d'irrégularité de fond (Soc., 12 décembre 2000, pourvoi n° 98-46.100, *Bull.* 2000, V, n° 422). C'est d'ailleurs l'existence de cette phase de conciliation obligatoire qui l'a conduite à adapter en matière prud'homale les règles relatives aux clauses préalables de conciliation stipulées dans un contrat de travail, en jugeant qu'elles n'empêchent pas les parties, en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat, de saisir directement le juge prud'homal de leur différend (Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-20.004, *Bull.* 2012, V, n° 326), à la différence des autres matières où elles constituent une fin de non-recevoir (qui n'est pas d'ordre public) qui s'impose au juge si l'une des parties l'invoque (Ch. mixte, 14 février 2003, pourvoi n° 00-19.423, *Bull.* 2003, Ch. mixte, n° 1).

Il est plus difficile de déterminer dans la jurisprudence de la chambre sociale s'il existe d'autres vices de fond qui relèvent de l'ordre public. En effet, la plupart des moyens ne portent pas sur le caractère d'ordre public de la règle en cause, ni en conséquence sur le pouvoir du juge de soulever d'office son inobservation mais, le plus souvent, sur la qualification de vice de fond et sur sa régularisation.

Après avoir déterminé l'office du juge à l'égard des exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de procédure ayant un caractère d'ordre public, l'article 120 du code de procédure civile précise que le juge peut (et non doit) relever d'office l'irrégularité tenant au défaut de capacité d'ester en justice. La question est de savoir si sous ce terme sont visés non seulement le défaut de capacité d'exercice, mais également le défaut de capacité de jouissance, ce qui est le cas des personnes dépourvues de personnalité juridique. La chambre sociale semble l'exclure en se plaçant dans ce cas sur le terrain de la recevabilité de l'action et non de la nullité de l'acte, jugeant, au vu de l'article 32 du code de procédure civile, qu'« est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ; que cette situation n'est pas susceptible d'être régularisée lorsque la prétention est émise par ou contre une partie dépourvue de personnalité juridique ». Elle a ainsi relevé d'office un tel moyen pour une unité économique et sociale (UES) (Soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 09-60.341, *Bull.* 2010, V, n° 148).

• Nullités de forme

Si des vices de forme peuvent résulter de l'inobservation d'une formalité d'ordre public comme le précise l'article 114 du code de procédure civile, la nullité de l'acte entaché d'une telle irrégularité n'est encourue que si la partie qui invoque le vice établit qu'il lui a causé un grief. Il ne revient donc pas au juge de soulever d'office l'existence d'un vice de forme si aucune des parties ne l'invoque.

À cet égard, la différence de régime entre les exceptions de nullité pour vice de forme, d'une part, et les fins de non-recevoir et exceptions de nullité pour vice de fond, d'autre part, rend déterminante la qualification retenue. La difficulté de la tâche apparaît à travers la jurisprudence qui se fixe, au fil du temps, dans un sens de plus en plus favorable à la qualification de vices de forme. La chambre sociale a suivi ce mouvement. Une illustration significative et récente (Soc., 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.911 et pourvoi n° 10-23.677, *Bull.* 2011, V, n° 222, [2 arrêts]) se trouve dans la clarification de la nature de l'irrégularité tenant à l'absence de signature de la déclaration d'appel.

Il est désormais jugé que cette omission, dès lors qu'il n'existe aucune contestation sur l'identité de l'auteur de l'acte, est constitutive d'un vice de forme. Cette solution, qui qualifie le vice de forme indépendamment de sa gravité, par opposition aux vices de fond limitativement énumérés à l'article 117 du code de procédure civile, condamne la pratique consistant à se fonder sur l'inexistence de l'acte de procédure pour prononcer une irrecevabilité, ce qui a pour conséquence que le juge, qui ne peut plus se situer sur ce terrain, ne peut plus soulever d'office ce type d'irrégularité.

- **Exceptions d'incompétence et questions préjudicielles**

Il a été rappelé que la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes est exclusive et donc, *a fortiori*, d'ordre public. Pour autant, même dans un tel cas, l'article 92 du code de procédure civile, comme l'article 93 pour la compétence territoriale, n'oblige pas un juge incompetent à soulever son incompetence mais lui offre une simple faculté. Cette faculté est d'ailleurs restreinte lorsqu'il s'agit d'une cour d'appel ou de la Cour de cassation aux cas où l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative ou étrangère. Il peut donc arriver que la Cour de cassation constate qu'une autre juridiction que le conseil de prud'hommes a statué en matière prud'homale, sans que la décision soit censurée (voir, par exemple, Soc., 14 septembre 2005, pourvoi n° 04-10.053).

Indépendamment de sa compétence pour connaître des demandes principales et incidentes qui lui sont soumises, le juge peut être confronté à un moyen de défense qui sort de son champ de compétence. Or l'article 49 du code de procédure civile écarte cette possibilité lorsque les moyens de défense soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Il s'agit alors d'une obligation pour le juge de surseoir à statuer (Ass. plén., 6 juillet 2001, pourvoi n° 98-17.006, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 9). Néanmoins, il n'est pas toujours facile de savoir dans quel cas une juridiction est tenue de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle. Ce problème se rencontre notamment devant le tribunal de commerce lorsqu'est en cause l'application d'une clause de non-concurrence liant un salarié à un ancien employeur. Récemment, la chambre commerciale a clarifié la situation en jugeant que lorsque la responsabilité du nouvel employeur pour complicité de violation de la clause de non-concurrence par le salarié était seule recherchée par l'ancien employeur et que le salarié n'était pas dans la cause, la juridiction commerciale était compétente pour statuer sur la demande et par suite sur la validité de ladite clause et sur la violation par le salarié concerné de son obligation de non-concurrence, s'agissant d'un litige opposant deux sociétés commerciales, dès lors que la juridiction prud'homale n'était pas saisie par les parties au contrat de travail (Com., 14 mai 2013, pourvoi n° 12-19.351, *Bull.* 2013, IV, n° 75).

Enfin, le contentieux traité par la chambre sociale se heurte fréquemment à des questions préjudicielles portant sur l'appréciation de la légalité d'une décision administrative. Pèse alors sur le juge, s'il estime la question sérieuse et nécessaire à la solution du litige, l'obligation de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit définitivement prononcée (Soc., 22 novembre 1978, pourvoi n° 77-40.291, *Bull.* 1978, V, n° 787). L'initiative repose même sur lui. Ainsi, la chambre sociale a censuré une cour d'appel qui n'avait pas invité les parties à faire trancher par la juridiction administrative la question, qui se posait, de la légalité de l'autorisation administrative de licenciement en lui posant une question préjudicielle (Soc., 12 juillet 2010, pourvoi n° 08-44.642, *Bull.* 2010, V, n° 170).

Section 2 – Devant la chambre criminelle

Le régime des moyens d'ordre public devant le juge pénal diffère sensiblement de celui applicable devant le juge civil, tant en ce qui concerne la nature et le nombre de ces moyens que les conditions dans lesquelles ils peuvent être invoqués. En particulier, alors que le juge civil peut relever d'office des moyens qui ne sont pas d'ordre public, tel, sous certaines conditions, celui pris de son incompétence territoriale, et que, à l'inverse, il n'est pas systématiquement tenu de relever d'office certains moyens d'ordre public, tel celui pris de l'incompétence de la juridiction civile, en procédure pénale, il y a une quasi-adéquation entre le caractère d'ordre public d'un moyen et le fait que le juge soit susceptible de le relever d'office.

De ce point de vue, la procédure pénale se rapproche davantage du contentieux administratif, dans lequel cette adéquation est parfaite (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008, n° 932, p. 819). Cette proximité ne doit d'ailleurs pas surprendre puisque les deux procédures, qui opposent l'intérêt particulier à un intérêt public, présentent, par essence, un caractère inquisitorial bien plus affirmé que la procédure civile.

Cependant, alors que, pour le Conseil d'État statuant comme juge de cassation, les moyens d'ordre public de portée générale tiennent, pour l'essentiel, à l'incompétence, aux fins de non-recevoir, à certains vices de procédure et à la méconnaissance du champ d'application de la loi, mais en aucun cas aux insuffisances de motivation de la décision attaquée (J. Massot, O. Fouquet, J.-H. Stahl, M. Guyomar, *Le Conseil d'État juge de cassation*, Berger-Levrault, 5^e éd., 2001, nos 107 et s., p. 148 et s.), la chambre criminelle de la Cour de cassation n'hésite pas, au visa de l'article 593 du code de procédure pénale, à étendre son contrôle d'office à la qualité de la motivation des décisions qui lui sont déférées, spécialement dans les matières où, n'ayant pas le contrôle des pièces de la procédure, les insuffisances ou contradictions de la motivation ne lui permettent pas d'exercer son contrôle de cassation.

Ainsi, pour apprécier la spécificité du régime des moyens d'ordre public devant le juge pénal, il est nécessaire de dessiner les contours de cette notion (§ 1), puis d'examiner les conditions dans lesquelles ce type de moyen peut être invoqué (§ 2).

§ 1. Définition

A. Présentation

À défaut de définition textuelle, les auteurs s'intéressant plus particulièrement à la cassation pénale (J. et L. Boré, *La Cassation en matière pénale*, Dalloz action 2012/2013, 3^e éd., 2011, n° 112.71, p. 355 ; O. de Bouillane de Lacoste, *JCl. Proc. pén.*, LexisNexis, art. 591 à 600, fasc. 30 « Pourvoi en cassation – ouvertures à cassation – causes d'irrecevabilité ou d'inefficacité des moyens de cassation », janvier 1999, mise à jour 18 juillet 2013, nos 61 et s.) définissent le moyen d'ordre public comme celui qui, dépassant les intérêts privés, est pris de la violation d'une règle de droit mettant en cause les intérêts généraux de la société.

Dans le domaine des nullités de l'information, la jurisprudence de la chambre criminelle, qui recourt rarement à l'expression de « nullités d'ordre public », retient comme

telles la méconnaissance de dispositions du code de procédure pénale « touchant à l'organisation judiciaire » (Crim., 17 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.326, *Bull. crim.* 2006, n° 19, s'agissant d'un expert ayant outrepassé les limites de sa mission) ou « édictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (Crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 03-84.539, *Bull. crim.* 2003, n° 187, s'agissant d'un officier de police judiciaire ayant agi sans l'autorisation du procureur de la République prévue par l'article 77-1 du code de procédure pénale).

Une telle nullité peut également résulter de l'omission de formalités requises par un texte et portant « atteinte aux droits de la défense » (Crim., 14 novembre 2001, pourvoi n° 01-85.965, *Bull. crim.* 2001, n° 238).

Les contours de la catégorie des nullités d'ordre public n'en demeurent pas moins incertains (voir H. Angevin, *La Pratique de la chambre de l'instruction*, Litec, 2^e éd., 2004, n° 328, p. 142 ; F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 3^e éd., 2013, n° 2022, p. 1324).

En tout état de cause, en ce qu'il dépasse les intérêts des parties, le moyen d'ordre public échappe aux prévisions, d'une part, de l'article 802 du code de procédure pénale, exigeant, pour qu'une nullité de procédure puisse être prononcée, que la personne concernée justifie d'une atteinte portée à ses intérêts, d'autre part, de l'article 172 du même code, permettant à la partie, envers laquelle une formalité substantielle a été méconnue, de renoncer à s'en prévaloir et de régulariser ainsi la procédure.

En définitive, le caractère d'ordre public du moyen résulte de ce que la chambre criminelle, soit le qualifie expressément comme tel, soit le relève d'office, soit en admet la recevabilité bien qu'il soit invoqué pour la première fois devant elle, soit mentionne que les dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale lui sont étrangères.

Les exemples ci-après, qui ne prétendent pas à l'exhaustivité, permettront d'illustrer la richesse de cette notion.

B. Illustrations

1. Moyens de fond

a. Principe : les lois pénales sont d'ordre public

Les lois pénales étant d'ordre public, tout moyen pris de leur violation est lui-même d'ordre public.

Il en va ainsi, notamment :

- de la fausse application d'une loi d'incrimination (voir, par exemple, Crim., 18 mars 2008, pourvoi n° 07-83.067, *Bull. crim.* 2008, n° 67, s'agissant de la méconnaissance de la règle selon laquelle le délit de mise en danger d'autrui ne peut être caractérisé qu'en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement) ;
- des règles d'application de la loi dans le temps, que le moyen soit pris de l'abrogation d'une incrimination (Crim., 22 mars 2011, pourvoi n° 10-80.203, *Bull. crim.* 2011,

n° 58) ou de l'application rétroactive d'une loi pénale plus sévère (Crim., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-82.411, *Bull. crim.* 2009, n° 131);

– de la violation des règles de pénalité : par un arrêt du 27 avril 2004 (pourvoi n° 03-85.288, *Bull. crim.* 2004, n° 98), la chambre criminelle a énoncé que le principe d'ordre public selon lequel nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi constitue une exception péremptoire qui doit être relevée par le juge à tous les stades de la procédure.

Relèvent de cette catégorie notamment :

- . l'absence de caractérisation des circonstances aggravantes de nature à justifier la peine prononcée (Crim., 1^{er} octobre 1987, pourvoi n° 86-96.148, *Bull. crim.* 1987, n° 323);
- . le prononcé d'une peine supérieure au maximum légal (Crim., 14 janvier 1998, pourvoi n° 95-85.685, *Bull. crim.* 1998, n° 19) ou d'une peine principale ou complémentaire non prévue par la loi (respectivement, Crim., 6 janvier 1998, pourvoi n° 97-84.790, *Bull. crim.* 1998, n° 3 et Crim., 12 juin 2007, pourvoi n° 06-88.900, *Bull. crim.* 2007, n° 156);
- . la méconnaissance du régime des peines applicables en cas de concours d'infractions (Crim., 5 décembre 2000, pourvoi n° 00-82.108, *Bull. crim.* 2000, n° 363);
- . la méconnaissance du domaine d'application du sursis avec mise à l'épreuve (Crim., 27 avril 2004, pourvoi n° 03-85.288, préc.);
- . la fausse application des règles de la récidive (Crim., 3 juin 1982, pourvoi n° 81-91.055, *Bull. crim.* 1982, n° 144).

b. Hypothèses particulières

α. Lois d'amnistie

Sont également d'ordre public les effets des lois d'amnistie sur, notamment, l'extinction de l'action publique (Crim., 9 décembre 1997, pourvoi n° 96-85.958, *Bull. crim.* 1997, n° 419) ou la caractérisation de l'état de récidive (Crim., 20 février 1989, pourvoi n° 87-92.070, *Bull. crim.* 1989, n° 81);

β. Exception d'illégalité d'un acte administratif

L'exception d'illégalité de l'acte administratif dont dépend la solution du procès pénal revêt-elle un caractère d'ordre public ?

Une telle question appelle une réponse nuancée. En effet, si plusieurs éléments militent en faveur d'une réponse positive, celle-ci ne paraît pas avoir été expressément apportée dans un arrêt de la chambre criminelle.

Tout d'abord, en vertu du principe de légalité, la chambre criminelle se reconnaît le droit de relever d'office l'illégalité d'un texte réglementaire d'incrimination, comme elle l'a fait pour l'ancien article R. 362-4 du code des communes, au motif que ce texte sanctionnait une disposition législative du même code ne définissant aucune incrimination, en méconnaissance du principe selon lequel toute infraction doit être définie en des termes clairs et précis (Crim., 1^{er} février 1990, pourvoi n° 89-80.673, *Bull. crim.* 1990, n° 56). On soulignera le caractère novateur de cette décision en ce que les dispositions

visées, de fond et de forme, sont à la fois constitutionnelles – article 8 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et articles 34 et 37 de la Constitution –, et européennes – articles 7 et 6, § 3, a, de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales.

Ensuite, si l’exception d’illégalité d’un acte administratif individuel ou réglementaire est soumise au régime des questions préjudicielles et, notamment, aux règles de recevabilité posées par l’article 386 du code de procédure pénale, la chambre criminelle déduit néanmoins de l’article 111-5 du code pénal la possibilité pour le juge répressif de déclarer d’office l’illégalité d’un tel acte lorsqu’il lui apparaît que celle-ci conditionne la solution du procès qui lui est soumis (Crim., 7 juin 1995, pourvoi n° 94-81.416, *Bull. crim.* 1995, n° 208). Elle a, elle-même, cassé, sur un moyen relevé d’office, un arrêt de cour d’appel qui, pour écarter une exception d’illégalité d’un arrêté d’expulsion, prise de la violation du droit de la personne concernée au respect de sa vie privée et familiale, s’était fondé sur des condamnations pénales postérieures à l’arrêté en cause, en méconnaissance du principe selon lequel la légalité d’un acte administratif s’apprécie par rapport à la situation de fait et de droit prévalant à la date de son édicton (Crim., 26 mars 1996, pourvoi n° 95-81.890, *Bull. crim.* 1996, n° 133).

S’agit-il pour autant d’une obligation pour le juge pénal ? La réponse paraît devoir être négative lorsque celui-ci n’a été saisi d’aucune exception d’illégalité, la chambre criminelle ayant jugé qu’une cour d’appel n’était pas tenue de vérifier d’office la légalité d’un arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire, non contesté par le prévenu (Crim., 8 août 1994, pourvoi n° 93-85.207, *Bull. crim.* 1994, n° 289).

En revanche, certains soutiennent que lorsque le juge a été saisi d’une telle exception tardivement, l’irrecevabilité du moyen ne le dispense pas d’examiner d’office la légalité du texte en cause et, le cas échéant, de relever d’office son illégalité. À défaut d’un tel contrôle, la décision d’irrecevabilité, bien que conforme à l’article 386 du code de procédure pénale, encourrait la censure (Ch. Le Gunehec, alors président de la chambre criminelle, « Bilan de deux années d’application du code pénal par la Cour de cassation », *RPDP* 1996, p. 217 et s., notamment p. 227 et 228).

2. Moyens de procédure

a. Exception d’incompétence

L’exception d’incompétence est le moyen dont le caractère d’ordre public est le plus nettement affirmé (voir S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 9^e éd., 2013, nos 1288 et s.). Comme tout moyen d’ordre public, elle peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation (Crim., 9 janvier 2013, pourvoi n° 12-83.047, *Bull. crim.* 2013, n° 12), qu’il s’agisse de l’incompétence matérielle, personnelle ou territoriale. Par ailleurs, la règle édictée par l’article 385, alinéa 1, du code de procédure pénale, selon laquelle les juridictions de jugement n’ont pas qualité pour statuer sur la nullité de la procédure dont elles sont saisies par le renvoi ordonné par une juridiction d’instruction, y compris lorsqu’il s’agit d’une nullité substantielle touchant à l’ordre public, ne s’applique pas aux nullités affectant la compétence juridictionnelle (Crim., 7 juin 2000, pourvoi n° 99-82.788, *Bull. crim.* 2000, n° 219). Au demeurant, tout juge est tenu, même d’office et en tout état de la procédure, de vérifier sa compétence (Crim., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-84.531, *Bull. crim.* 2009, n° 129).

Sont ainsi d'ordre public :

- l'incompétence des juridictions françaises (Crim., 10 octobre 1988, pourvoi n° 87-91.310, *Bull. crim.* 1988, n° 331 : incompétence pour connaître d'un délit commis à l'étranger par un Français en l'absence de contrôle de la double incrimination);
- l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire (Crim., 15 février 2000, pourvoi n° 99-81.685, *Bull. crim.* 2000, n° 70 : incompétence pour connaître des fautes de service commises par les agents d'un service public);
- l'incompétence, au sein de l'ordre judiciaire, de la juridiction répressive pour prononcer sur l'action civile lorsque, soit il n'a pas été préalablement statué au fond sur l'action publique (Crim., 9 septembre 2008, pourvoi n° 07-87.207, *Bull. crim.* 2008, n° 177), soit l'action civile est fondée sur les fautes imputées par la victime aux instituteurs chargés de la surveillance des mineurs poursuivis (Crim., 12 novembre 1997, pourvoi n° 92-83.250, *Bull. crim.* 1997, n° 385);
- au sein de la juridiction répressive elle-même, sont d'ordre public, notamment :
 - . l'incompétence territoriale, qu'il s'agisse d'une juridiction d'instruction (Crim., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-84.531, préc.) ou d'une juridiction de jugement (Crim., 28 février 2006, pourvoi n° 05-85.840, *Bull. crim.* 2006, n° 57);
 - . l'incompétence de la juridiction correctionnelle pour connaître de faits qualifiés de délit mais constituant en réalité un crime (Crim., 20 juillet 2011, pourvoi n° 10-83.763, *Bull. crim.* 2011, n° 160);
 - . l'incompétence de la cour d'assises des mineurs pour juger un crime commis par un mineur de seize ans (Crim., 23 janvier 1989, pourvoi n° 88-86.469, *Bull. crim.* 1989, n° 26);
 - . l'incompétence de la chambre de l'application des peines pour connaître d'une requête en confusion de peines (Crim., 9 janvier 2013, pourvoi n° 12-83.047, préc.);
 - l'incompétence de la chambre de l'instruction pour révoquer le contrôle judiciaire d'une personne renvoyée devant la juridiction de jugement (Crim., 21 août 2013, pourvoi n° 13-84.062);
 - . l'incompétence d'une cour d'assises pour régler le conflit négatif de juridiction né de la contradiction entre l'arrêt de renvoi de la chambre de l'instruction l'ayant saisie et sa décision de se déclarer incompétente au profit de la cour d'assises des mineurs, un tel règlement de juges relevant de la seule chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 15 mars 2006, pourvoi n° 06-81.028, *Bull. crim.* 2006, n° 83).

Par ailleurs, cette dernière juge qu'il y a lieu à cassation sur un moyen relevé d'office quand une erreur dans la qualification sous laquelle les juges ont condamné le prévenu a eu pour conséquence la violation des règles d'ordre public relatives à l'organisation et à la compétence des juridictions pénales (Crim., 1^{er} juillet 1997, pourvoi n° 96-83.433, *Bull. crim.* 1997, n° 261).

b. Composition des juridictions

Les règles relatives à la composition des juridictions sont d'ordre public, qu'il s'agisse des juridictions d'instruction (Crim., 19 décembre 1988, pourvoi n° 88-83.678, *Bull.*

crim. 1988, n° 433) ou des juridictions de jugement (Crim., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 99-80.533, *Bull. crim.* 2000, n° 50).

c. Exercice de l'action publique

S'agissant de l'exercice de l'action publique, constituent des moyens d'ordre public :

- la prescription de l'action publique, y compris celle régie par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (Crim., 6 mai 2003, pourvoi n° 02-84.348, *Bull. crim.* 2003, n° 92);
- l'exception *non bis in idem*, selon laquelle un même fait ne peut donner lieu contre le même prévenu à deux actions pénales distinctes (Crim., 3 juin 1997, pourvoi n° 96-83.653, *Bull. crim.* 1997, n° 217);
- l'autorité de chose jugée au pénal (Crim., 13 novembre 1989, pourvoi n° 88-80.801, *Bull. crim.* 1989, n° 408), contrairement à l'exception de chose jugée sur l'action civile, qui n'est pas d'ordre public (Crim., 8 décembre 1993, pourvoi n° 93-81.959, *Bull. crim.* 1993, n° 377);
- l'irrégularité du réquisitoire introductif, tenant à son absence de date (Crim., 23 avril 1971, pourvoi n° 70-92.577, *Bull. crim.* 1971, n° 115);
- la violation d'une immunité parlementaire, par exemple lorsque, en méconnaissance de l'article 26 de la Constitution du 4 octobre 1958, un parlementaire fait l'objet d'un acte de poursuite au cours d'une session du Parlement sans l'autorisation de l'assemblée dont il fait partie (Crim., 13 octobre 1993, pourvoi n° 92-84.558, *Bull. crim.* 1993, n° 292).

d. Enquête et information

Au stade de l'enquête et de l'information, sont d'ordre public, notamment :

- le respect des dispositions des articles 77-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale imposant à l'officier de police judiciaire, au stade de l'enquête préliminaire, de recueillir l'autorisation du procureur de la République avant de requérir toute personne qualifiée ou tout organisme détenteur d'informations utiles (respectivement, Crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 03-84.539, *Bull. crim.* 2003, n° 187 et Crim., 1^{er} septembre 2005, pourvoi n° 05-84.061, *Bull. crim.* 2005, n° 211);
- les règles de désignation des experts (Crim., 8 juillet 2004, pourvoi n° 04-82.601, *Bull. crim.* 2004, n° 180) et d'accomplissement de leur mission (Crim., 17 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.326, *Bull. crim.* 2006, n° 19);
- plus généralement, les dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves (Crim., 28 novembre 2001, pourvoi n° 01-86.467, *Bull. crim.* 2001, n° 248);
- les dispositions de l'article 80-1 du code de procédure pénale subordonnant la mise en examen d'une personne à la réunion d'indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi (Crim., 1^{er} octobre 2003, pourvoi n° 03-82.909, *Bull. crim.* 2003, n° 177).

e. Formalités de l'audience

Parmi les formalités de la procédure d'audience, revêtent un caractère d'ordre public :

- la mention, dans un arrêt de chambre de l'instruction, de l'audition d'un conseiller en son rapport (Crim., 17 mai 1984, pourvoi n° 83-92.068, *Bull. crim.* 1984, n° 183; Crim., 27 octobre 1997, pourvoi n° 97-82.718, *Bull. crim.* 1997, n° 351);
- la présence d'un procès-verbal des déclarations faites par la personne dont est demandée l'extradition lors de sa comparution devant la chambre d'accusation (Crim., 20 août 1986, pourvoi n° 86-93.245, *Bull. crim.* 1986, n° 246);
- le respect des formalités de la procédure d'assises, telle la prohibition des questions complexes (Crim., 26 novembre 1990, pourvoi n° 90-81.702, *Bull. crim.* 1990, n° 402);
- la règle édictée par l'article 513 du code de procédure pénale, selon laquelle le prévenu ou son conseil auront toujours la parole en dernier (Crim., 14 décembre 1989, pourvoi n° 89-82.912, *Bull. crim.* 1989, n° 482);
- la publicité des débats judiciaires, qui est une règle d'ordre public à laquelle il ne peut être dérogé que dans les cas limitativement déterminés par la loi (Crim., 17 septembre 2008, pourvoi n° 07-87.967, *Bull. crim.* 2008, n° 193).

f. Recours

En ce qui concerne les recours, sont d'ordre public :

- les formes et délais des voies de recours, de sorte que les nullités qui s'y réfèrent peuvent être proposées pour la première fois devant la Cour de Cassation ou suppléées d'office (Crim., 23 mars 1993, pourvoi n° 91-81.203, *Bull. crim.* 1993, n° 126, s'agissant de l'appel);
- les règles du double degré de juridiction et de dévolution de l'appel, y compris en matière d'action civile (Crim., 22 novembre 2005, pourvoi n° 05-84.826, *Bull. crim.* 2005, n° 302);
- les dispositions de l'article 520 du code de procédure pénale, qui imposent aux juges d'appel d'évoquer le fond lorsque le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée des formes prescrites par la loi à peine de nullité (Crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-89.315, *Bull. crim.* 2007, n° 103).

g. Motivation des décisions

Au titre du contrôle déjà évoqué de la motivation des décisions des juges du fond, la chambre criminelle casse d'office, au visa de l'article 593 du code de procédure pénale, les arrêts de chambre de l'instruction et les arrêts ou jugements en dernier ressort :

- qui omettent de répondre aux articulations essentielles des conclusions d'une partie (Crim., 13 octobre 1998, pourvoi n° 98-84.224, *Bull. crim.* 1998, n° 257) ou aux réquisitions du ministère public (Crim., 10 janvier 1984, pourvoi n° 83-94.414, *Bull. crim.* 1984, n° 11);
- dont les motifs sont insuffisants pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de s'assurer que la loi a été respectée dans le dispositif, par exemple

sur la caractérisation de la culpabilité du prévenu (Crim., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-87.516) ou de l'état de récidive (Crim., 4 octobre 1989, pourvoi n° 89-84.131, *Bull. crim.* 1989, n° 340);

– dont les motifs et le dispositif ne concordent pas (Crim., 27 mai 2010, pourvoi n° 09-83.633), sauf à ce que cette discordance résulte d'une erreur matérielle pouvant être réparée par la procédure prévue à l'article 710 du code de procédure pénale (Crim., 2 octobre 1990, pourvoi n° 90-84.412, *Bull. crim.* 1990, n° 327).

Mais il n'est pas rare que, sous couvert de ce contrôle de motivation, la chambre criminelle répare d'office des dénaturations, par les juges du fond, de pièces de la procédure (Crim., 4 mars 2009, pourvoi n° 08-87.518, s'agissant d'un arrêt de cour d'appel ayant déclaré un appel irrecevable au motif qu'il avait été formé par lettre alors qu'existait un acte d'appel dûment signé par l'appelant), voire de véritables erreurs de droit (Crim., 22 février 2006, pourvoi n° 04-87.686, s'agissant d'un arrêt écartant, en méconnaissance de l'article 420-1 du code de procédure pénale, une exception d'irrecevabilité d'une constitution de partie civile formée par courrier d'un mandataire autre qu'un avocat).

De même, la chambre criminelle a cassé d'office, cette fois au visa du seul article 144 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, des arrêts de chambres de l'instruction ayant rejeté une demande de mise en liberté sans s'expliquer, par des considérations de droit et de fait, sur le caractère insuffisant d'une assignation à résidence avec surveillance électronique (Crim., 18 août 2010, pourvoi n° 10-83.819, *Bull. crim.* 2010, n° 124; Crim., 12 octobre 2010, pourvoi n° 10-85.370, *Bull. crim.* 2010, n° 155).

h. Action civile

S'agissant de l'action civile, la chambre criminelle juge que, s'il ne peut, en principe, être proposé de moyens d'office contre les dispositions d'un arrêt relatives à l'action civile, il en est autrement lorsque lesdites dispositions touchent en même temps à l'ordre public, comme c'est le cas de :

– l'application des règles du double degré de juridiction et de dévolution de l'appel (Crim., 22 novembre 2005, pourvoi n° 05-84.826, *Bull. crim.* 2005, n° 302);

– la prohibition de la *reformatio in pejus*, c'est-à-dire l'aggravation, sur son seul appel, du sort de la partie civile (Crim., 29 janvier 1991, pourvoi n° 90-80.442, *Bull. crim.* 1991, n° 48);

– la méconnaissance de l'article 588-1 du code de procédure pénale, selon lequel les assureurs, appelés à garantir le dommage, ne sont admis à intervenir et ne peuvent être mis en cause devant la juridiction répressive que lorsque des poursuites pénales sont exercées pour homicide ou blessures involontaires (Crim., 24 février 1993, pourvoi n° 92-84.437, *Bull. crim.* 1993, n° 89);

– la méconnaissance de l'article 475-1 du code de procédure pénale dont il résulte que seul l'auteur de l'infraction peut être condamné à payer à la partie civile une somme au titre des frais exposés par elle et non compris dans les frais et dépens (Crim., 27 novembre 1990, pourvoi n° 90-81.839, *Bull. crim.* 1990, n° 405).

i. Liberté de la presse

Les règles essentielles de procédure édictées par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse sont d'ordre public. Il en va ainsi, notamment, des dispositions de l'article 50 de la loi relatives au contenu de l'acte de poursuite (Crim., 30 mai 2007, pourvoi n° 06-84.365, *Bull. crim.* 2007, n° 145).

§ 2. Conditions de mise en œuvre

A. Au stade de l'information

Au stade de l'information, le contrôle des nullités relève de la chambre de l'instruction qui peut être saisie, soit d'une demande d'annulation d'actes de la procédure par le juge d'instruction, le procureur de la République, une partie ou un témoin assisté (article 173 du code de procédure pénale), soit du contrôle de la régularité de l'ensemble de la procédure, notamment sur appel d'une ordonnance de règlement (article 206 du même code).

La possibilité pour les parties et le témoin assisté de soulever des nullités, y compris touchant à l'ordre public, est cependant limitée par les dispositions des articles 173-1, 174 et 175 du code de procédure pénale.

Les articles 173-1 et 175 enferment, en effet, la possibilité d'invoquer des moyens de nullité des actes accomplis dans des délais de forclusion, le premier, d'une durée de six mois, courant à compter de chaque audition ou interrogatoire, le second, d'une durée de un ou trois mois suivant que le mis en examen est détenu ou non, courant à compter de l'envoi de l'avis de fin d'information.

Quant à l'article 174, il édicte une fin de non-recevoir, tenant à ce que, lorsque la chambre de l'instruction a été saisie sur le fondement de l'article 173, les moyens de nullité qui ne lui ont pas été soumis ne peuvent plus l'être ultérieurement, sauf si la partie concernée ne pouvait alors en avoir connaissance. Par ailleurs, la chambre criminelle juge qu'une partie ne peut proposer un moyen de nullité qui, déjà proposé par une autre, a été rejeté par la chambre de l'instruction (Crim., 14 mai 2002, pourvoi n° 02-80.721, *Bull. crim.* 2002, n° 111).

Cependant, la forclusion opposable aux parties et témoin assisté ne fait pas obstacle à ce que la chambre de l'instruction, à l'occasion de l'examen de la régularité de la procédure, relève d'office des moyens pris d'une nullité d'ordre public, que la forclusion applicable soit celle de l'article 173-1 (Crim., 24 octobre 2007, pourvoi n° 07-83.916, *Bull. crim.* 2007, n° 253 : nullité d'actes accomplis par un magistrat instructeur manifestement incompétent) ou celle de l'article 175 (Crim., 6 mai 2003, pourvoi n° 02-84.348, *Bull. crim.* 2003, n° 92 : prescription de l'action publique). Aux termes de l'article 206 du code de procédure pénale, il s'agit même pour elle d'une obligation.

B. Devant la juridiction de jugement

Les nullités de l'information, y compris celles d'ordre public, ne peuvent plus être invoquées par une partie devant la juridiction de jugement car le code de procédure pénale prévoit que la décision de renvoi prise par la juridiction d'instruction a pour effet de couvrir les vices de la procédure antérieure, qu'il s'agisse de l'ordonnance de

mise en accusation devant la cour d'assises (article 181, alinéa 4), ou de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal de police, la juridiction de proximité ou le tribunal correctionnel (articles 178 et 179 *in fine*).

Quant aux autres nullités, le moyen pris d'une nullité de la procédure criminelle suivie depuis la décision de mise en accusation jusqu'à la constitution du jury d'assises doit être soulevé, à peine de forclusion, dès cette constitution (article 305-1).

De même, devant le tribunal correctionnel et le tribunal de police, les exceptions de nullité de la citation ou de la procédure antérieure doivent être présentées avant toute défense au fond (article 385 *in fine*). La chambre criminelle juge que cette règle s'applique à toutes les nullités, même substantielles, touchant à l'ordre public, à la seule exception de celles affectant la compétence (Crim., 25 février 1991, pourvoi n° 90-81.383, *Bull. crim.* 1991, n° 94). Elle en déduit que les parties sont seules recevables à présenter une telle exception avant toute défense au fond, de sorte que les juges ne peuvent la relever d'office en l'absence du prévenu défaillant (Crim., 21 mars 1989, pourvoi n° 88-82.789, *Bull. crim.* 1989, n° 138). Ainsi, une cour d'appel ne peut relever d'office la nullité d'une expertise sans qu'une exception en ce sens ait été proposée devant le tribunal correctionnel avant toute défense au fond (Crim., 25 février 1991, pourvoi n° 90-81.383, *Bull. crim.* 1991, n° 94).

La même règle s'applique, en vertu de l'article 386 du code de procédure pénale, aux questions préjudicielles, telle celle prise de l'illégalité d'un acte administratif (Crim., 18 janvier 1993, pourvoi n° 92-81.705, *Bull. crim.* 1993, n° 22).

C. Devant le juge de cassation

1. Incidence des mécanismes de purge des nullités et des règles de forclusion

Les mécanismes de purge et les règles de forclusion précédemment mentionnés réduisent considérablement la possibilité pour les parties d'invoquer des nullités de procédure devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Ainsi, au cours de l'information, le mis en examen qui, en application des articles 173-1 et 174 du code de procédure pénale, n'est plus recevable à faire état de moyens pris de la nullité de la procédure qu'il n'a pas soulevés en temps utile devant la chambre de l'instruction, ne saurait être admis à invoquer de tels moyens, devant la Cour de cassation, pour faire grief à ladite chambre de ne pas avoir annulé d'office certains actes de la procédure en vertu du pouvoir qu'elle tient de l'article 206 du code de procédure pénale (Crim., 6 mars 2013, pourvoi n° 12-87.922, *Bull. crim.* 2013, n° 60).

Au stade du règlement, en vertu de l'article 595 du même code, la personne renvoyée devant la juridiction de jugement n'est pas recevable à faire état, pour la première fois devant la Cour de cassation, de moyens de nullité de l'information qu'elle n'a pas proposés à la chambre de l'instruction statuant sur le règlement de la procédure (Crim., 27 novembre 1996, pourvoi n° 96-83.920, *Bull. crim.* 1996, n° 429).

Enfin, au stade du jugement, la purge des nullités de l'information a pour effet qu'un moyen de cassation reprenant une exception de nullité est irrecevable (Crim., 5 mai 1997, pourvoi n° 96-81.482, *Bull. crim.* 1997, n° 159) alors même que la cour d'appel, tout

en déclarant l'exception irrecevable, a cru devoir se prononcer sur son mérite (Crim., 27 octobre 1997, pourvoi n° 96-83.698, *Bull. crim.* 1997, n° 352).

Par ailleurs, est irrecevable le moyen de cassation reprenant une exception de nullité ou une question préjudicielle qui n'avait pas été invoquée avant toute défense au fond conformément aux prescriptions des articles 385 et 386 du code de procédure pénale (respectivement Crim., 30 octobre 1997, pourvoi n° 96-81.125, *Bull. crim.* 1997, n° 364 et Crim., 18 janvier 1993, pourvoi n° 92-83.147, *Bull. crim.* 1993, n° 22).

S'agissant des causes de nullités apparues en première instance, il résulte du premier alinéa de l'article 599 du code de procédure pénale qu'en matière correctionnelle ou de police, le prévenu n'est pas recevable à présenter comme moyen de cassation les nullités qu'il n'a pas invoquées devant la cour d'appel. Le texte fait toutefois exception s'agissant de la nullité pour cause d'incompétence, mais à la condition qu'il y ait eu appel du ministère public, de sorte que la cour était tenue de vérifier d'office sa compétence sans risque d'aggravation du sort de l'intéressé (Crim., 31 mai 1988, pourvoi n° 88-82.449, *Bull. crim.* 1988, n° 233).

Aux termes du second alinéa du même article, en matière criminelle, l'accusé n'est pas recevable à présenter comme moyen de cassation les nullités qu'il n'a pas soulevées devant la cour d'assises statuant en appel, conformément aux prescriptions de l'article 305-1.

2. Conditions d'accueil du moyen d'ordre public

Pour pouvoir être accueilli, le moyen d'ordre public doit être de pur droit, c'est-à-dire qu'il n'oblige pas la chambre criminelle à des recherches ou vérifications de fait en dehors des constatations opérées par les juges du fond ou des pièces de la procédure.

Ainsi, certains de ces moyens ne peuvent être retenus par la chambre criminelle que si celle-ci trouve dans les constatations des juges du fond les éléments nécessaires pour en apprécier la valeur. À défaut, le moyen, mélangé de fait, est nouveau et, comme tel, irrecevable. Il en va ainsi des moyens d'ordre public pris de :

- la prescription de l'action publique (Crim., 3 mai 1990, pourvoi n° 89-81.370, *Bull. crim.* 1990, n° 168) ;
- la méconnaissance de la règle *non bis in idem* (Crim., 3 juin 1997, pourvoi n° 96-83.653, préc.) ;
- la chose jugée au pénal (Crim., 13 novembre 1989, pourvoi n° 88-80.801, *Bull. crim.* 1989, n° 408, préc.) ;
- l'amnistie (Crim., 16 juin 1999, pourvoi n° 98-81.925, *Bull. crim.* 1999, n° 137) ;
- l'incompétence territoriale (Crim., 3 juillet 1985, pourvoi n° 84-92.118, *Bull. crim.* 1985, n° 254).

Comme tout autre moyen, le moyen d'ordre public n'est recevable et ne peut, le cas échéant, être relevé d'office, que s'il ne se heurte pas à l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire s'il n'a pas déjà été écarté à l'occasion de précédents pourvois dans la même affaire (Crim., 14 novembre 1990, pourvoi n° 90-85.596, *Bull. crim.* 1990, n° 380).

Par ailleurs, il ne doit pas excéder la saisine de la Cour de cassation, telle qu'elle résulte de la déclaration de pourvoi. Est ainsi irrecevable le moyen qui se borne à critiquer les dispositions de l'arrêt attaqué relatives à l'action publique, alors que le

pourvoi n'a été formé que contre les dispositions civiles (Crim., 14 mai 1984, pourvoi n° 82-93.886, *Bull. crim.* 1984, n° 173).

En revanche, la circonstance qu'un pourvoi n'est pas soutenu par un mémoire de son auteur ne fait pas obstacle à ce que la chambre criminelle y fasse droit par un moyen relevé d'office afin de faire respecter une règle d'ordre public, tel le régime des peines applicables en cas de concours d'infractions (Crim., 11 janvier 2005, pourvoi n° 04-85.916, *Bull. crim.* 2005, n° 12).

3. Moyens relevés d'office par la chambre criminelle

a. Simple faculté

Si les juridictions de fond sont tenues de relever d'office tout moyen d'ordre public, il ne s'agit pour la chambre criminelle que d'une faculté. Certains auteurs y voient en substance une forme d'arbitraire que la Cour de cassation s'autoriserait en sa qualité de juge suprême à l'abri de tout risque de censure (J. et L. Boré, *La Cassation en matière pénale*, Dalloz action 2012/2013, 3^e éd., 2011, n° 112.71, p. 355).

Mais, outre un argument de texte tiré de l'article 595 du code de procédure pénale qui, à propos des nullités de l'information, mentionne le « droit qui appartient à la Cour de cassation de relever tous moyens d'office », on peut proposer deux autres justifications.

D'une part, comme on l'a vu, la chambre criminelle a une conception extensive du moyen d'ordre public, notamment quant à la régularité formelle des décisions qu'elle contrôle. Or, peut-on raisonnablement exiger qu'elle soit tenue, par exemple, de casser une décision pénale au motif que celle-ci ne fait pas apparaître qu'une formalité prescrite à peine de nullité a été dûment accomplie, alors qu'aucune partie ne s'est plainte d'un défaut d'accomplissement de cette dernière ?

D'autre part, si la chambre criminelle était tenue de relever d'office tout moyen d'ordre public, il pourrait se déduire *a contrario*, dans l'hypothèse où elle omettrait de le faire, sciemment ou non, qu'elle dénie désormais cette valeur au moyen en question.

Au demeurant, la pratique montre que, dès lors qu'un moyen d'ordre public est caractérisé, la chambre criminelle le relève d'office.

Les formules finales de ses arrêts de rejet attestent d'ailleurs qu'elle procède systématiquement à un contrôle d'office de la régularité en la forme de la décision attaquée ainsi que, en matière d'assises, à un contrôle de la procédure outre, pour les arrêts de renvoi, de ce que les faits objet de l'accusation sont qualifiés crimes par la loi et, pour les arrêts de condamnation, de ce que la peine est légale.

Par ailleurs, comme on l'a déjà dit, même lorsque le demandeur n'a pas produit de mémoire ou que celui qu'il a produit n'est pas recevable, la Cour s'impose, avant de rejeter son pourvoi, de rechercher si l'arrêt attaqué est régulier en la forme et s'il ne laisse apparaître aucune autre irrégularité qu'elle serait en droit de relever d'office (Crim., 2 janvier 1970, pourvoi n° 69-91.354, *Bull. crim.* 1970, n° 3).

b. Possibilité de relever d'office un moyen en vue de l'écarter

Il peut arriver que la chambre criminelle relève d'office un moyen d'ordre public pour l'écarter dans sa décision.

Cette licence, qui peut paraître hétérodoxe mais n'est que rarement usitée, n'en présente pas moins quelque intérêt.

Ainsi :

- elle peut prévenir une difficulté d'exécution de la décision validée.

Par son arrêt du 2 octobre 1990 (Crim., 2 octobre 1990, pourvoi n° 90-84.412, *Bull. crim.* 1990, n° 327), la chambre criminelle a relevé d'office un défaut de concordance entre les motifs et le dispositif d'un arrêt de renvoi devant une cour d'assises, mais jugé qu'un tel vice n'entraînait pas, en l'espèce, ouverture à cassation, dès lors que, résultant à l'évidence d'une erreur matérielle, il pouvait être réparé par la procédure prévue à l'article 710 du code de procédure pénale ;

- elle peut permettre à la Cour de cassation, après avoir jugé irrecevable un moyen invoqué par une partie, d'y répondre néanmoins en le relevant d'office (ainsi, pour un moyen d'incompétence de la juridiction correctionnelle que les parties civiles étaient irrecevables à soulever : Crim., 22 juin 1994, pourvoi n° 93-83.900, *Bull. crim.* 1994, n° 248) ;

- elle permet enfin, en cas de cassation, de régler une question de procédure susceptible d'être posée à la juridiction de renvoi (Crim., 22 janvier 1953, *Bull. crim.* 1953, n° 21).

c. Possibilité d'étendre les effets de la cassation à d'autres parties que le demandeur au pourvoi

Aux termes du premier alinéa de l'article 612-1 du code de procédure pénale, « en toute matière, lorsque l'intérêt de l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice le commande, la Cour de cassation peut ordonner que l'annulation qu'elle prononce aura effet à l'égard des parties à la procédure qui ne se sont pas pourvues ».

Indépendamment même de cette disposition introduite par l'article 26 de la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, la chambre criminelle a toujours jugé que la cassation devait être étendue à toutes les parties, y compris celles n'ayant pas produit de mémoire, en cas de violation de règles d'ordre public, telles que, notamment :

- les dispositions légales relatives aux accidents du travail (Crim., 14 mars 1972, pourvoi n° 71-91.174, *Bull. crim.* 1972, n° 99) ;
- les règles sur la composition et la compétence des juridictions (Crim., 19 décembre 1988, pourvoi n° 88-83.678, *Bull. crim.* 1988, n° 433, préc.) ;
- les règles fixant les causes d'extinction de l'action publique (Crim., 30 juin 1998, pourvoi n° 97-81.562, *Bull. crim.* 1998, n° 209).

D. Principe commun aux moyens relevés d'office par les juridictions pénales : le respect du principe de la contradiction

Le code de procédure pénale ne comporte pas d'article équivalent aux articles 16 et 1015 du code de procédure civile ou à l'article R. 611-7 du code de justice administrative,

qui imposent aux juges civil et administratif d'inviter les parties à présenter leurs observations sur les moyens qu'ils envisagent de relever d'office.

Jusqu'à une période récente, la chambre criminelle jugeait qu'il n'y avait pas lieu d'aviser les parties lorsqu'elle relevait d'office des exceptions péremptoires d'ordre public, telle la prescription de l'action publique (Crim., 6 mai 2003, pourvoi n° 02-84.348, *Bull. crim.* 2003, n° 92, préc.).

Certains auteurs déploraient cette situation, jugeant « paradoxal que, dans le domaine des droits de la défense, la procédure pénale reste résolument en retard par rapport aux procédures civiles et administratives » (O. de Nervo, « Quelques réflexions sur les moyens soulevés d'office en matière correctionnelle et de police », *JCP éd. G* n° 13, 6 avril 1994, I, 3752).

La jurisprudence de la chambre criminelle a sensiblement évolué sur cette question puisque, au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, puis de l'article préliminaire du code de procédure pénale, celle-ci juge désormais 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 se défendre sur la nouvelle qualification envisagée (Crim., 16 mai 2001, pourvoi n° 00-85.066, *Bull. crim.* 2001, n° 128);
- le prévenu, qui a le droit d'être informé d'une manière détaillée de la nature et de la cause de la prévention dont il est l'objet, doit 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, tel l'état de récidive non visé à la prévention mais retenu par la juridiction correctionnelle pour aggraver la peine (Crim., 21 novembre 2000, pourvoi n° 00-80.616, *Bull. crim.* 2000, n° 347). Cette solution a d'ailleurs été consacrée, s'agissant de la constatation de l'état de récidive légale, par l'article 132-16-5 du code pénal, créé par l'article 16 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales;
- d'une manière générale, le juge ne peut relever d'office un moyen de droit sans avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations (Crim., 4 novembre 2008, pourvoi n° 08-80.495, *Bull. crim.* 2008, n° 224);
- la chambre de l'instruction ne peut, d'office, prononcer l'annulation d'une mise en examen ou constater la prescription de l'action publique sans avoir permis aux parties d'en débattre (respectivement Crim., 26 juin 2012, pourvoi n° 12-80.319, *Bull. crim.* 2012, n° 158 et Crim., 8 janvier 2013, pourvoi n° 12-81.045, *Bull. crim.* 2013, n° 9).

Chapitre 2 – Utilisation de l'ordre public procédural international et européen

Section 1 – Devant les chambres civiles

Sont invoqués des moyens tirés de la violation des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (§ 1) ou du droit de l'Union européenne (§ 2).

§ 1. Moyen pris de la violation de dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

A. Illustrations en droit social

Ainsi que le relèvent les professeurs Jean Mouly et Jean-Pierre Marguénaud (« La chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France », *JCP* éd. S n° 1, 6 janvier 2009, 1001), « c'est évidemment l'article 6, § 1 [de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales], consacré au droit à un procès équitable qui constitue le siège des garanties procédurales conventionnelles susceptibles d'intéresser le droit du travail ou plus généralement le droit social ».

Cet article dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Au-delà du droit de toute personne à voir sa cause entendue, cet article garantit également le droit effectif d'intenter une procédure judiciaire.

Dans son arrêt du 21 février 1975 (*Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70 ; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Thémis droit, 6^e éd., 2011, p. 275 et s.), la Cour européenne des droits de l'homme affirme à cet égard que les garanties du procès équitable énumérées par l'article 6, § 1, impliquent qu'existe en amont un droit au juge : « Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6 par. 1 (art. 6-1) doit se lire à leur lumière » (point 35).

La chambre sociale a rendu divers arrêts sur le fondement de l'article 6, § 1, de la Convention.

1. Droit à ce que sa cause soit entendue

Le droit des salariés à ce que leur cause soit entendue a conduit la chambre sociale à s'opposer à une « loi de validation » dont l'objet était de contrecarrer les effets d'un revirement de sa jurisprudence.

L'article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail validait rétroactivement les sommes versées aux salariés des établissements du secteur médico-social rémunérant leurs permanences de nuit en application des dispositions, qui leur étaient défavorables, d'une convention collective jugées illégales par la chambre. La conséquence de cette loi de validation était que les actions en cours intentées par les salariés sur le fondement de la jurisprudence de la chambre étaient nécessairement vouées à l'échec.

Dans une première décision (Soc., 24 avril 2001, pourvoi n° 00-44.148, *Bull.* 2001, V, n° 130), la chambre sociale avait jugé que « le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable, résultant de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige » et que l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000, « dont il n'est pas établi qu'un motif impérieux d'intérêt général le justifiait, remettait en cause, au profit de l'association, une jurisprudence favorable au salarié en matière d'heures d'équivalence ». Dès lors, c'était à bon droit qu'une cour d'appel avait décidé, par application de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'écarter l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 pour juger le litige dont elle était saisie.

Mais l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait ensuite jugé, dans un arrêt du 24 janvier 2003 (pourvoi n° 01-40.967, *Bull.* 2003, Ass. plén., n° 2), que la loi du 19 janvier 2000 précitée pouvait s'appliquer aux litiges en cours au moment de son entrée en vigueur, dans la mesure où « obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées ».

Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme, intervenant à son tour, a jugé dans deux arrêts du 9 janvier 2007 que la loi du 19 janvier 2000 était contraire à l'article 6, § 1, en ce qu'elle réglait définitivement et de manière rétroactive le fond des litiges pendants devant les juridictions françaises alors que l'intervention du législateur n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général (Arnolin et autres et vingt-quatre autres affaires c. France, n° 20127/03) et était contraire à l'article 1, alinéa 1, du Protocole n° 1 en ce qu'elle privait les requérants d'une valeur patrimoniale préexistante et faisant partie de leurs biens (Aubert et autres et huit autres affaires c. France, n° 31501/03).

Faisant suite à ces décisions, la chambre sociale a, dans un arrêt du 13 juin 2007 (pourvoi n° 05-45.694, *Bull.* 2007, V, n° 99), jugé, au seul visa de l'article 6, § 1, de la Convention, que l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 était inconstitutionnel (voir, dans le même sens, Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-16.393, *Bull.* 2011, V, n° 91).

Commentant cet arrêt, le professeur Cécile Pérès (« L'avenir compromis des lois de validation consécutives à un revirement de jurisprudence », *D.* 2007, p. 2439) souligne que « le second élément tient justement au choix de la Cour de cassation de faire reposer l'annulation de l'arrêt déféré sur le seul article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne et de passer sous silence l'autre décision du même jour rendue par la Cour européenne sur le fondement, cette fois, du droit de chacun au respect de ses biens [Aubert et autres et huit autres affaires, préc.]. Sans doute les résultats obtenus sur

la base de chacun de ces instruments sont-ils largement identiques en la matière, au point que la Cour affirme régulièrement qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si l'un de ces textes a été méconnu lorsque la violation de l'autre est déjà établie. Mais, outre que la référence au procès équitable offre le mérite de souligner directement l'atteinte portée par la loi à la séparation des pouvoirs, la Chambre sociale de la Cour de cassation y trouve surtout le moyen de conforter, à quelques années de distance, sa propre analyse. C'est, en effet, sur l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne qu'elle s'était elle-même fondée [Soc., 24 avril 2001 préc.] pour refuser d'appliquer la loi du 19 janvier 2000».

2. Par un tribunal indépendant et impartial

Il résulte de l'article L. 1453-2 du code du travail qu'un conseiller prud'homme peut être habilité à assister ou représenter une partie, à condition de ne pas exercer une mission d'assistance ou un mandat de représentation devant la section ou la chambre à laquelle il appartient. La chambre sociale est allée au-delà de ce texte en étendant cette interdiction au niveau de la juridiction elle-même.

Elle a ainsi jugé, dans un arrêt du 3 juillet 2001 (pourvoi n° 99-42.735, *Bull.* 2001, V, n° 247), au visa de l'article 6, § 1, «que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial; que cette exigence implique qu'un conseiller prud'homme n'exerce pas de mission d'assistance ou de mandat de représentation devant le conseil de prud'hommes dont il est membre». Dans un arrêt du 16 septembre 2008 (pourvoi n° 06-45.334, *Bull.* 2008, V, n° 160), la chambre a jugé que «l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial imposée par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit qu'un conseiller prud'homme en fonction lors de l'introduction de l'instance puisse représenter ou assister une partie devant le conseil de prud'hommes auquel il appartient». Dans cette dernière affaire, le conseiller avait démissionné de ses fonctions juridictionnelles au cours de l'instance.

Dès lors, comme le relève Bernard Boubli, avocat, doyen honoraire de la chambre sociale de la Cour de cassation, «il suffit que les qualités de représentant de la partie intéressée (le salarié) et de membre du conseil de prud'hommes aient existé au moment de l'introduction de la demande. Peu importe donc que l'intéressé ait cessé ses fonctions avant que l'affaire soit en état d'être jugée. Peu importe également que le conseiller prud'homme ait appartenu à une section ou à une formation devant laquelle l'affaire n'était pas appelée : c'est l'appartenance à la juridiction qui est prohibée. La Cour de cassation ne s'en tient donc pas aux dispositions de droit interne» (B. Boubli, «Sur le devoir d'impartialité du conseiller prud'homme», *JCP* éd. S n° 3, 13 janvier 2009, 1024).

3. Droit d'accès au juge

Au visa de l'article 6, § 1, de la Convention, la chambre sociale a rendu récemment une décision particulièrement protectrice pour les salariés. Dans un arrêt du 6 février 2013 (pourvoi n° 11-11.740, *Bull.* 2013, V, n° 27), elle a jugé que l'irrégularité manifeste de la rupture du contrat à durée déterminée, suivant l'action en justice engagée par des salariés, fait présumer l'existence d'un rapport de causalité entre cette rupture abusive et l'action en justice, présomption qu'il appartient à l'employeur de renverser en démontrant que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute

volonté de sanctionner l'exercice par les salariés de leur droit d'agir en justice. S'il n'y parvient pas, la violation d'une liberté fondamentale est caractérisée, ce qui autorise le juge des référés à ordonner la poursuite de la relation contractuelle.

La nullité d'un licenciement, qui a pour conséquence la réintégration du salarié dans son emploi, le contrat de travail étant supposé n'avoir jamais été rompu, ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte légal ou lorsqu'une liberté fondamentale a été violée. Dans son arrêt du 13 mars 2001 (pourvoi n° 99-45.735, *Bull.* 2001, V, n° 87), la chambre sociale a ainsi jugé que «la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est soumise à la procédure de licenciement prévue par les articles L. 122-14 et suivants du Code du travail et n'ouvre droit pour le salarié, dès lors qu'aucun texte n'interdit, ou ne restreint la faculté de l'employeur, de le licencier, qu'à des réparations de nature indemnitaire ; qu'il en résulte que le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement».

Seuls deux textes du code du travail prévoient la nullité de la rupture d'un contrat de travail faisant suite à une action en justice engagée par le salarié, dans les cas où cette action est engagée sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes (article L. 1144-3), ou sur le fondement du principe de non-discrimination (article L. 1134-4).

Dans un arrêt du 20 février 2008 (pourvoi n° 06-40.085, *Bull.* 2008, V, n° 38), la chambre sociale avait jugé «qu'hors le cas visé à l'article L. 123-5 du code du travail [devenu L. 1143-3], le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe à travail égal, salaire égal, n'encourt pas la nullité».

À propos de cet arrêt, le professeur Jean Mouly indique que «c'était clairement signifier qu'il n'existait pas de nullité de principe des mesures de rétorsion et que les hypothèses prévues par les articles L. 1134-4 et L. 1144-3 n'étaient que des exceptions justifiées par l'existence de dispositions spéciales expresses» (J. Mouly, «Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion», *Dr. soc.* 2013, p. 415) et avait appelé la Cour à s'appuyer sur le droit européen pour assurer une protection efficace des salariés contre les mesures de rétorsion prises par leurs employeurs.

«L'absence de disposition spéciale ne saurait faire obstacle au jeu de principes supérieurs. Les espoirs sont permis, en raison du rattachement possible du droit d'agir en justice aux droits fondamentaux. Cette qualification pourrait aisément être déduite de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier de l'arrêt *Golder*, qui exige que soit protégé le droit d'un accès concret et effectif à un tribunal. Ne pourrait-on dire que les États ont l'obligation de protéger les justiciables contre les pressions que pourraient exercer les justiciables afin de dissuader autrui d'agir en justice ? La question pourrait également être envisagée sous l'angle des droits de la défense et de la protection de l'égalité des armes : ces droits seraient anéantis si l'une des parties, disposant d'une autorité sur l'autre, pouvait impunément exercer des pressions. Or un salarié qui agit contre son employeur tout en étant placé sous son autorité est en situation particulièrement difficile à cet égard. En ces matières comme en d'autres, les droits n'existeraient pas si les États ne prenaient pas des mesures destinées à en garantir l'exercice effectif, ce qui suppose la mise en place de sanctions dissuasives. Quoi qu'il en soit, les processualistes n'hésitent plus aujourd'hui à ranger l'action en

justice parmi les droits fondamentaux» (F. Guiomard, «Droit d'agir en justice du salarié discriminé : une protection inachevée, Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-40.085 (3^e moyen), à paraître au Bulletin», *Rev. dr. trav.* 2008, p. 330).

Répondant à cette attente, la décision du 6 février 2013 précitée «érige le droit d'agir en justice en droit fondamental, ce dont atteste le visa de l'article 6, § 1, de la Convention européenne» (B. Ines, «CDD : réintégration du salarié suite à la violation d'une liberté fondamentale», *Dalloz actualité*, édition du 27 février 2013) en protégeant le salarié contre des mesures de rétorsion prises par l'employeur, motivées par la saisine de la justice par le premier pour faire valoir ses droits à l'encontre du second. Comme l'écrit Marie Hautefort, «s'agissant de la liberté d'agir en justice, les conséquences concrètes sont les suivantes : le salarié victime d'une mesure de rétorsion peut saisir le juge des référés pour obtenir sa réintégration ; il n'a rien à prouver : il lui suffit de faire un rapprochement entre son action en justice et la rupture du contrat de travail, à charge pour l'employeur de démontrer que ce rapprochement est imaginaire ; le juge des référés peut accueillir la demande du salarié même s'il persiste un doute sur le caractère manifestement illicite de la mesure prise ; toute rupture du contrat de travail constituant une mesure de rétorsion à l'encontre d'un salarié ayant exercé cette liberté, est nulle [...]» (M. Hautefort, «Le droit d'agir en justice est une liberté fondamentale», *Jurisprudence sociale Lamy* n° 340, 28 mars 2013, arrêts commentés).

B. Nouveauté du moyen devant le juge de cassation

Le moyen pris de la violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de l'un de ses Protocoles additionnels est fréquemment soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. Pourtant il prospère rarement, en raison des règles générales de recevabilité des moyens. Compte tenu de la nature du texte et de sa valeur supranationale, le moyen est assurément d'ordre public, mais ce critère ne suffit pas au juge du droit pour s'en saisir. La Cour de cassation ne peut connaître pour la première fois que des moyens de pur droit ou nés de la décision attaquée. Or, le moyen tiré de la violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est rarement de pur droit, même si on entend cette notion comme incluant les éléments de fait disponibles dans le débat dont la Cour de cassation peut se saisir. Quasiment à elle seule, l'année 2013 suffit à démontrer que toutes les chambres de la Cour de cassation ont eu l'occasion de déclarer irrecevable un moyen tiré de la violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au motif qu'il était nouveau et mélangé de fait et de droit.

La chambre criminelle s'est prononcée en ce sens, non seulement à propos de l'article 6, § 1, de la Convention, régulièrement soulevé (Crim., 23 avril 2013, pourvoi n° 13-80.910 ; Crim., 15 mai 2013, pourvoi n° 12-85.481 ; Crim., 25 juin 2013, pourvoi n° 13-82.765, *Bull. crim.* 2013, n° 156), mais encore à propos de la liberté d'expression, protégée par l'article 10 (Crim., 28 mai 2013, pourvoi n° 12-81.963), ou encore des articles 9 et 14 (Crim., 3 avril 2013, pourvoi n° 12-83.965).

L'article 6, § 1, est fréquemment invoqué également devant les chambres civiles, et tout aussi irrecevable lorsqu'il est présenté pour la première fois et qu'il suppose une recherche d'éléments factuels à laquelle la Cour de cassation ne peut pas se livrer (1^{re} Civ., 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-22.478 ; 2^e Civ., 4 avril 2013, pourvoi n° 12-13.422 ; Com., 8 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.796, *Bull.* 2013, IV, n° 1). À l'inverse, lorsque les

éléments de fait résultent de la décision attaquée, le moyen n'est plus considéré comme mélangé de fait et de droit puisque le fait en question est constant et donc disponible pour la Cour de cassation (pour une application en cas d'allégation d'une entrave substantielle à l'accès au juge à partir d'une mise en cause de la notification de la décision et de l'information sur les voies de recours possibles, voir 1^{re} Civ., 9 avril 2013, pourvoi n° 11-27.071, *Bull.* 2013, I, n° 66).

Au-delà de l'article 6, § 1, les droits protégés par la Convention sont également invoqués devant les chambres spécialisées, avec tout autant d'insuccès (3^e Civ., 9 juillet 2013, pourvoi n° 12-15.622 ; 3^e Civ., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-17.264, à propos du Protocole additionnel ; Soc., 17 avril 2013, pourvoi n° 12-60.291, à propos de la liberté syndicale protégée par l'article 11, § 1, de la Convention).

§ 2. Moyen pris de la violation d'une disposition du droit de l'Union européenne

Dans quelle mesure le droit de l'Union oblige-t-il le juge national à soulever d'office un moyen qui n'apparaît pas comme un moyen d'ordre public ?

Il ne peut évidemment s'agir que d'un moyen tiré du droit de l'Union. Un moyen tiré du droit de l'Union peut être, d'une part, un moyen fondé sur une norme de droit de l'Union d'effet direct : principes fondamentaux du droit de l'Union, articles des traités déclarés d'effet direct par la Cour de justice, ou règlements, ainsi que directives non transposées si elles ont été jugées par la Cour de justice suffisamment précises et inconditionnelles pour se voir reconnaître un effet direct ascendant. D'autre part, ce peut être un moyen fondé sur une disposition de droit national qui assure la transposition en droit français d'une directive ; en effet, même si cette disposition est matériellement une disposition de droit interne, les droits qu'elle confère aux particuliers proviennent de l'ordre juridique de l'Union, de sorte que le juge national a la tâche de les sauvegarder.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, le juge national a le devoir de sauvegarder les droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union. Idée qu'exprime la formule bien connue : « Le juge national est le juge de droit commun du droit de l'Union. »

S'agissant des modalités d'exercice de cette mission, la Cour de justice juge de façon constante qu'« en l'absence de réglementation par le droit de l'Union, les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union relèvent de l'ordre juridique interne des États membres » (voir, par exemple, CJUE, arrêt du 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11). Il s'agit là du principe d'autonomie procédurale. La Cour de justice ajoute que les modalités procédurales nationales « ne doivent pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) » (même arrêt).

Il convient d'examiner l'influence du droit de l'Union, d'une part, devant les juridictions du fond (A), d'autre part, devant la Cour de cassation (B).

A. Devant les juridictions du fond

Les dispositions du code de procédure civile français, spécialement des articles 12 et 16 de ce code, reconnaissent aux juges le pouvoir de soulever d'office tous moyens de droit, qu'ils soient ou non d'ordre public, sous une double réserve, résultant du principe dispositif : d'une part, le juge ne peut pas sortir des limites du litige tel qu'il est circonscrit par les prétentions respectives des parties – le juge ne saurait accorder ce qui n'est pas demandé –, d'autre part, le juge ne peut se fonder que sur des faits qui sont dans le débat (y compris les faits dits adventices, c'est-à-dire les faits que le demandeur n'a pas spécialement invoqués au soutien de sa demande) – le juge ne saurait se fonder sur des faits extérieurs au dossier. Ces limites sont d'ailleurs jugées conformes au principe d'effectivité par la Cour de justice (voir CJCE, arrêt du 14 décembre 1995, *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, affaires jointes C-430/93 et C-431/93, et CJCE, arrêt du 25 novembre 2008, *Heemskerk et Schaap*, C-455/06).

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que le juge n'a pas l'obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties (Ass. plén., 21 décembre 2007, pourvoi n° 06-11.343, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 10; Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-11.616, *Bull.* 2009, IV, n° 56; Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-43.104, *Bull.* 2009, V, n° 269). Ainsi, lorsque les parties ont donné un fondement juridique à leurs demandes, le juge n'est pas tenu de soulever d'office un moyen auquel les parties n'ont pas pensé. Pour autant, cette jurisprudence n'interdit nullement au juge, s'il estime non pertinent le fondement juridique qu'a choisi une partie, de rechercher un fondement plus adéquat, sous réserve de respecter le principe dispositif. Mais il ne s'agit que d'une faculté pour le juge.

L'arrêt de l'assemblée plénière précité réserve toutefois l'hypothèse des « règles particulières » qui obligeraient le juge à soulever d'office un moyen de droit. Il s'agit notamment des moyens fondés sur une règle d'ordre public, que le juge a l'obligation d'appliquer d'office.

Est-ce à dire que, s'agissant des moyens tirés du droit de l'Union, il convient de distinguer selon que la norme de droit de l'Union est d'ordre public ou non ? La réponse est négative.

En effet, dans son arrêt de principe *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* précité (point 14), la Cour de justice a jugé, en se fondant sur le principe de coopération, que lorsque le droit national confère au juge la faculté d'appliquer d'office la règle de droit contraignante, cette faculté se transforme en obligation pour lui d'appliquer d'office la règle de droit de l'Union contraignante. Cela a été réaffirmé récemment par la Cour de justice dans ses arrêts du 12 février 2008 (*Kempter*, C-2/06, point 45) et du 6 octobre 2009 (*Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, point 54).

On peut d'ailleurs se demander si la mention « sauf règles particulières », dans l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 2007, ne vise pas notamment les exigences découlant de la sauvegarde des droits tirés du droit de l'Union. Quoi qu'il en soit, le principe de coopération, qui s'impose à tous les organes des États membres, y compris leurs juridictions, constitue bien une telle règle particulière.

Il résulte donc de l'effet combiné des règles procédurales françaises et de la jurisprudence de la Cour de justice que le juge du fond a, en principe, l'obligation de soulever

d'office un moyen tiré du droit de l'Union, que la norme invoquée soit ou non d'ordre public, sous réserve, évidemment, du respect du principe dispositif.

B. Devant la Cour de cassation

La Cour de cassation étant juge du droit et non du fait, elle ne peut procéder elle-même à l'analyse des faits et est tenue, à cet égard, par les constatations des juges du fond. C'est pourquoi, aux termes de l'article 620 du code de procédure civile, la Cour de cassation ne peut soulever d'office que les moyens de pur droit.

Aux termes de la jurisprudence de la Cour de cassation, «un moyen de cassation est de pur droit dès lors qu'il ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations du juge du fond» (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 16 février 1994, pourvoi n° 91-17.270, *Bull.* 1994, I, n° 68). Le moyen de pur droit est donc celui qui ne met en jeu aucun fait qui ne soit constaté par la décision attaquée.

Selon le code de procédure civile, la Cour de cassation a la faculté, mais pas l'obligation, de soulever d'office un moyen de pur droit. Mais, comme devant les juges du fond, la jurisprudence *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* précitée a pour conséquence que la Cour de cassation a l'obligation de soulever d'office un moyen de pur droit tiré du droit de l'Union.

À l'inverse, la Cour de cassation n'a pas le pouvoir de soulever d'office un moyen qui n'est pas de pur droit. Si elle ne trouve pas, dans la décision attaquée, les éléments de fait lui permettant de vérifier l'application au cas d'espèce d'une disposition de droit de l'Union ou d'une disposition nationale transposant une norme de droit de l'Union, elle ne sera pas en mesure de soulever d'office le moyen tiré de la violation de cette norme car il ne s'agira pas d'un moyen de pur droit. Cette limitation, inhérente à la nature du pourvoi en cassation et au rôle de la Cour de cassation, a été jugée conforme au principe d'effectivité par la Cour de justice dans l'arrêt *Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, précité.

Toutefois, on peut soutenir que la Cour de cassation est en droit de censurer un arrêt qui méconnaîtrait l'obligation pesant sur les juges du fond, pour l'application du droit de l'Union, de soulever d'office un moyen mélangé de fait et de droit (*Rapport annuel* 2006, p. 140). Il ne semble pas qu'un arrêt de la Cour de cassation soit déjà venu confirmer cette interprétation.

Section 2 – Devant la chambre criminelle

En matière pénale, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les procédures pénales de l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe, spécialement de ceux qui sont également membres de l'Union européenne, connaissent depuis une vingtaine d'années un mouvement de convergence sans précédent.

Les ajustements corrélatifs du droit interne sont nombreux et constants.

Certains sont d'ordre législatif. Parmi les plus spectaculaires, on ne citera que la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, adoptée après la condamnation de la France dans les

affaires *Kruslin c. France* (arrêt du 24 avril 1990, n° 11801/85) et *Huvig c. France* (arrêt du 24 avril 1990, n° 11105/85), la création, par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, d'un article préliminaire au code de procédure pénale transposant partiellement l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou encore l'assistance effective d'un avocat tout au long de la garde à vue, imposée par le Conseil constitutionnel au nom de principes fortement analogues à ceux qui avaient déterminé la Cour de Strasbourg dans les affaires *Salduz c. Turquie* (arrêt du 27 novembre 2008, n° 36391/02) et *Dayanan c. Turquie* (arrêt du 13 octobre 2009, n° 7377/03).

Mais notre droit pénal se transforme surtout, plus subtilement mais plus quotidiennement, par l'usage que fait la chambre criminelle des concepts contenus dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, c'est principalement au nom de l'article 6 de la Convention que la chambre criminelle a précisé l'exigence d'impartialité qui s'impose au juge des libertés et de la détention (Crim., 30 mars 2011, pourvoi n° 10-86.140, *Bull. crim.* 2011, n° 67, *D.* 2011, p. 1849, note A. Leprieur ; Crim., 23 septembre 2010, pourvoi n° 10-81.245, *Bull. crim.* 2010, n° 140), la nature de la sanction d'un dépassement du délai raisonnable (Crim., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-82.863, *Bull. crim.* 2013, n° 100), qu'elle impose aux juges de s'assurer de l'effectivité de la défense dans les procédures d'extradition (Crim., 8 janvier 2013, pourvoi n° 12-86.876, *Bull. crim.* 2013, n° 7).

C'est sur le fondement de ce même texte que la chambre criminelle vérifie désormais qu'une déclaration de culpabilité ne repose pas, ou en tout cas pas exclusivement ni même essentiellement, sur les déclarations recueillies au cours d'une garde à vue subie sans l'assistance constante d'un avocat, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, faute de valeur probante pouvant s'attacher aux déclarations faites dans de telles conditions (Crim., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-84.251, *Bull. crim.* 2011, n° 97, *Rapport annuel* 2011, p. 487 ; Crim., 6 décembre 2011, pourvoi n° 11-80.326, *Bull. crim.* 2011, n° 247 ; Crim., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-85.827, *Bull. crim.* 2012, n° 73 ; Crim., 21 mars 2012, pourvoi n° 11-83.637, *Bull. crim.* 2012, n° 78 ; Crim., 31 mai 2012, pourvoi n° 11-83.494, *Bull. crim.* 2012, n° 141 ; Crim., 13 juin 2012, pourvoi n° 10-82.420, *Bull. crim.* 2012, n° 147 ; Crim., 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-87.281, *Bull. crim.* 2012, n° 185).

Les impératifs liés aux droits de la défense qui découlent de l'article 6 font encore reculer le champ des mesures d'administration judiciaire : la décision de renvoyer une cause à une audience ultérieure, par exemple, naguère discrétionnaire, doit désormais être motivée lorsque la demande de renvoi est fondée sur l'absence de l'avocat du prévenu (Crim., 24 mai 2006, pourvoi n° 05-85.685, *Bull. crim.* 2006, n° 147) ou sur la demande de convocation d'un témoin (Crim., 20 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.314, *Bull. crim.* 2011, n° 183, *D.* 2012, p. 171, note C. Roth et les autres arrêts cités).

En somme, il se forme progressivement en procédure pénale un corpus de règles impératives et supérieures, tirées de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : une sorte d'ordre public procédural supranational.

L'avenir, en matière pénale, est à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui, bien qu'ayant force obligatoire depuis le 1^{er} décembre 2009 et bénéficiant de la primauté du droit de l'Union européenne, est encore peu invoquée dès lors qu'elle

n'a pour champ d'application que le « droit de l'Union [européenne] » (article 51 de la Charte). Or l'articulation entre les règles qu'en tire la Cour de justice de l'Union et le droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut placer le juge national dans une situation bien délicate, lorsque, malgré le dialogue des juges, le contenu des droits garantis par ces deux instruments diffère (voir, sur ce point, C. Roth et F. Burgaud, « Charte des droits fondamentaux *vs* Convention européenne : dommages collatéraux en vue », *D.* 2013, p. 1977).

Chapitre 3 – Arbitrage international

Section 1 – Étendue du contrôle de l'exception de l'ordre public

Suivant les dispositions de l'article 1520, 5°, du code de procédure civile, le recours en annulation n'est ouvert que si « la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international », la même disposition étant étendue au refus de reconnaissance ou d'*exequatur* d'une sentence par l'article 1525 du même code.

L'exception d'ordre public ainsi prévue pour refuser d'accueillir une sentence dans l'ordre juridique français à la suite d'une action en annulation si la sentence est rendue en France ou en contestation d'*exequatur* si la sentence est rendue à l'étranger (dans les deux cas, la sentence est considérée par notre droit comme une décision de justice internationale, 1^{re} Civ., 29 juin 2007, pourvoi n° 05-18.053, *Bull.* 2007, I, n° 250) comprend une composante de nature procédurale qui a donné lieu à de multiples illustrations. Le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral, dégagé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Dutco* (1^{re} Civ., 7 janvier 1992, pourvoi n° 89-18.726, *Bull.* 1992, I, n° 2 ; *Rev. arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet ; *JDI* 1992, p. 707, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 1992, p. 796, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin), a connu un rayonnement international qui a modifié sur cette question la pratique des institutions d'arbitrage majeures.

Section 2 – Contenu de l'exception de l'ordre public

Les garanties du procès équitable devant l'arbitre (J.-P. Ancel, « L'arbitre juge », *Rev. arb.* 2012, p. 717) sont protégées, mais pas les principes directeurs du procès qui, sauf volonté contraire des parties, ne sont pas applicables à l'arbitrage international (article 1506, 3°, du code de procédure civile).

§ 1. Principe d'égalité

Le principe d'égalité entretient des rapports étroits avec le principe de la contradiction, qui est l'objet d'un chef distinct de contrôle à l'article 1520, 4°, du code de procédure civile ouvrant l'annulation ou le refus de reconnaissance et d'*exequatur* si « le principe de la contradiction n'a pas été respecté ». Même si le droit français a érigé le principe de la contradiction en cas de contrôle distinct de la sentence, l'ordre public international est jugé suffisamment vaste pour englober la protection des droits de la défense en général

dont le principe de la contradiction n'est qu'un aspect (voir Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n^{os} 1652 et s.). La jurisprudence a dégagé un principe de loyauté dans la conduite de la procédure arbitrale dont le juge du contrôle de la sentence doit s'assurer qu'il a été respecté (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n^o 09-14.280, *Bull.* 2010, I, n^o 157 ; voir G. Pluyette, « Le principe de loyauté dans le déroulement de la procédure arbitrale », in *La Diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1121).

§ 2. Principe de la contradiction

La contradiction ne fait pas obligation aux arbitres de soumettre aux parties l'argumentation juridique étayant la motivation de leur sentence avant son prononcé (1^{re} Civ., 13 mars 2013, pourvoi n^o 12-20.573, *Bull.* 2013, I, n^o 40 ; 1^{re} Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n^o 11-10.973, *Bull.* 2012, I, n^o 262), mais exige d'eux de fonder leur décision sur des règles qui ont été invoquées au cours des débats (1^{re} Civ., 14 mars 2006, pourvoi n^o 03-19.764, *Bull.* 2006, I, n^o 145 ; 1^{re} Civ., 23 juin 2010, pourvoi n^o 09-12.399 ; 1^{re} Civ., 26 juin 2013, pourvoi n^o 12-16.224). On trouve une illustration particulièrement parlante du principe dans l'annulation d'une sentence en raison de la modification par le tribunal arbitral dans son délibéré du fondement de l'indemnisation d'une partie réclamée sur la perte de gain par une indemnisation allouée pour perte de chance (1^{re} Civ., 29 juin 2011, pourvoi n^o 10-23.321, *Bull.* 2011, I, n^o 125). La jurisprudence se montre également soucieuse dans ce contexte de l'égalité de traitement entre les parties (1^{re} Civ., 6 juin 2012, pourvoi n^o 11-18.252), du temps suffisant pour préparer sa défense eu égard au principe supérieur de la contradiction indispensable au déroulement d'un procès équitable (1^{re} Civ., 5 février 1991, pourvoi n^o 89-14.382, *Bull.* 1991, I, n^o 44).

L'interprétation de la notion d'ordre public procédural s'est aussi faite de manière pragmatique pour l'arbitrage. Les opinions dissidentes sont une réalité de la pratique arbitrale que le code de procédure civile a prise en compte à l'article 1513 du code de procédure civile en envisageant les situations dans lesquelles un arbitre refuse de signer la sentence ou d'absence de majorité dans le délibéré. Sinon, la condamnation de l'opinion dissidente mettrait tout simplement la validité de la sentence à la merci de l'arbitre qui voudrait épouser les thèses d'une partie. La présence d'une opinion dissidente est l'indication de la réalité du délibéré des arbitres pour lequel s'impose un principe de collégialité qui est satisfait dès lors que chaque arbitre a eu la faculté de débattre de la décision avec les autres membres du tribunal (1^{re} Civ., 29 juin 2011, pourvoi n^o 09-17.346, *Rev. arb.* 2011, p. 959, note V. Chantebout ; 1^{re} Civ., 8 juillet 2009, pourvoi n^o 08-17.661), une formule qui prend en considération la disparition de certains arbitres au moment des délibérations.

§ 3. Exigence de motivation

L'exigence de motivation est un autre exemple de ce pragmatisme. Bien qu'en arbitrage international la pratique dominante soit fixée dans le sens de la motivation des sentences, il peut y avoir des exceptions à cette règle, dont l'article VIII de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, faite à Genève le 21 avril 1961 (ratifiée par la France le 16 décembre 1966) rend compte : « Les parties sont présumées avoir entendu que la sentence arbitrale soit motivée, sauf a) si les parties ont déclaré expressément que la sentence ne doit pas être l'être, ou b) si elles se sont soumises à

une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle il n'est pas d'usage de motiver les sentences et pour autant, dans ce cas, que les parties ou l'une d'elles ne demandent pas expressément avant la fin de l'audience, ou, s'il n'y a pas eu d'audience, avant la rédaction de la sentence, que la sentence soit motivée. » Sont aussi sujettes au contrôle de l'article 1520, 5°, du code de procédure civile, les sentences rendues à l'étranger dans un arbitrage qui ne mettent pas en cause l'arbitrage international d'après le critérium de l'article 1504 du code de procédure civile et relèvent donc de l'arbitrage interne selon nos conceptions. Or, il existe des traditions juridiques où les motifs d'une sentence ne sont pas exigés (1^{re} Civ., 14 juin 1960, *Bull.* 1960, I, n° 327 ; H. Motulsky, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 2010, p. 420). Aussi, une sentence non motivée n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international dès lors que ne se dissimule pas une atteinte aux droits de la défense ou une solution de fond contraire à l'ordre public (1^{re} Civ., 22 novembre 1966, *Bull.* 1966, I, n° 517 ; *JDI* 1967, p. 631, note B. Goldman ; *RCDIP* 1967, p. 372, note Ph. Francescakis ; H. Motulsky, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 433). S'agissant des sentences rendues en France en matière internationale, la Cour de cassation a précisé, lorsqu'elle a abandonné le contrôle des motifs de la sentence pour éviter d'entrer en matière sur le fond, que le contenu de la motivation échappe au contrôle du juge de la régularité de la sentence hors les cas de violation du principe de la contradiction ou de l'ordre public international (1^{re} Civ., 14 juin 2000, pourvoi n° 98-12.053, *Rev. arb.* 2001, p. 729, note H. Lécuyer).

§ 4. Accès à la justice arbitrale

L'accès à la justice arbitrale est un droit de procédure fondamentale qui est garanti (1^{re} Civ., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 02-15.237, *Bull.* 2005, I, n° 53 ; *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; *RCDIP* 2006, p. 140, note Th. Clay ; *RTD com.* 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; *JCP* éd. G 2005, II, 10101 et *JCP* éd. E 2005, 447, note G. Kessler) et qu'une jurisprudence récente vient illustrer à propos du paiement des frais d'arbitrage. Le refus par un tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles pour lesquelles la part de provision des frais d'arbitrage afférente n'avait pas été versée par suite de la liquidation de la partie qui devait s'en acquitter ne porte pas atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité des parties si ces demandes ne sont pas indissociables des demandes principales (1^{re} Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 11-27.770, *Bull.* 2013, I, n° 59).

§ 5. Principe de l'estoppel et fraude procédurale

Le contrôle de l'ordre public international procédural prévu par l'article 1520, 5°, du code de procédure civile doit être envisagé au regard de l'article 1466 de ce même code d'après lequel « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». Cette disposition est applicable à l'arbitrage international par le canal de l'article 1506, 3°, du code de procédure civile. La Cour de cassation a développé pour l'arbitrage une règle d'irrecevabilité sur le fondement de l'estoppel (1^{re} Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 01-15.912, *Bull.* 2005, I, n° 302 ; *Rev. arb.* 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle ; *RCDIP* 2006, p. 602, note H. Muir Watt ; *JDI* 2006, p. 608, note M. Behar-Touchais ; *RTD com.* 2006, p. 309, obs. E. Loquin). La loyauté procédurale que cette règle vise à garantir explique que la jurisprudence en ait fait un large usage

au travers de l'application du principe de la contradiction et des droits de la défense (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-14.280, *Bull.* 2010, I, n° 157). Elle explique aussi que, si la méconnaissance de la règle d'estoppel par l'arbitre ne remet pas en cause la sentence, il en est autrement en cas de fraude procédurale (1^{re} Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-13.269).

Encore faut-il que les parties n'aient pas fait de réserves devant l'arbitre pour que la règle puisse jouer lors du contrôle de la sentence (1^{re} Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.288, *Bull.* 2010, I, n° 25). Il faut tout de même remarquer avec un auteur que « c'est moins au principe de la contradiction que les parties renoncent qu'à leur droit d'en faire sanctionner la violation » (L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 1996, p. 3 et s., spéc. p. 35, n° 32). À la différence de ce qui est pour l'ordre public de fond ou substantiel, l'exception d'ordre public, quand elle porte sur la composante procédurale, voit donc son usage limité par la règle d'irrecevabilité, le grief n'étant pas en libre accès. Alors que le système français du contrôle fait obligation au juge de refuser l'accueil à une sentence dès lors qu'un des vices de l'article 1520 du code de procédure civile est apparu, l'application de l'estoppel permet de ne pas remettre en cause la sentence pour toute violation de la procédure.

Le contrôle du respect de l'ordre public dans sa dimension procédurale, pour avoir un sens, ne peut s'effectuer au vu des seules mentions de la sentence. On trouve ici une illustration de ce que la Cour de cassation avait, à propos du contrôle de la compétence de l'arbitre, exprimé en décidant que le juge du contrôle de la sentence avait tous pouvoirs pour rechercher en droit et en fait les éléments démontrant l'existence des vices qui permettent de rejeter une sentence (1^{re} Civ., 6 janvier 1987, pourvoi n° 84-17.274, *Bull.* 1987, I, n° 2 ; *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger).

La fraude procédurale, qui a donné lieu à la reconnaissance jurisprudentielle d'un recours en révision devant l'arbitre à l'exclusion du juge (1^{re} Civ., 25 mai 1992, pourvoi n° 90-18.210, *Bull.* 1992, I, n° 149 ; *Rev. arb.* 1993, p. 91, note C. Vergne) aujourd'hui codifié à l'article 1502, alinéas 1 et 2, du code de procédure civile en ce qui concerne l'arbitrage international, est par ailleurs traitée comme un cas d'ouverture pour le contrôle des sentences au titre de l'ordre public procédural (1^{re} Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-18.763 ; 1^{re} Civ., 19 décembre 1995, pourvoi n° 93-20.863, *Bull.* 1995, I, n° 463 ; *Rev. arb.* 1996, p. 49, note D. Bureau). Les faits de fraude dus à l'attitude d'une partie ou des arbitres ne sont pas, par hypothèse, dans la sentence, mais ceci remet au cœur du contrôle les questions de fond dont la révision confie au tribunal arbitral la connaissance selon l'article 1520 précité. Enfin, la dénonciation des faits frauduleux à la juridiction pénale donne lieu à une décision sur le sursis à statuer qui échappe au contrôle de cassation (1^{re} Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-18.763, préc.).

TITRE 2 – ORDRE PUBLIC SUBSTANTIEL

La notion d'ordre public substantiel désigne un corps de règles impératives qui régissent la vie du sujet de droit pris en qualité d'être singulier ou de personne (chapitre 1), de membre d'une famille (chapitre 2) ou, plus largement encore, de la société tout entière (chapitre 3).

Chapitre 1 – Ordre public et personne

Ainsi que le rappellent les professeurs Jean Hauser et Jean-Jacques Lemouland (*Rép. Civ.*, Dalloz, V^o Ordre public et bonnes mœurs, n^o 90, mars 2004) « le droit des personnes est un domaine privilégié d'intervention de l'ordre public. Ici plus qu'ailleurs, l'ordre public est la règle. Il préserve la liberté et l'intégrité des personnes. Il fixe également les contours de leur condition juridique ».

Dans un arrêt du 14 juin 1858 (*D.P.* 1858, 1, p. 247), la Cour de cassation a énoncé que « la constatation régulière de l'état civil des personnes est une base essentielle de l'ordre social ; qu'il importe en effet pas moins qu'à la bonne police de l'État qu'aux intérêts privés et de famille, qu'en ce point, toutes les situations soient nettement fixées et clairement définies ». Elle a ainsi censuré, au visa des articles 46, 58 et 99 du code civil, un arrêt qui avait confirmé un jugement d'incompétence pour connaître de la demande de jugement déclaratif de naissance concernant une jeune fille confiée en 1844 à des religieuses, à l'âge de cinq ans, par une personne qui n'avait donné aucune indication sur le lieu de naissance de l'enfant et sa filiation, en relevant que, dans une telle situation, la déclaration d'incompétence du juge du domicile constituerait un déni de justice.

Ce principe a été étendu par la cour d'appel de Paris aux étrangers vivant habituellement en France (CA Paris, 24 février 1977, *D.* 1978, p. 168, note J. Massip).

En contrepoint, l'importance de la tenue de l'état civil ressort de la valeur essentielle reconnue par la Cour de cassation au contrôle effectué par les autorités étrangères sur la sincérité de la signature des actes de l'état civil, lorsqu'elle a décidé que « malgré l'abrogation de l'ordonnance de la marine d'août 1681, la formalité de la légalisation des actes de l'état civil établis par une autorité étrangère et destinés à être produits en France demeure, selon la coutume internationale et sauf convention contraire, obligatoire » (1^{re} Civ., 4 juin 2009, pourvoi n^o 08-13.541, *Bull.* 2009, I, n^o 116).

La jurisprudence a également consacré directement ou indirectement plusieurs principes fondamentaux et, notamment, les principes de l'indisponibilité de l'état des personnes (section 1), de l'immutabilité (section 2) et de l'imprescriptibilité de cet état (section 3). L'évolution qu'ils ont connue reflète particulièrement bien l'observation du professeur Marie-Thérèse Meulders-Klein selon laquelle « aucune société n'est figée dans un équilibre immuable fondé sur le respect des statuts et des normes » (« Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 321).

Section 1 – Principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

Ce principe gouverne le nom (§ 1) et le sexe de la personne (§ 2) en même temps qu'il intéresse la problématique particulière de la gestation pour autrui (§ 3).

§ 1. Nom

S'agissant du nom, la Cour de cassation a rappelé que « nul ne [peut] porter à titre de patronyme un nom autre que celui qu'indique son acte de naissance » (1^{re} Civ., 19 juin 1961, *Bull.* 1961, I, n^o 323). Ainsi, la personne à qui l'usage du nom attribué par

son acte de naissance est interdit, à la suite de l'action en rectification d'état civil intentée par ceux qui portent le nom patronymique revendiqué, ne peut prétendre continuer à user de ce nom à titre de pseudonyme (1^{re} Civ., 23 février 1965, *Bull.* 1965, I, n° 148).

§ 2. Sexe

S'agissant du sexe, aucune disposition légale ne visant le cas du transsexualisme, c'est sur le fondement du principe d'indisponibilité de l'état des personnes que la Cour de cassation refusait aux transsexuels la modification de la mention de leur sexe sur les actes de l'état civil : « le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues » (1^{re} Civ., 16 décembre 1975, pourvoi n° 73-10.615, *Bull.* 1975, I, n° 374).

Depuis 1992, cette modification de la mention du sexe sur les actes d'état civil est admise, mais sous certaines conditions, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, qui reste visé par la Cour, ne faisant plus alors obstacle à une telle modification (voir section 2, § 1, Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 et pourvoi n° 91-12.373, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13 [2 arrêts]).

§ 3. Problématique de la gestation pour autrui

L'on se bornera ici à rappeler que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes a été réaffirmé à l'occasion des affaires relatives à la gestation pour autrui (Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n° 4). Il a été érigé en « principe essentiel du droit français » par trois arrêts du 6 avril 2011 (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70; pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72) (sur la question, voir partie 3, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, C, 1, c).

Section 2 – Principe de l'immutabilité de l'état des personnes

S'agissant du lieu de naissance, par un arrêt du 12 novembre 1986 (pourvoi n° 85-10.183, *Bull.* 1986, I, n° 258), la première chambre civile a rappelé que « sauf les cas limitativement prévus par l'article 58 [du code civil], l'acte de naissance doit énoncer le lieu réel de la naissance de l'enfant ; [...] cette disposition impérative [celle de l'article 57 du même code] doit être respectée dans tous les actes inscrits sur les registres français de l'état civil et par les jugements qui tiennent lieu d'un acte de l'état civil ». La Cour de cassation a ainsi censuré un arrêt qui avait admis que le lieu de naissance de l'enfant adopté soit celui du domicile de ses parents adoptifs français, comme il était indiqué dans l'acte de naissance étranger, alors que la cour d'appel avait constaté le lieu réel de naissance de l'enfant. Cette décision est à rapprocher des deux autres décisions publiées, rendues dans le même sens le 20 novembre 1990 (pourvoi n° 89-13.726, *Bull.* 1990, I, n° 253) et le 19 novembre 1991 (pourvoi n° 90-19.377, *Bull.* 1991, I, n° 315).

S'agissant d'autres composantes de l'état des personnes, le principe d'immutabilité est révélé paradoxalement par les conditions restrictives dans lesquelles le changement de certaines d'entre elles est admis, conduisant à cet égard les professeurs François Terré et Dominique Fenouillet (*Droit civil. Les personnes. Personnalité-Incapacité-Protection*,

Précis Dalloz, 8^e éd., 2012, n° 132) à évoquer que la notion de « mutabilité contrôlée » puisse être envisagée par la doctrine. Trois attributs de la personne sont ainsi concernés : le sexe (§ 1), le nom (§ 2) et le prénom (§ 3).

§ 1. Changement de sexe

Le 11 décembre 1992, faisant suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 25 mars 1992, B. c. France, n° 13343/87), l'assemblée plénière a jugé que « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification » (Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 et pourvoi n° 91-12.373, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13, [2 arrêts]).

Elle a précisé que « la réalité du syndrome transsexuel ne pouvait être établie que par une expertise judiciaire » (pourvoi n° 91-12.373, préc.).

Cette décision a été interprétée comme imposant trois conditions cumulatives à la reconnaissance d'un changement d'état :

- un syndrome de transsexualisme médicalement constaté ;
- une opération de réassignation sexuelle ;
- une apparence physique du sexe opposé, associée au comportement social de celui-ci.

Dans deux arrêts de plénière de chambre du 7 juin 2012 (1^{re} Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 10-26.947, *Bull.* 2012, I, n° 123 et pourvoi n° 11-22.490, *Bull.* 2012, I, n° 124), la Cour de cassation a maintenu les conditions relatives à « la réalité du syndrome transsexuel » et au « caractère irréversible de la transformation de [l']apparence ». Elle a en revanche abandonné l'exigence de l'expertise préalable.

Enfin, dans un arrêt du 13 février 2013, la première chambre civile a précisé que ces conditions n'étaient pas « des conditions discriminatoires ou portant atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, 16 et 16-1 du code civil, dès lors qu'elles se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain d'autre part » (1^{re} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 12-11.949, *Bull.* 2013, I, n° 14 ; voir aussi 1^{re} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 11-14.515, *Bull.* 2013, I, n° 13 ; *Dr. fam.* n° 4, avril 2013, comm. 48 par P. Reigné ; *RLDC* n° 103, avril 2013, p. 42, note E. Pouliquen ; *RJPF* n° 4, avril 2013, p. 22-23, note I. Corpart).

§ 2. Changement de nom

L'article 1^{er} de la loi du 6 fructidor an II dispose qu'« aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance : ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre ».

L'intérêt pour la société de réglementer l'usage du nom et sa nécessaire conciliation avec la vie privée ont été rappelés par la Cour de cassation dans un arrêt du 11 juillet 2006 (pourvoi n° 03-10.409, *Bull.* 2006, I, n° 377) : «Ayant souverainement relevé que les conséquences résultant pour M. X... du rétablissement de l'exacte identité patronymique étaient relatives tant pour lui-même que pour sa famille dès lors qu'il était notoire que son nom était issu d'un patronyme adopté sciemment par son père dans la Résistance, que son mariage [...] et la naissance de ses filles [...] étaient récents et que le risque de déconstruction de la personnalité et de lourdes répercussions psychologiques était peu sérieux, la cour d'appel, qui a tenu compte des conséquences médiatiques, a pu retenir que, malgré l'atteinte portée à la vie privée des demandeurs, la rectification de son état civil prévue par la loi s'imposait pour la protection de l'intérêt général».

§ 3. Changement de prénom

Le fondement du principe d'immutabilité est le même que celui relatif au nom. La rigueur de l'ordre public est sensiblement plus marquée, dès lors que le changement de prénom est contrôlé par le juge judiciaire en cas d'intérêt légitime (article 60 du code civil). La Cour de cassation contrôle la motivation des décisions relatives à cette notion.

La première chambre civile a précisé que le texte exige un intérêt légitime, et non un intérêt majeur (1^{re} Civ., 20 octobre 1981, pourvoi n° 79-16.685, *Bull.* 1981, I, n° 299), et a cassé des décisions qui n'avaient pas recherché s'il n'existait pas un intérêt légitime (1^{re} Civ., 16 octobre 1979, pourvoi n° 77-12.284, *Bull.* 1979, I, n° 248).

L'intérêt légitime est apprécié *in concreto* selon les circonstances de chaque espèce et non en fonction d'un motif d'intérêt général (1^{re} Civ., 2 mars 1999, pourvoi n° 97-15.958, *Bull.* 1999, I, n° 76 : «qu'en se déterminant ainsi, par un motif d'ordre général, sans rechercher si, eu égard aux circonstances, l'état de fait invoqué n'était pas de nature à constituer pour l'intéressé un intérêt légitime à la reprise de son prénom d'origine, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision»).

Ainsi, s'il est justifié d'exclure le changement de prénom pour convenances personnelles (1^{re} Civ., 20 février 1996, pourvoi n° 94-12.313, *Bull.* 1996, I, n° 98, cas d'une demande de substitution aux prénoms de ses diminutifs (Ed Cath) habituellement utilisés dans la vie courante), un usage prolongé du prénom peut constituer un motif légitime (1^{re} Civ., 3 février 1981, pourvoi n° 79-10.523, *Bull.* 1981, I, n° 41 ; 1^{re} Civ., 10 octobre 1984, pourvoi n° 83-13.934, *Bull.* 1984, I, n° 255 ; 1^{re} Civ., 14 février 1990, pourvoi n° 88-13.947, *Bull.* 1990, I, n° 48).

Une demande antérieure de francisation de prénom n'interdit pas de solliciter le changement de celui-ci. La Cour de cassation a approuvé la décision des juges du fond qui ont retenu qu'une personne, qui ne faisait état que d'une convenance personnelle pour la reprise de son prénom d'origine après avoir été naturalisée sous un prénom français, ne justifiait pas d'un intérêt légitime (1^{re} Civ., 3 juin 2003, pourvoi n° 00-21.804). De même, par une décision du 6 octobre 2010 (pourvoi n° 09-10.240, *Bull.* 2010, I, n° 193), la Cour de cassation a décidé qu'une cour d'appel saisie d'une demande de changement de prénom qui relève que la requérante, qui avait expressément accepté la francisation de son prénom lors de sa naturalisation par décret, produit pour justifier des conséquences psychologiques du changement de prénom un certificat médical qui se contente de reproduire ses doléances, ne démontre pas que l'usage de son prénom

français l'a ait coupée de sa famille et invoque des motifs religieux purement généraux, avait pu en déduire que la demande ne reposait pas sur un intérêt légitime.

Section 3 – Principe de l'imprescriptibilité de l'état des personnes

Corollaire du principe d'immutabilité, le principe d'imprescriptibilité a été, selon le cas, rappelé ou atténué sous certaines conditions par la jurisprudence, à l'égard du nom (§ 1) dès lors que le principe ne gouverne plus la filiation (§ 2).

§ 1. Nom

Le nom ne se perd pas par le non-usage. La solution est constante (Req., 21 juillet 1926, *S.* 1926, 1, p. 310; 13 avril 1934, *D.H.* 1934, p. 265; 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1968, *D.* 1968, p. 685, note R. Savatier, arrêts cités *in* H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 22).

Toutefois, il est admis que le principe de l'immutabilité du nom ne fait pas obstacle à ce que la possession prolongée d'un nom puisse en permettre l'acquisition, si cette possession n'a pas été déloyale (voir notamment 1^{re} Civ., 31 janvier 1978, pourvoi n° 75-13.011, *Bull.* 1978, I, n° 41; *D.* 1979, p. 182, note R. Savatier; *JCP* éd. G 1979, II, 19035, note P. Nérac).

Par un arrêt du 15 mars 1988 (pourvoi n° 85-17.162, *Bull.* 1988, I, n° 78), la première chambre civile a décidé que « si la possession loyale et prolongée d'un nom est propre à conférer à l'individu qui le porte le droit à ce nom, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci, renonçant à s'en prévaloir, revendique le nom de ses ancêtres ». Dans ce cas d'espèce, M. X... avait exposé que le nom porté par ses ancêtres s'était toujours écrit avec un tiret et que c'était à la suite d'une erreur commise par les services de l'état civil lors de l'établissement de l'acte de naissance de son arrière-grand-père, en 1860, que le nom avait été écrit sans particule et en un seul mot.

Par un arrêt du 25 mai 1992 (pourvoi n° 90-13.613, *Bull.* 1992, I, n° 158), la première chambre civile de la Cour de cassation est venue préciser, d'abord, s'agissant de la possession acquisitive, que, « la loi n'ayant réglé ni la durée, ni les conditions de la possession propre à conférer le droit à un nom, il appartient aux juges du fond d'en apprécier souverainement la loyauté et les effets », ensuite, s'agissant de la revendication d'un nom non utilisé et donc du principe d'imprescriptibilité du nom, que « la possession loyale et prolongée d'un nom est propre à conférer à l'individu qui le porte le droit à ce nom » et que, « si elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci, renonçant à s'en prévaloir, revendique le nom de ses ancêtres, il appartient alors au juge, en considération, notamment, de la durée respective et de l'ancienneté des possessions invoquées, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles se sont succédé, d'apprécier s'il y a lieu d'accueillir cette revendication », enfin, s'agissant des effets d'une décision de rectification, que, « si les rectifications d'état civil, judiciaires ou administratives, sont opposables à tous, elles ne confèrent de droits qu'à ceux qui les ont requises et à leurs ayants cause ».

L'application de ces principes est désormais constante : voir notamment, à titre d'illustration, 1^{re} Civ., 30 septembre 2003, pourvoi n° 01-02.065, *Bull.* 2003, I, n° 196; 1^{re} Civ., 10 mai 2005, pourvoi n° 02-19.738, *Bull.* 2005, I, n° 202, ou encore, dans le même sens, 1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-10.068, *Bull.* 2008, I, n° 290.

Le pouvoir souverain d'appréciation, par les juges du fond, de la possession d'un nom de nature à en permettre l'acquisition a été rappelé dans les mêmes termes récemment dans un cas d'espèce particulier, s'agissant d'une requérante qui apportait la preuve qu'elle avait conservé le nom de sa mère pendant une dizaine d'années après sa légitimation (1^{re} Civ., 23 juin 2010, pourvoi n° 08-20.239, *Bull.* 2010, I, n° 148).

§ 2. Filiation

Eu égard à la filiation dont on sait qu'elle est un vecteur privilégié du lien de famille, on rappellera que si les actions la concernant étaient également imprescriptibles, il n'en est plus de même depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation qui, sauf exceptions, les enferme dans un délai plus court de dix ans (article 321 du code civil) (voir également chapitre 2, section 1, § 2, D).

Chapitre 2 – Ordre public et famille

Il convient de distinguer le droit extrapatrimonial de la famille (section 1) du droit patrimonial (section 2).

Section 1 – Droit extrapatrimonial de la famille

L'ordre public familial extrapatrimonial intéresse la vie des époux (§ 1), la filiation (§ 2), l'autorité parentale (§ 3) et enfin l'obligation alimentaire (§ 4).

§ 1. Ordre public et conjugalité

Traditionnellement, en raison de leur fonction, les règles relatives au mariage traduisent une certaine conception de l'ordre public, qualifié généralement par la doctrine de « social et directif ». Néanmoins, le législateur est venu par touches successives nuancer cette approche par souci de laisser une certaine part à la volonté individuelle dont la manifestation doit, en conséquence, être protégée. La jurisprudence est naturellement le reflet de ces contrastes, qui se vérifient en matière de liberté (A) et de formation du mariage (B), de divorce (C) mais aussi lorsqu'il s'agit d'un couple non marié (D).

A. Ordre public et liberté du mariage

La liberté du mariage étant une liberté fondamentale, toute limitation ou aliénation de celle-ci est en principe contraire à l'ordre public. Les clauses de célibat ou de non-remariage en sont une illustration parlante, à l'instar de la promesse de mariage.

1. Clauses de célibat ou de non-remariage

Dans le prolongement de la décision de la cour d'appel de Paris du 30 avril 1963 (D. 1963, p. 428, note A. Rouast) relative à une clause de célibat accessoire d'un contrat de travail, puis de celle de la chambre sociale de la Cour de cassation du 7 février 1968 (D. 1968, p. 429), l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Ass. plén., 19 mai 1978,

pourvoi n° 76-41.211, *Bull.* 1978, Ass. plén., n° 1, arrêt cité *in* H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 30) a rappelé qu'«il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement» pour décider que relèvent l'existence de telles circonstances les juges du fond qui, ayant à statuer sur l'action en dommages-intérêts exercée sous l'empire de l'article 23 du livre I du code du travail par un professeur d'un établissement privé à la suite de son licenciement motivé par son remariage après divorce, retiennent que lors de la conclusion du contrat par lequel cet établissement s'était lié à ce professeur, les convictions religieuses de ce dernier avaient été prises en considération, et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante. Ils en ont justement déduit qu'il incombait au salarié, selon la législation alors en vigueur, d'établir la faute commise par son employeur dans l'exercice de son droit de rompre et ont pu décider que l'institution, attachée au principe de l'indissolubilité du mariage, qui avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise en lui conservant son caractère propre et sa réputation, n'avait commis aucune faute.

La chambre sociale avait également décidé, s'agissant d'une salariée qui se trouvait en période d'essai, que l'employeur ne peut sans abus rompre le contrat de travail au seul motif que l'intéressée lui annonce son prochain mariage, circonstance sans rapport avec l'exécution du travail (Soc., 17 mars 1971, pourvoi n° 70-40.149, *Bull.* 1971, V, n° 216 ; J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les Grands Arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^e éd., 2008, n° 42) (voir aussi, s'agissant de conjoints employés simultanément dans la même entreprise, Soc., 10 juin 1982, pourvoi n° 80-40.929, *Bull.* 1982, V, n° 392).

Ce principe a été consacré par la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (dite «loi Auroux») à l'article L. 1121-1 du code du travail et, s'agissant du règlement intérieur, à l'article L. 1321-3 du même code.

S'agissant des conditions mettant en jeu la liberté du mariage dans les dispositions entre vifs ou testamentaires, la jurisprudence est moins rigoureuse. La clause est en principe valable (Req., 18 mars 1867, *D.P.* 1867, 1, p. 332 ; Req., 11 novembre 1912, *D.P.* 1913, 1, p. 105, note G. Ripert : «la condition de ne pas se marier [imposée par un testateur à son légataire] n'est pas par elle-même contraire aux mœurs et par suite non écrite ; elle doit être déclarée licite, si elle est motivée soit par l'attachement du disposant pour sa famille personnelle, soit par l'intérêt qu'il porte au légataire», à moins que soit établie l'existence d'un motif répréhensible ou d'une cause immorale (voir par exemple, s'agissant de rancœurs personnelles : 1^{re} Civ., 8 novembre 1965, *Gaz. Pal.* 1966, 1, p. 55 ; *RTD civ.* 1966, p. 332, obs. R. Savatier).

Ainsi que le soulignent Marie Lamarche et le professeur Jean-Jacques Lemouland (*Rép. dr. civ.*, Dalloz, V^o Mariage (2^o conditions de formation) § 101, janvier 2010), «la preuve du motif répréhensible, appréciée souverainement par les juges du fond, s'avère cependant délicate, et ceci explique que la clause soit généralement déclarée valable» (Req., 18 mars 1867 et Req., 11 novembre 1912, préc. ; Civ., 16 décembre 1913, *D.P.* 1915, 1, p. 28 ; Req., 23 février 1914, *S.* 1914, 1, p. 360 ; Req., 16 janvier 1923, *D.P.* 1923, 1, p. 177 ; Req., 30 mai 1927, *D.H.* 1927, p. 448 dans le même sens que Civ., 22 décembre 1896, *D.P.* 1898, 1, p. 537 : «[La condition de viduité imposée par

un testateur à sa femme survivante pour qu'elle puisse profiter de ses libéralités] peut trouver sa justification soit dans l'intérêt de la légataire, soit dans celui des enfants nés du mariage, soit dans l'affection du disposant pour sa famille personnelle; [...] [une telle condition] ne doit pas, en règle générale, être considérée comme contraire aux mœurs [...]; elle ne peut être réputée non écrite que dans le cas où elle aurait été inspirée au testateur par des motifs répréhensibles, dont la preuve incombe à la partie qui en demande l'annulation et qui doivent être précisés par les juges du fond»; Req., 25 mars 1946, *D.* 1946, p. 222).

Plus récemment, s'agissant d'une donation faite au conjoint durant le mariage, la première chambre a décidé que la clause par laquelle un époux subordonne cette donation, au cas où son conjoint lui survivrait, à la persistance du lien matrimonial ou à l'absence de toute action entreprise pour y mettre fin, n'est pas en soi illicite et est justifiée, sauf intention de nuire, par la nature même de cette libéralité (1^{re} Civ., 13 décembre 2005, pourvoi n° 02-14.135, *Bull.* 2005, I, n° 491).

2. Promesse de mariage

Afin de sauvegarder la liberté de consentir au mariage, la jurisprudence a posé le principe que « toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage » (Civ., 30 mai 1838, *S.* 1838, 1, p. 492 toujours confirmé; Req., 24 mars 1845, *D.P.* 1845, 1, p. 177; 2^e Civ., 16 mars 1955, *D.* 1955, p. 324; 2^e Civ., 7 juin 1967, *Bull.* 1967, II, n° 210). Ainsi « la rupture d'une promesse de mariage, si préjudiciable soit-elle, à l'un des fiancés, n'est pas, à elle seule, génératrice de dommages-intérêts », jurisprudence constante (voir par exemple 1^{re} Civ., 31 janvier 1961, *Bull.* 1961, I, n° 74; 1^{re} Civ., 4 janvier 1995, pourvoi n° 92-21.767, *D.* 1995, p. 251, note A. Bénabent). Elle ne peut par principe avoir de force juridique impérative.

B. Ordre public et formation du mariage

Il convient de distinguer les conditions de fond des conditions de forme du mariage.

1. Conditions de fond

Fixées par la loi, elles sont nécessairement justifiées par des préoccupations d'ordre public. La jurisprudence en a précisé seulement certains contours, dans les limites impérieuses du respect de la liberté du mariage.

Les décisions pertinentes relatives à l'application des articles 146 (consentement au mariage) et 147 (monogamie) du code civil sont exposées dans la partie 3, titre 2, chapitre 1, section 1, § 1.

2. Conditions de forme

La jurisprudence a admis la validité du mariage civil, en France, d'étrangers dont le statut personnel exigerait un mariage religieux préalable (1^{re} Civ., 22 juin 1955, *RCDIP* 1955, p. 723, note H. Batiffol; *D.* 1956, p. 73, note M. Chavrier; B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*,

Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 27) (sur la question du mariage, voir aussi partie 3, titre 2, chapitre 1, section 1, § 1).

C. Divorce

Dans ce domaine, la conception de l'ordre public matrimonial a évolué à la faveur des modifications législatives admettant la validité des conventions entre époux dans un domaine où la prohibition absolue était la règle. Cette conception dépend du type de divorce concerné.

1. Divorce par consentement mutuel

La Cour de cassation a rappelé que lorsque des époux présentent une demande conjointe en divorce, leur convention sous seing privé tendant à liquider leurs intérêts communs en vue de la dissolution du mariage n'est valable que si elle a été soumise à l'homologation du juge (1^{re} Civ., 5 mai 1987, pourvoi n° 85-14.772, *Bull.* 1987, I, n° 139).

La finalité de la loi (article 232 du code civil) étant de protéger les intérêts individuels (ceux de chacun des époux et des enfants), les décisions de la Cour de cassation illustrent l'étendue du contrôle que le juge doit exercer sur les accords entre les époux :

- le juge étant tenu de s'assurer de la volonté réelle et du libre accord persistant des époux, il est fondé à rejeter la demande s'il constate un désaccord entre les époux au cours de l'instance d'homologation (2^e Civ., 29 septembre 1982, pourvoi n° 81-15.692, *Bull.* 1982, II, n° 116);
- il ne peut homologuer la convention sans vérifier que la convention préserve suffisamment l'intérêt des enfants et des époux (2^e Civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 96-18.620, *Bull.* 1998, II, n° 165), ou qu'elle préserve non seulement les intérêts des époux, mais aussi ceux des enfants (2^e Civ., 24 février 2000, pourvoi n° 98-19.177, *Bull.* 2000, II, n° 33);
- la convention définitive soumise à homologation doit porter règlement complet des effets du divorce. En conséquence, les conventions des parties intéressant directement ou indirectement ce règlement ne sont pas valables si elles n'ont pas été soumises à homologation (2^e Civ., 11 octobre 1989, pourvoi n° 88-14.802, *Bull.* 1989, II, n° 168; 1^{re} Civ., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-19.692, *Bull.* 1998, I, n° 106).

2. Divorce pour altération définitive du lien conjugal

Statuant sur l'application de l'ancien article 237 du code civil, qui a été modifié par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi tendant à obtenir que cette disposition soit écartée sur le fondement de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a énoncé que « le prononcé du divorce pour rupture de la vie commune n'est pas contraire aux dispositions de l'article 8 » (2^e Civ., 25 mars 1987, pourvoi n° 85-12.262, *Bull.* 1987, II, n° 76 et, dans le même sens, 1^{re} Civ., 30 juin 2004, pourvoi n° 02-21.101, *Dr. fam.* n° 9, septembre 2004, comm. 145 par V. Larribau-Terneyre).

Par ailleurs, la Cour de cassation, rappelant que « nul ne peut valablement renoncer à un droit d'ordre public avant qu'il ne soit acquis » a décidé que le divorce pour rupture de la vie commune peut être prononcé en dépit de l'engagement du mari de

ne pas demander le divorce avant l'expiration d'un certain délai, souscrit moins de six ans après la séparation de fait des époux (2^e Civ., 25 mars 1991, pourvoi n° 89-21.181, *Bull.* 1991, II, n° 102).

Sur les effets de certaines décisions étrangères, voir partie 3, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2.

D. Situation du couple non marié

La situation des partenaires « pacsés » doit être distinguée de celle des concubins.

1. Pacte civil de solidarité

Le périmètre de l'ordre public a été défini par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 9 novembre 1999, décision n° 99-419 DC, Loi relative au pacte civil de solidarité) : « Considérant, en troisième lieu, que l'objet des articles 515-1 à 515-7 du code civil est la création d'un contrat spécifique conclu par deux personnes physiques majeures en vue d'organiser leur vie commune ; que le législateur s'est attaché à définir ce contrat, son objet, les conditions de sa conclusion et de sa rupture, ainsi que les obligations en résultant ; que, si les dispositions de l'article 515-5 du code civil instituant des présomptions d'indivision pour les biens acquis par les partenaires du pacte civil de solidarité pourront, aux termes mêmes de la loi, être écartées par la volonté des partenaires, les autres dispositions introduites par l'article 1^{er} de la loi déferée revêtent un caractère obligatoire, les parties ne pouvant y déroger ; que tel est le cas de la condition relative à la vie commune, de l'aide mutuelle et matérielle que les partenaires doivent s'apporter, ainsi que des conditions de cessation du pacte ; que les dispositions générales du code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi ; qu'en particulier, les articles 1109 et suivants du code civil, relatifs au consentement, sont applicables au pacte civil de solidarité » (considérant 28).

2. Concubinage

Dans un domaine de totale liberté en l'absence de dispositions impératives, la Cour de cassation a fixé une limite en énonçant le principe de la liberté de rupture et l'obligation de ne pas déroger aux règles qui régissent l'obligation alimentaire (voir § 4). Elle a ainsi décidé (1^{re} Civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-17.475, *Bull.* 2006, I, n° 312) qu'une cour d'appel qui relève qu'une convention signée entre des concubins, stipulant que le concubin qui renonce à un emploi pour élever les enfants communs du couple pourra exiger de l'autre une indemnité forfaitaire égale à la moitié de ses revenus, est susceptible de placer l'intéressé dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard d'autres créanciers d'aliments et constitue un moyen particulièrement contraignant de dissuader ce dernier de toute velléité de rupture, en déduit à bon droit que cette stipulation, contraire aux dispositions d'ordre public qui régissent l'obligation alimentaire, est nulle.

§ 2. Ordre public et filiation

La filiation, parce qu'elle touche à l'état des personnes, intéresse à l'évidence l'ordre public. En témoignent la prohibition de l'inceste (A), l'indisponibilité des actions en

matière de filiation (B), le rôle privilégié ici reconnu au ministère public (C) ou encore la prescriptibilité desdites actions (D).

A. Prohibition de l'inceste

L'inceste « touche aux valeurs fondamentales et à l'essence même du lien de filiation » (F. Granet-Lambrechts, *in Droit de la famille*, sous la direction de P. Murat, Dalloz, Dalloz Action, 5^e éd., 2011, n° 211.23).

La première chambre civile a jugé en conséquence, sous le visa de l'ancien article 334-10 du code civil, que la requête en adoption présentée par le demi-frère de la mère de l'enfant contrevenait « aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu » (1^{re} Civ., 6 janvier 2004, pourvoi n° 01-01.600, *Bull.* 2004, I, n° 2). En l'espèce, l'enfant était issu des relations entre une femme et son demi-frère. Il avait été reconnu par sa mère, puis par son géniteur. Cette reconnaissance paternelle avait été annulée comme visant un enfant dont l'établissement de la filiation à l'égard de cet homme était prohibé par les dispositions d'ordre public de l'ancien article 334-10. Le géniteur avait alors tenté de procéder à une adoption simple de l'enfant. La cour d'appel ayant fait droit à sa demande, l'arrêt a été cassé pour les motifs qui viennent d'être rappelés.

L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a consacré cette jurisprudence en durcissant la prohibition de l'article 310-2 par rapport à celle de l'ancien article 334-10, la filiation établie à l'égard de l'un des parents ne pouvant être établie à l'égard de l'autre, en cas d'inceste absolu, « par quelque moyen que ce soit ».

B. Indisponibilité des actions relatives à la filiation

Ce principe résulte du caractère d'ordre public de la filiation. Ainsi, selon l'article 323 du code civil, « les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation ».

Reconnu par la jurisprudence depuis longtemps (Req., 26 février 1900, *D.P.* 1900, I, p. 249), il a été consacré par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation (1^{re} Civ., 7 mars 2000, pourvoi n° 97-21.278).

Il en résulte que les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet d'une renonciation ni d'une transaction. Le désistement d'action est nul en matière de filiation, seul le désistement d'instance étant possible (1^{re} Civ., 17 juin 1957, *Bull.* 1957, I, n° 279 ; 1^{re} Civ., 20 janvier 1981, pourvoi n° 79-12.605, *Bull.* 1981, I, n° 22).

C. Rôle déterminant du ministère public

C'est pour ces mêmes raisons que le ministère public doit avoir communication des affaires relatives à la filiation. Selon la Cour de cassation, cette « règle est d'ordre public ». Elle est également applicable à l'action à fins de subsides (1^{re} Civ., 7 octobre 1980, pourvoi n° 79-14.980, *Bull.* 1980, I, n° 243 ; 1^{re} Civ., 12 mai 1987, pourvoi n° 85-16.899, *Bull.* 1987, I, n° 149 ; 1^{re} Civ., 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-16.923, *Bull.* 2007, I, n° 325 ; 1^{re} Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.875, et encore très récemment, 1^{re} Civ., 27 février 2013, pourvoi n° 11-25.536).

De manière plus générale, on sait que le ministère public peut « agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci » (article 423 du code de procédure civile). Or c'est sur ce fondement qu'a été admise la recevabilité de l'action du ministère public pour agir en nullité de la transcription d'actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français, dès lors qu'il résultait des « énonciations inscrites sur les actes d'état civil [qu'ils] ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui » (1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, *Bull.* 2008, I, n° 289).

Il convient de rappeler à cet égard que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation depuis 1991, toute reconnaissance de la filiation est exclue en présence d'une convention de gestation pour autrui, quel que soit le mode d'établissement de cette filiation. L'impossibilité d'établir le lien de filiation à l'égard d'un enfant conçu à la suite d'un contrat de gestation pour autrui concerne aussi bien l'adoption simple (1^{re} Civ., 29 juin 1994, pourvoi n° 92-13.563, *Bull.* 1994, I, n° 226) que l'adoption plénière (Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n° 4; 1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-03.927, *Bull.* 2003, I, n° 252) ou la possession d'état (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70).

Dans un célèbre arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991, la Cour de cassation avait énoncé que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Elle en a déduit que la cour d'appel avait violé les articles 6, 1128 et 353 du code civil en prononçant l'adoption de l'enfant par l'épouse du père, cette adoption n'étant que l'ultime phase du processus d'ensemble, qui constituait un détournement de l'institution de l'adoption (Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105, *Bull.* 1991, Ass. plén., n° 4, préc.).

Consacrant cet arrêt de principe, la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a inséré dans le code civil l'article 16-7, qui dispose : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », l'article 16-9 précisant que ces dispositions sont d'ordre public.

En 2011, la Cour de cassation a été amenée à statuer sur des demandes de transcription d'actes de naissance d'enfants nés aux États-Unis sur les registres français de l'état civil, les parents d'intention étant français. Par trois arrêts du 6 avril 2011 (1^{re} Civ., pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70; pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72), elle a jugé contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, « principe essentiel du droit français », de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, fût-elle licite à l'étranger.

Le dernier état de la jurisprudence est fixé par deux arrêts de plénière de chambre du 13 septembre 2013 (1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315 et pourvoi n° 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176), dans lesquels la Cour a été amenée à statuer sur des demandes de transcription d'actes de naissance d'enfants nés en Inde d'un père français et d'une mère indienne. La Cour a énoncé « qu'en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour

le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

Dans l'une des affaires, la Cour de cassation approuve non seulement le refus de transcription de l'acte de naissance étranger, mais également l'annulation de la reconnaissance paternelle, la cour d'appel ayant caractérisé la fraude à la loi commise (pourvoi n° 12-18.315 ; pour plus de développements sur ce point, voir partie 3, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, C, 1, c).

D. Prescriptibilité des actions en matière de filiation

Enfin, s'agissant de la prescription des actions relatives à la filiation, une décision déjà ancienne a jugé qu'une loi étrangère déclarant imprescriptibles les actions en contestation d'état était contraire à l'ordre public international français, les dispositions de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 ayant introduit la prescription trentenaire caractérisant « un intérêt de bien commun, traduisant une conception actuelle fondamentale, au sens de l'ordre public international français » (1^{re} Civ., 13 novembre 1979, pourvoi n° 78-12.634, *Bull.* 1979, I, n° 277).

§ 3. Ordre public et autorité parentale

L'autorité parentale est une fonction d'ordre public. Selon l'article 1388 du code civil, « les époux ne peuvent déroger [...] aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle ». Pour sa part, l'article 376 du code civil rappelle que l'autorité parentale est indisponible : « aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement » et dans des cas déterminés.

Les parents ne peuvent donc renoncer à exercer leurs droits ou les déléguer, sauf dans des cas strictement définis par la loi et soumis à un contrôle judiciaire :

- d'une part, les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale (article 373-2-7 du code civil), et le juge aux affaires familiales, lorsqu'il se prononce sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, prend en compte les accords que les père et mère ont pu conclure (article 373-2-11 du code civil) ;
- d'autre part, le juge aux affaires familiales peut, à la requête des parents, prononcer une délégation de l'autorité parentale (article 377 du code civil).

En tout état de cause, les parents ne peuvent, par convention, écarter les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation (1^{re} Civ., 9 mars 1994, pourvoi n° 92-16.774, *Bull.* 1994, I, n° 89 ; *D.* 1995, *Jurisprudence*, p. 197, note E. Monteiro ; J.-P. Gridel, « Est nécessairement contraire à l'ordre public la prétention de soustraire un enfant aux effets légaux de sa filiation établie (à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 9 mars 1994) », *D.* 1995, *chr.*, p. 276 ; *D.* 1995, *somm.*, p. 117, obs. F. Granet-Lambrechts ; *PA* n° 116, 28 septembre 1994, note J. Massip). Les faits de l'espèce étaient particuliers : un homme et une femme qui étaient, chacun, engagés dans une liaison homosexuelle, ont décidé d'avoir un enfant en commun. Inséminée artificiellement avec le sperme de l'homme, la femme a mis au monde une petite fille, qui a été reconnue avant sa naissance par ses parents. Après le déménagement de la mère,

le père a saisi le juge aux affaires matrimoniales de demandes tendant à l'exercice en commun de l'autorité parentale sur l'enfant. La cour d'appel a fixé la résidence de l'enfant chez sa mère mais accordé au père l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le moyen faisait valoir que la convention par laquelle un homme engagé dans une relation homosexuelle accepte de donner son sperme à une femme également engagée dans une relation de ce type, en vue de la procréation d'un enfant par insémination artificielle, contrevenait à l'ordre public, et que cet homme ne pouvait, en raison de l'illicéité de cette convention, contraire à l'intérêt de l'enfant, demander à exercer sur l'enfant l'autorité parentale, normalement dévolue à la mère. La Cour de cassation, pour rejeter le moyen, a jugé que « la reconnaissance souscrite par M. X... n'ayant pas été contestée, la cour d'appel était, dès lors, tenue de statuer sur la demande du père, conformément aux dispositions de l'article 374 du Code civil ». Le professeur Jean-Pierre Gridel (art. préc.) a pu considérer que s'évince de cet arrêt « une priorité de l'ordre public de la dévolution de l'autorité parentale sur l'éventuel ordre public du droit des contrats » ;

– il est par ailleurs impossible de priver un parent de ses droits d'autorité parentale sur son enfant par l'adoption de celui-ci par son partenaire. L'article 365 du code civil prévoit en effet, 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 partagée entre les conjoints.

Appliquant ce texte, la première chambre a, dans deux arrêts, l'un de cassation, l'autre de rejet, refusé de prononcer l'adoption simple de l'enfant par la partenaire de sa mère biologique au motif que « cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits » (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 06-15.647, *Bull.* 2007, I, n° 71 ; voir également 1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 04-15.676, *Bull.* 2007, I, n° 70 ; 1^{re} Civ., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-21.369, *Bull.* 2007, I, n° 392 et 1^{re} Civ., 9 mars 2011, pourvoi n° 10-10.385, *Bull.* 2011, I, n° 52).

Est en revanche possible l'*exequatur* d'un jugement américain prononçant l'adoption simple par la partenaire française de l'enfant de sa compagne américaine, dès lors que ce jugement partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante et qu'ainsi, il ne heurte pas de « principes essentiels du droit français » (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162) (voir partie 3, titre 1, chapitre 1, section 1, § 2, A, 3).

La première chambre civile a toutefois eu l'occasion récemment de rappeler l'existence d'une limite au caractère d'ordre public de l'administration légale. En effet, l'article 389-3, alinéa 3, du code civil permet de donner ou de léguer à un mineur des biens sous la condition qu'ils soient administrés par un tiers. Selon la Cour de cassation, cet article, « qui permet au disposant, sans aucune distinction, de soustraire à l'administration légale des père et mère les biens qu'il donne ou lègue à un mineur, est une disposition générale qui ne comporte aucune exception pour la réserve héréditaire » (1^{re} Civ., 6 mars 2013, pourvoi n° 11-26.728, *Bull.* 2013, I, n° 36 ; *AJ Famille* 2013, p. 239, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* n° 5, mai 2013, comm. 73 par M. Bruggeman ; *RTD civ.* 2013, p. 346, obs. J. Hauser et p. 421, obs. M. Grimaldi). En l'espèce, un homme, en instance de divorce, avait institué ses deux enfants légataires universels en pleine propriété et par parts égales. Il avait assorti ces dispositions d'une clause confiant à sa sœur ou son frère la charge d'administrer les biens revenant à son fils encore mineur. Ce faisant, il privait son épouse, auteur du pourvoi, de l'administration légale des biens légués. Les père et mère peuvent ainsi être privés de l'administration légale des biens de leur enfant par un

tiers ou par l'autre parent, y compris lorsqu'il s'agit de l'administration des biens inclus dans la réserve. Selon le professeur Jean Hauser (art. préc.), «voilà un arrêt qui clôt une controverse séculaire sur une question très pratique, suscitant nombre d'interrogations de la part des notaires».

§ 4. Ordre public et obligation alimentaire

L'obligation alimentaire a un caractère d'ordre public. Elle est dès lors indisponible et n'est pas susceptible de renonciation. La règle, ancienne, a été réaffirmée par la Cour de cassation à plusieurs reprises (2^e Civ., 4 mars 1987, pourvoi n° 86-10.453, *Bull.* 1987, II, n° 60; 2^e Civ., 17 octobre 1985, pourvoi n° 84-15.135, *Bull.* 1985, II, n° 157; 2^e Civ., 2 mai 2001, pourvoi n° 99-15.714, *Bull.* 2001, II, n° 80; 1^{re} Civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 04-14.185, *Bull.* 2006, I, n° 388).

La première chambre civile a, encore très récemment, réaffirmé que «les règles gouvernant l'obligation alimentaire étant d'ordre public, la renonciation, expresse ou tacite, d'un parent au versement des arriérés dus au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation de son enfant, [était] sans effet» (1^{re} Civ., 15 février 2012, pourvoi n° 11-13.883 et 1^{re} Civ., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-19.779; *RTD civ.* 2013, p. 108, note J. Hauser).

Section 2 – Droit patrimonial de la famille

Ainsi que le relève le professeur Alain Bénabent (*Droit de la famille*, Montchrestien, 2^e éd., 2012, n°s 15 et 16), «[un] effacement de la notion d'ordre public au profit d'une libre organisation de leurs biens par les individus» (n° 17) peut être constaté à la faveur du bouleversement du droit de la famille, soumis aux pressions des progrès scientifiques, de la sociologie et à l'internationalisation des droits fondamentaux. Les régimes matrimoniaux, d'une part (§ 1), les successions et libéralités, d'autre part (§ 2), sont le reflet de cette évolution.

§ 1. Régimes matrimoniaux

La Cour de cassation ne se réfère pas à l'ordre public dans ses arrêts qui traitent des règles applicables aux conjoints «par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux» (les articles 214 à 226 du code civil), ce qu'on a coutume de nommer le régime primaire, pas plus que dans ceux relatifs aux régimes matrimoniaux, lesquels répondent à la définition donnée par l'article 1387 du code civil : «la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent».

Cependant un arrêt ancien (Cass. civ., 22 décembre 1879, S. 1880, 1, p. 125), au visa notamment de l'article 6 du code civil, a déduit de ce que «les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public», que «en dehors des cas spécialement prévus par la loi, les stipulations ou conventions ayant pour objet de modifier ou de restreindre la capacité légale de la femme mariée, sont radicalement nulles».

Pourtant la doctrine enseigne que ces matières relèvent pour partie d'un ordre public matrimonial (voir, par exemple, Ph. Malaurie, L. Aynes, *Les Régimes matrimoniaux*, Defrénois, 3^e éd., 2010, n^{os} 204, 606 et 615) et certains auteurs qualifient les règles communes de «statut impératif de base» (A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, Litec, 12^e éd., 2004, p. 33) ou de «régime primaire impératif» (G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Sirey, 1978, p. 27).

Mais, en la matière, si le contrat de mariage n'échappe pas au droit commun du contrat, de sorte que, comme pour toutes les conventions, l'ordre public impose des limites à la liberté contractuelle des époux ou futurs époux, la loi précise les règles qui leur imposent des prohibitions particulières. Cela dispense la Cour de cassation d'avoir à rechercher si l'ordre public est atteint. En effet, il suffit de contrôler une éventuelle violation de textes dont le caractère impératif ressort de leur énoncé.

Ainsi, par exemple, l'article 1388 prévoit que «les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs, ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle». Comme les devoirs et les droits concernés sont définis par le code civil, le respect de cette prohibition est facilement assuré par le simple examen de la conformité des conventions des époux avec les dispositions légales particulières, et, si tel n'est pas le cas, nul besoin d'invoquer l'ordre public, il suffit de relever la violation du texte en cause.

On peut citer un arrêt (1^{re} Civ., 28 juin 1983, pourvoi n^o 82-12.926, *Bull.* 1983, I, n^o 190) qui tire de la règle d'immutabilité du régime matrimonial posée expressément par l'article 1396, alinéa 3, du code civil, dont le caractère impératif n'est pas discutable, que «par voie de conséquence, les dispositions [de l'article 1469 du code civil] qui fixent le mode de calcul des récompenses, s'imposent lorsqu'elles n'ont pas été écartées par le contrat de mariage ou par une convention passée pendant l'instance en divorce ou postérieurement à la dissolution de la communauté». Est cassée pour violation des articles 1396, alinéa 3, et 1469 du code civil, une décision qui refuse de prononcer la nullité d'une convention passée par des époux au cours du mariage et avant toute demande en divorce portant sur la revalorisation de sommes propres au mari investies dans l'acquisition d'un terrain et la construction d'un immeuble cofinancé par un emprunt contracté par les deux époux, puisque, comme le relève l'arrêt cité, cette convention «tendait notamment à modifier les règles de calcul des récompenses, qui devait s'effectuer conformément aux dispositions de l'article 1469 du code civil».

§ 2. Successions et libéralités

La dévolution successorale repose sur des règles dont le caractère impératif laisse place à un certain pouvoir de la volonté. La combinaison de ces principes conduit à invoquer l'ordre public pour définir les limites de la liberté de transmission gratuite des biens du vivant ou à la mort du gratifiant. Constat qui se vérifie en matière de réserve héréditaire (A), de clause pénale (B), de donations entre vifs (C) et de partage (D).

A. Réserve héréditaire

Lorsqu'on envisage l'ordre public successoral, c'est à la protection de la réserve que l'on pense d'abord. Mais les arrêts qui emploient l'expression «ordre public» associée à l'institution de la réserve héréditaire sont peu nombreux. Statuant au vu d'un

testament-partage par lequel un père de famille avait réparti ses biens entre ses héritiers et qui posait la question de l'égalité de composition des lots en immeubles et meubles, la Cour de cassation a indiqué « qu'en matière de partage, les dispositions relatives à la réserve légale sont d'ordre public; mais que celles qui règlent la composition des lots n'ont pas ce caractère » (Req., 23 novembre 1898, *D.P.* 1899, 1, p. 38).

On trouve une référence aux « règles d'ordre public relatives à la réserve » dans un arrêt qui retient qu'une clause d'une donation-partage, stipulant que l'excédent éventuel de valeur de certains des lots attribués resterait acquis à l'attributaire à titre de donation, ne porte pas atteinte à ces règles puisqu'elle ne met aucun obstacle à une réduction éventuelle et n'a pas pour objet d'éluider l'action en réduction (1^{re} Civ., 26 juin 1963, *Bull.* 1963, I, n° 347). Ainsi, serait contraire à l'ordre public toute restriction à l'action en réduction d'une donation portant atteinte à la réserve, ou même, toute tentative d'éluider cette action.

Une hésitation naît d'un autre arrêt, presque contemporain du précédent (1^{re} Civ., 29 novembre 1965, *Bull.* 1965, I, n° 659), qui présente comme alternative la protection de l'ordre public et celle de la réserve en énonçant que la validité d'une clause d'un testament instituant l'un des héritiers gérant de l'indivision successorale, moyennant une rémunération qu'elle fixe, est valable puisqu'elle ne porte atteinte « ni à une règle d'ordre public, ni à la réserve ».

Un arrêt (1^{re} Civ., 10 mars 1970, pourvoi n° 68-13.205, *Bull.* 1970, I, n° 89) retient qu'une clause pénale convenue lors d'une donation-partage tend à assurer l'exécution de dispositions « contraires aux prohibitions de la loi ou à l'ordre public » dès lors qu'il est établi que cette donation porte atteinte à la réserve. Cet arrêt fait application de l'article 900 du code civil qui vise les dispositions entre vifs ou testamentaires « qui seront contraires aux lois ou aux mœurs », pour affirmer que la clause doit être réputée non écrite. On voit là que l'accord des héritiers réservataires, quand il est donné du vivant du *de cuius*, ne permet pas de justifier l'atteinte aux règles de la réserve convenue dans une donation-partage.

B. Clause pénale

Le contrôle de l'objet de la clause pénale permet à la Cour de cassation de se prononcer sur le caractère d'ordre public de certaines dispositions légales.

Il ressort ainsi d'un arrêt (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 04-16.461, *Bull.* 2007, I, n° 74) que porte atteinte à l'ordre public une clause testamentaire ayant pour objet de sanctionner l'héritier qui demanderait la révocation d'un legs pour ingratitude. C'est dire que cette action en révocation, prévue par l'article 955 du code civil, est d'ordre public. Mais, l'arrêt ajoute que, « toutefois, cet héritier encourt les effets de la clause si sa contestation est jugée infondée », puisqu'alors, la clause pénale n'a que pour effet de prévenir une contestation qui n'avait pas lieu d'être formée.

Au contraire, des arrêts affirment que les dispositions de l'article 1021 du code civil, qui prévoient la nullité du legs de la chose d'autrui, ne sont pas d'ordre public et en déduisent que la clause pénale qui a pour objet d'assurer l'exécution d'un tel legs est licite (1^{re} Civ., 25 février 1925, *D.P.* 1925, 1, p. 185; 1^{re} Civ., 9 octobre 1961, *Bull.* 1961, I, n° 442; 1^{re} Civ., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-10.596, *Bull.* 2006, I, n° 186).

C. Donations entre vifs

Il a été affirmé (1^{re} Civ., 10 février 1965, *Bull.* 1965, I, n° 117) que l'action en retranschement prévue par l'article 1098 du code civil, dans son ancienne rédaction, qui protège les enfants contre les libéralités consenties par leur auteur à son conjoint dont ils ne sont pas issus, est une disposition d'ordre public.

L'ordre public a aussi été convoqué pour définir le régime de nullité des donations déguisées ou faites à personnes interposées entre époux de l'ancien article 1099, alinéa 2, du code civil. De ce qu'il affirme que ce texte est fondé sur une raison d'ordre public, un arrêt (1^{re} Civ., 10 mars 1970, pourvoi n° 68-11.558, *Bull.* 1970, I, n° 88) tire la conséquence que la nullité est absolue et échappe au délai de prescription des nullités relatives.

Toujours en cette matière des donations entre vifs, c'est à propos de la délimitation du domaine de la transaction que, par un premier arrêt (1^{re} Civ., 12 juin 1967, *Bull.* 1967, I, n° 208), la Cour de cassation a consacré le caractère d'ordre public de l'exigence de forme notariée des donations en énonçant « qu'il n'est pas permis de transiger sur les matières qui intéressent l'ordre public et qu'on doit considérer comme faites en fraude d'une loi d'ordre public les donations ostensibles qui ne satisfont pas aux exigences de l'article 931 du code civil ». A ainsi été approuvée une cour d'appel qui avait jugé que la nullité de forme affectant l'acte en cause, qui aurait dû revêtir la forme authentique, ne peut faire l'objet d'une transaction, d'autant qu'aux termes de l'article 1339 du code civil, le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme, laquelle doit être refaite en la forme légale. Ce n'est que par un arrêt très récent (1^{re} Civ., 11 septembre 2013, pourvoi n° 12-15.618, *Bull.* 2013, I, n° 167) qu'a été affirmé qu'« énoncent des règles d'ordre public » les articles 931 à 933 du code civil lesquels imposent un acte notarié et prévoient que la donation ne produira effet qu'au jour où elle aura été acceptée en termes exprès selon les formes précisées par ces textes.

La Cour de cassation s'appuie sur l'ordre public pour tempérer les pouvoirs de la volonté du testateur. Ainsi, un arrêt (1^{re} Civ., 18 juin 1974, pourvoi n° 73-11.114, *Bull.* 1974, I, n° 199) juge contraire à l'ordre public la clause testamentaire interdisant au légataire d'aliéner un immeuble dont il était déjà propriétaire avant le testament. Elle peut faire le détour par l'examen de la cause pour examiner la validité d'une clause testamentaire. Celle-ci est valable, sauf lorsqu'elle a une cause immorale. Ainsi des clauses de célibat ou de viduité (Req., 25 mars 1946, *D.* 1946, p. 222). Ce qui oblige les juges du fond à s'interroger sur la validité d'une clause faisant de la conversion au judaïsme une condition au legs (1^{re} Civ., 21 novembre 2012, pourvoi n° 10-17.365, *Bull.* 2012, I, n° 243).

C'est le même détour par le contrôle de l'absence de caractère illicite de la cause des conventions qui est opéré pour apprécier la validité d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère, libéralité dont il a été jugé qu'elle « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs » (Ass. plén., 29 octobre 2004, pourvoi n° 03-11.238, *Bull.* 2004, Ass. plén, n° 12).

D. Partage

S'agissant du partage, l'ordre public interdit de déroger aux règles de la rescision pour lésion, de sorte que des parties ne sauraient prévoir une révision du partage

au cas où des terres, agricoles lors du partage, deviendraient constructibles (1^{re} Civ., 8 juin 2004, pourvoi n° 01-16.230, *Bull.* 2004, I, n° 164). Par cet arrêt il a été jugé, au contraire, que ne sont pas d'ordre public les règles relatives à l'évaluation des biens en leur état au jour du partage, les parties pouvant convenir d'autres modalités d'évaluation. Mais ces parties ne sauraient exclure, dans une donation-partage, les règles légales (essentiellement l'article 828 du code civil) relatives à la variabilité des soultes dont le caractère d'ordre public est affirmé, une telle clause devant, dès lors, être considérée comme non écrite (1^{re} Civ., 6 juillet 2011, pourvoi n° 10-21.134, *Bull.* 2011, I, n° 140). Pour autant, après le décès des donateurs, les donataires copartagés peuvent déroger à ces dispositions (1^{re} Civ., 19 janvier 1982, pourvoi n° 81-10.608, *Bull.* 1982, I, n° 31).

L'ancienne procédure de partage judiciaire prévoyait, aux termes de l'article 837 du code civil, que si, dans les opérations renvoyées devant un notaire, il s'élève des contestations, le notaire dressera procès-verbal des difficultés et des dires des parties et les renverra devant le juge-commissaire nommé pour le partage. Il a été jugé que « l'inobservation des formalités prévues par l'article 837 du Code civil, qui ne sont pas d'ordre public et qui ne présentent aucun caractère substantiel, n'est assortie d'aucune sanction », de sorte que le défaut de procès-verbal de difficultés n'entraîne pas la nullité de la procédure poursuivie devant le tribunal (1^{re} Civ., 16 juillet 1997, pourvoi n° 95-13.316, *Bull.* 1997, I, n° 252), pas plus que celle de l'assignation délivrée (1^{re} Civ., 14 janvier 1981, pourvoi n° 79-13.023, *Bull.* 1981, I, n° 15). Les parties peuvent aussi saisir elles-mêmes le juge-commissaire (1^{re} Civ., 4 février 1976, pourvoi n° 74-13.539, *Bull.* 1976, I, n° 55). Toutefois, il a aussi été jugé qu'alors qu'elles ne sont pas d'ordre public, il ne peut être renoncé à ces formalités que du consentement de toutes les parties au partage et que la saisine directe du tribunal de grande instance est irrecevable, le juge-commissaire devant être saisi au préalable (1^{re} Civ., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-15.188, *Bull.* 2009, I, n° 164).

Chapitre 3 – Ordre public et société

L'homme étant « l'animal social par excellence » (Aristote, *La Politique*, tome I, traduction de J.-F. Champagne, imprimerie de A. Bailleul, 1797, p. 8), les liens, volontaires ou imposés, qu'il tisse avec ses semblables au sein de la société sont essentiels. Son existence tout entière va ainsi se trouver affectée, sous des formes diverses, par d'innombrables législations ou réglementations, le plus souvent impératives, prises en matière économique (section 2), sociale *lato sensu* (sections 3 et 4), environnementale (section 5), de santé publique (section 6), professionnelle (section 7)... Auparavant, il est important de rappeler que l'une des libertés les plus fondamentales garanties à l'individu en société est celle de s'exprimer librement, pour approuver comme pour critiquer, entre autres, le modèle sociétal dont il relève. En effet, « la libre communication des pensées et des opinions » n'est-elle pas « un des droits les plus précieux de l'Homme [...] », comme l'affirme solennellement l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? Une section 1 sera donc consacrée à la manière dont la liberté d'expression se trouve protégée en droit français, et certains abus sanctionnés.

Section 1 – Ordre public et liberté d'expression devant la chambre criminelle

Liberté publique à caractère hautement symbolique, la liberté d'expression est garantie par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont le § 1 précise qu'elle « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». Néanmoins, prévoit le paragraphe second de ce texte, « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités », il peut être soumis à des « formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique » à un certain nombre d'impératifs parmi lesquels figurent « la défense de l'ordre » – assurément l'ordre « public » – mais aussi « la protection de la réputation ou des droits d'autrui », présumée ici de valeur égale. Or, en tant qu'archétype de l'atteinte à la réputation d'autrui, les propos diffamatoires font l'objet, en droit français, d'un traitement juridique et judiciaire qui a parfois du mal à s'inscrire dans la conception européenne des « mesures nécessaires ». Pourquoi ? Parce qu'en réalité la liberté d'expression, symbole par excellence d'une société démocratique, fait l'objet d'une approche au départ différente en droit national et en droit européen (§ 1) ; pour autant, l'on constate qu'avec le temps les jurisprudences européenne et interne pratique, sous des vocables différents, un contrôle assez proche (§ 2).

§ 1. De la différence...

Le juge français, partant de la constatation du caractère diffamatoire ou injurieux des propos incriminés, réputés tenus avec l'intention de nuire, leur applique ensuite, pour apprécier s'il y a matière à condamnation, le critère légal de la vérité des faits prévu par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et celui, jurisprudentiel, de la bonne foi en matière de diffamation, ou encore celui de la provocation en matière d'injure, en application de l'article 33 de ladite loi. La Cour européenne retient pour sa part, conformément à l'article 10 précité, que la liberté étant la règle, seuls des motifs graves justifient l'ingérence étatique que constitue la condamnation.

Il convient de constater à cet égard que, se référant à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la jurisprudence de la chambre criminelle a néanmoins connu une évolution sensible depuis un arrêt du 11 mars 2008 (pourvoi n° 06-84.712, *Bull. crim.* 2008, n° 59), censurant une condamnation prononcée à raison d'un article traitant d'un sujet d'intérêt général portant sur le 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, du règlement de sommes considérables. Rendue au double visa des articles 29 de la loi du 29 juillet 1881 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précité, cette décision comporte un chapeau appliquant la jurisprudence traditionnelle de la chambre criminelle, selon laquelle, 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 qui les renferme 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 ».

Le conclusif de l'arrêt vise cependant expressément l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour affirmer que, dans le cas de l'espèce, les limites de la liberté d'expression au sens de ce texte n'ont pas été dépassées. La cassation de l'arrêt attaqué est en conséquence ordonnée sans renvoi, la censure prononcée n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond.

Depuis cette décision, la chambre criminelle a affiné sa position relative à la définition du sujet d'intérêt général, en combinant ce thème avec d'autres règles traditionnelles en matière de presse, ou bien encore avec la notion de base factuelle suffisante, héritée directement de la jurisprudence européenne, mais s'apparentant à un des critères de la bonne foi, définie par notre jurisprudence nationale comme un fait justificatif.

§ 2. ... à la conciliation

Il est toujours nécessaire, pour entrer en voie de condamnation en matière de diffamation, de mettre en évidence le caractère diffamatoire des propos poursuivis, de constater, s'il y a eu une offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires, que le prévenu a échoué dans cette offre de preuve, ou bien d'écarter la bonne foi, dans le cas où les quatre conditions exigées par la jurisprudence ne sont pas réunies, à savoir la poursuite d'un but légitime, l'absence d'animosité personnelle, le sérieux de l'enquête et la prudence dans l'expression.

Censurant en application de ces notions la décision de condamnation des juges du fond, l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 18 septembre 2012 (pourvoi n° 11-83.345) s'attache à la constatation, à défaut d'imputation d'un fait précis, de l'absence de caractère diffamatoire des propos poursuivis, analysés comme la simple affirmation d'une opinion, « fût-elle polémique ». Les propos poursuivis ne constituaient en l'espèce que la simple critique journalistique d'une visite papale à Lourdes.

En ce sens, également, a été rejeté le pourvoi formé contre une décision des juges du fond, entrés en voie de condamnation à raison de propos constituant une attaque outrancière de l'administration préfectorale et consistant à rapprocher le comportement des fonctionnaires auteurs des pratiques dénoncées avec les crimes commis par le régime de Vichy (Crim., 28 mai 2013, pourvoi n° 12-83.225). Les juges du second degré avaient retenu que si le but poursuivi par les prévenus pouvait être légitimé par la volonté de défendre une éducation sans frontières et d'informer le public, ce but ne les dispensait pas des obligations de prudence dans l'expression et de sérieux de l'enquête, qui n'avaient pas été respectées en la circonstance.

En ce sens encore, a été approuvée la décision des juges du fond condamnant pour diffamation envers dépositaire de l'autorité publique des prévenus après leur avoir refusé le bénéfice de la bonne foi, dès lors que même s'ils avaient été tenus dans le contexte d'élections municipales et relevaient d'un débat général relatif à la gestion de la commune, les propos incriminés, rendus publics dans des conditions ne permettant pas un débat loyal entre candidats, ne procédaient pas d'une enquête sérieuse et constituaient des attaques personnelles excédant les limites de la liberté d'expression (Crim., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-83.188).

Dans le même registre, a été rejeté le pourvoi formé contre la décision des juges du fond condamnant, du chef de diffamation envers un citoyen chargé d'un mandat public, un préfet, représentant de l'État au niveau exécutif, à la suite de propos constituant, par

leur excès, une attaque personnelle outrepassant les limites de la liberté d'expression accordée à un membre du corps préfectoral, tenu à une obligation de réserve (Crim., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-84.235, *Bull. crim.* 2012, n° 153).

En marge de ces principes, le critère de la « base factuelle » peut ensuite interférer pour l'appréciation des suites à donner aux poursuites.

La notion de base factuelle suffisante, qui, dans une certaine mesure, est à rapprocher, dans notre droit national, du critère de l'enquête sérieuse en tant qu'élément constitutif de la bonne foi, est fréquemment associée au fait qu'il est constaté que les propos poursuivis concernent un sujet d'intérêt général : par exemple, lorsque ces propos traitent d'un événement, à l'occasion du conflit entre palestiniens et israéliens, ayant eu un retentissement mondial (Crim., 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-81.990, *Bull. crim.* 2013, n° 176), ou du comportement des autorités françaises au Rwanda (Crim., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-85.580; Crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-83.004), ou de la conduite d'une affaire financière ayant eu un retentissement important par l'autorité des marchés financiers (Crim., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-88.715), ou des pratiques suivies par les préfetures en matière de lutte contre l'immigration irrégulière (Crim., 28 mai 2013, pourvoi n° 12-83.225, préc.), ou, plus prosaïquement, de l'installation d'un complexe cinématographique dans un département (Crim., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-88.102), ou de la gestion d'une municipalité (Crim., 2 octobre 2012, pourvoi n° 11-83.188).

L'évocation d'un sujet d'intérêt général, qui n'est pas, à lui seul, une garantie d'impunité, doit être combinée avec l'examen de la bonne foi et de la base factuelle des propos incriminés.

Peuvent ainsi intervenir des censures au motif que, si le texte critiqué concerne un débat d'intérêt général, les juges du fond n'ont pas énoncé les éléments de nature à étayer l'accusation portée contre la partie civile et à donner une base factuelle suffisante à l'imputation dénoncée (Crim., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-88.102, préc.). Les éléments ainsi recueillis, qui doivent être précis, ne sauraient donner lieu à des motifs généraux, et, par là même, entachés d'insuffisance (Crim., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-85.580, préc.).

À l'inverse, la chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par des parties civiles contre un arrêt ayant relaxé du chef de diffamation publique envers particulier un député ayant diffusé un communiqué demandant l'ouverture d'une enquête sur le financement d'un reportage, dans un pays étranger, révélant des méthodes journalistiques contestables, au motif que le prévenu disposait d'une base factuelle suffisante pour s'interroger publiquement, en sa qualité de député, membre de la commission des affaires étrangères, dans le contexte d'un débat d'intérêt général, et qu'il l'a fait mais avec prudence et sans excéder les limites admissibles de la liberté d'expression (Crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-83.487, *Bull. crim.* 2013, n° 136).

Dans le même esprit, a été censurée la décision des juges du fond relaxant une prévenue poursuivie pour diffamation envers particulier au motif essentiel que les propos incriminés avaient été proférés dans le cadre d'une polémique politique, alors que si ces propos, tenus au cours d'une émission télévisée réalisée en direct pendant une période électorale, pouvaient autoriser une certaine vivacité de ton, ils étaient impropres à

caractériser la bonne foi de leur auteur, en l'absence d'une base factuelle suffisante, et de réunion des conditions de la bonne foi (Crim., 25 juin 2013, pourvoi n° 12-83.210).

C'est ainsi qu'au total, se conjugue plus que ne se confronte avec les exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'application de la loi du 29 juillet 1881, loi emblématique de protection de la liberté d'expression.

Section 2 – Ordre public économique

La notion d'ordre public économique a suscité chez les juristes de droit privé des travaux demeurés célèbres (voir notamment G. Farjat, *L'Ordre public économique*, Bibliothèque de droit privé, tome 37, LGDJ, 1963 ; P. Raynaud, *L'Ordre public économique*, Cours de droit, Paris, 1965). Et si l'on retient que, aujourd'hui comme hier, l'économie est « l'ensemble des phénomènes, faits et activités relatifs à la production, à la circulation et à la consommation des richesses dans un ensemble donné [...] » (voir *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, publié sous la direction de G. Cornu, PUF, 8^e éd., 2007, V^o Économie, 1), il est logique que les règles impératives propres à la matière bancaire y occupent la première place (§ 1). Mais l'on trouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation d'autres illustrations de l'ordre public économique telles celles empruntées au droit fiscal et aux marques de fabrique (§ 2), ou encore au droit rural (§ 3). Et l'on ne saurait oublier les implications de l'ordre public économique en matière sociale (§ 4).

§ 1. Ordre public bancaire

Pour des raisons relevant de l'ordre public, le législateur, souvent sous l'impulsion de textes européens, définit, encadre et contrôle l'activité bancaire. Il s'agit, en effet, de maîtriser la création et la circulation de la monnaie, garantir la stabilité du système bancaire, assurer la sécurité des déposants et créanciers des banques, mais également de préserver l'ordre public au sens plus large.

Apparue à partir des années 1930, la réglementation en la matière a évolué en fonction des politiques plus ou moins dirigistes de l'État dans le secteur du crédit et des banques et de l'objectif d'établissement d'un marché unique européen, supposant la libre circulation des capitaux, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Elle a connu de nombreuses réformes ces dernières années. Ainsi, le code monétaire et financier, créé par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000, a depuis été modifié près d'une trentaine de fois, et récemment encore par l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, et créant l'Autorité de contrôle prudentiel, dénommée, depuis la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Cette loi tend également à compléter les diverses règles prudentielles destinées à assurer la solvabilité des établissements de crédit et la liquidité des dépôts, dont l'application est contrôlée par le biais d'une supervision assurée au niveau tant national qu'europpéen. À côté des textes législatifs et réglementaires, les professionnels élaborent des codes de bonne conduite ou une réglementation, qui est parfois contraignante, tel le règlement général de l'Autorité

des marchés financiers, homologué par arrêté du ministre chargé de l'économie (article L. 621-6 du code monétaire et financier).

La notion d'ordre public en droit bancaire peut être plus précisément illustrée par le statut des établissements de crédit. Unifiant le statut des entreprises exerçant une activité bancaire en créant la notion d'établissement de crédit, tout en respectant les spécificités de certains établissements, la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, ultérieurement modifiée, notamment sous l'impulsion de textes européens, et désormais codifiée aux articles L. 511-1 et suivants du code monétaire et financier, a notamment pour but de préserver l'intérêt public et le crédit. La chambre commerciale a ainsi précisé que les articles 1 et 10 de cette loi, devenus les articles L. 311-1, L. 511-1 et L. 511-5 dudit code «sont d'ordre public et que leur application peut être demandée par toute personne y ayant intérêt» (Com., 6 juin 2001, pourvoi n° 99-18.296, *Bull.* 2001, IV, n° 111).

Ces textes réservent l'exercice, à titre de profession habituelle, des opérations de banque aux établissements de crédit (A), et les encadrent afin que seules des sociétés présentant des garanties financières, de compétence et de moralité suffisantes se livrent à de telles opérations (B).

A. Notion d'établissement de crédit

La définition de l'établissement de crédit, énoncée par l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, suppose la réunion de trois conditions : il doit s'agir d'une personne morale (à l'exception, compte tenu de leur statut et de leur mission particulière, de certains organismes ou établissements listés par l'article L. 518-1 dudit code, tels le Trésor public, la Banque de France, La Poste, l'institut d'émission des départements d'Outre-mer, l'institut d'émission d'Outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations), qui effectuent, à titre de profession habituelle, des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 dudit code (à l'exception de certaines opérations autorisées dans le cadre de l'activité professionnelle des entreprises).

Ces opérations de banque, consistant en la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement, sont légèrement plus étendues que ne le sont celles prévues par la définition issue de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, qui n'intègre pas la mise à disposition et la gestion de tous les moyens de paiement, mais seulement ceux de monnaie électronique au sens de la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements. En outre, un établissement de crédit peut exercer d'autres activités, dites connexes, listées par l'article L. 311-2 du code monétaire et financier et non couvertes par le monopole bancaire, mais également prendre des participations dans des entreprises existantes ou en création. En revanche, il ne peut, selon l'article L. 511-3 dudit code, exercer à titre habituel d'autres activités, sauf autorisation du ministère chargé de l'économie, et à la condition que cette activité demeure d'une importance limitée par rapport aux activités habituelles de l'établissement et ne porte pas atteinte au jeu de la concurrence sur le marché considéré. Si la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer précisément sur le type de sanction encourue en cas de méconnaissance desdites

conditions, elle a écarté la sanction de la nullité pour un acte effectué par un établissement de crédit spécialisé en dehors de son champ d'activité (Com., 24 avril 2007, pourvoi n° 05-21.998, *Bull.* 2007, IV, n° 110).

La Cour de cassation n'a pas davantage été amenée à statuer sur la notion de « profession habituelle ». Récemment saisie de cette question par un moyen reprochant à une cour d'appel d'avoir qualifié une société de droit suisse ayant consenti un prêt en France d'établissement de crédit au sens de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier sans caractériser l'exercice à titre de profession habituelle d'opérations de banque, la chambre commerciale (Com., 22 mai 2013, pourvoi n° 11-26.503) a jugé que « s'agissant d'une société établie en Suisse, le moyen en ce qu'il se réfère exclusivement à la définition de l'établissement de crédit du droit français est inopérant ». Il s'agissait en l'espèce de savoir si la société pouvait être qualifiée d'établissement de crédit, devant alors respecter certaines règles imposées par la loi du contrat, en l'espèce la loi française, auxdits établissements de crédit. Il ressort de l'arrêt qu'il importe peu, pour savoir si cette qualification d'établissement de crédit pouvait être retenue, de se référer à la seule définition de l'établissement de crédit au sens de la loi française, dès lors que cette qualification peut aussi résulter de l'application de la loi de l'État dont dépend la société, c'est-à-dire la loi de l'État où elle est établie.

B. Encadrement de l'établissement de crédit

Cet encadrement s'effectue à travers l'institution de mécanismes protecteurs – octroi d'une exclusivité et obtention d'un agrément – ainsi que par la prévision de sanctions en cas de violation des règles gouvernant ces derniers.

1. Monopole et agrément

Ces notions ne se recoupent pas : comme le souligne la doctrine (H. Aubry, *Rép. dr. com.*, Dalloz, V° Banques et établissements de crédit, mai 2006, n° 119), « le monopole fait naître une obligation de ne pas faire à la charge de ceux qui n'en bénéficient pas, alors que l'agrément est une "autorisation individuelle destinée à permettre, au moyen d'un contrôle préalable, de lever une interdiction d'exercice" (Th. Bonneau, « Monopole bancaire et monopole des prestataires de services d'investissement », in *Mélanges AEDBF-France : droit bancaire et financier*, Banque éditeur, 1997, p. 37 et s., spéc. p. 38). Le monopole et l'agrément, en limitant l'accès à la profession bancaire, contribuent à la sécurité de la clientèle des établissements de crédit et des tiers ».

Prévu par l'article L. 511-5 du code précité, le monopole bancaire interdit, sous réserve des exceptions prévues par les articles L. 511-6 et L. 511-7, « à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel [...], de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme ». Distincte de la notion de profession habituelle, critère de l'établissement de crédit, celle d'exercice « à titre habituel » d'opérations de banque a fait l'objet de précisions de la Cour de cassation. Si l'appréciation du caractère habituel des opérations de banque pratiquées relève du pouvoir souverain des juges du fond (Crim., 22 septembre 2004, pourvoi n° 03-87.452), une motivation précise est exigée, puisque la condition d'habitude n'est pas nécessairement remplie si plusieurs prêts ont été consentis à la même personne (Crim., 2 mai 1994, pourvoi n° 93-83.512, *Bull. crim.* 1994, n° 158 ; Com.,

3 décembre 2002, pourvoi n° 00-16.957, *Bull.* 2002, IV, n° 182 ; Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-17.213).

L'exigence de l'agrément pour l'exercice régulier de l'activité d'un établissement de crédit résulte des dispositions des articles L. 511-9, alinéa 1^{er}, et L. 511-10, alinéa 1^{er}, du code monétaire et financier. Les juridictions françaises ont, pendant longtemps, veillé très strictement à son respect, même en dépit du droit communautaire, montrant ainsi leur conception de leur rôle dans la préservation d'un dispositif relevant de l'ordre public.

Dans le cas d'établissements de crédit disposant d'un agrément délivré par un autre État membre qui exerçaient en France, s'était en effet posée, avant 1993, la question de la compatibilité de l'exigence française de l'agrément avec les textes communautaires. Saisie d'une question préjudicielle posée par la chambre commerciale (Com., 13 juin 1995, pourvoi n° 93-17.988, *Bull.* 1995, IV, n° 174), la Cour de justice des Communautés européennes disait pour droit, le 9 juillet 1997 (CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, *SCI Parodi/Banque de Bary*, C-222/95), que, « pour la période précédant l'entrée en vigueur de la deuxième directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE [du 12 décembre 1977], l'article 59 du Traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre impose à un établissement de crédit, déjà agréé dans un autre État membre, d'obtenir un agrément pour pouvoir accorder un prêt hypothécaire à une personne résidant sur son territoire, à moins que cet agrément s'impose à toute personne ou à toute société exerçant une telle activité sur le territoire de l'État membre de destination ; soit justifié par des raisons liées à l'intérêt général telles que la protection des consommateurs ; et soit objectivement nécessaire pour assurer le respect des règles applicables dans le secteur considéré et protéger les intérêts que ces règles ont pour but de sauvegarder, étant entendu que le même résultat ne pourrait pas être obtenu par des règles moins contraignantes ».

La chambre commerciale a rendu alors une série d'arrêts le 20 octobre 1998 (notamment, pourvoi n° 93-17.988, *Bull.* 1998, IV, n° 246), jugeant qu'« à l'époque du prêt litigieux, l'agrément prévu par l'article 15 de la loi du 24 janvier 1984 était conforme aux trois conditions exigées, pour sa validité, par l'arrêt précité de la Cour de justice des Communautés européennes », solution réaffirmée ultérieurement (Com., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-15.381 ; Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 98-23.378 ; Com., 17 décembre 2002, pourvoi n° 01-14.356 ; Com., 25 mars 2003, pourvoi n° 00-22.064). Ainsi, les établissements de crédit au sens des législations belge et française consentant des prêts avant l'entrée en vigueur de la directive précitée du 15 décembre 1989 devaient « obtenir l'agrément [...] pour exercer en France [leur] activité, fût-ce à titre occasionnel et sous forme de libres prestations de service » (Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 01-02.481 ; Com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-15.046 ; Com., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-19.674).

Devant la résistance de cours d'appel, approuvée par la doctrine (B. Sousi, *D.* 1999, p. 10), la saisine de l'assemblée plénière conduisait à un revirement de jurisprudence. Dans un arrêt du 4 mars 2005 (Ass. plén., 4 mars 2005, pourvoi n° 03-11.725, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 2), après avoir rappelé que la Cour de justice des Communautés européennes avait indiqué dans sa décision du 9 juillet 1997, « que si l'exigence d'un agrément constitue une restriction à la libre prestation des services, l'exigence d'un établissement

stable est en fait la négation même de cette liberté, ce qui a pour conséquence d'enlever tout effet utile à l'article 59 du Traité, dont l'objet est précisément d'éliminer les restrictions à la libre prestation des services de la part de personnes non établies dans l'État sur le territoire duquel la prestation doit être fournie, que pour qu'une telle exigence soit admise, il faut établir qu'elle constitue une condition indispensable pour atteindre l'objectif recherché (CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, *Commission/Allemagne*, 205/84, point 52, et arrêt du 6 juin 1996, *Commission/Italie*, C-101/94, point 31) », l'assemblée plénière a constaté que « l'arrêt attaqué retient que la Caisse répondait à des règles prudentielles en tous points comparables aux exigences françaises et se trouvait soumise, comme tout établissement de crédit ayant son siège social en Belgique, à la surveillance d'une autorité de contrôle bancaire elle-même tenue, conformément à l'article 7 de la directive 77/780/CEE du 12 décembre 1977, à une obligation de collaboration avec les autorités compétentes des autres États membres; que l'implantation d'une succursale de cet organisme sur le territoire français n'aurait pas été de nature à assurer une meilleure protection aux emprunteurs », et jugé que « de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a exactement déduit que la législation française alors applicable, allant au-delà de ce qui était objectivement nécessaire pour protéger les intérêts qu'elle avait pour but de sauvegarder, était incompatible avec les dispositions du droit communautaire en vigueur au moment de la délivrance des prêts ». Ces solutions ont été reprises par la chambre commerciale (Com., 22 novembre 2005, pourvoi n° 01-15.370; Com., 31 octobre 2006, pourvoi n° 05-12.195).

Depuis, au sein de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, la 2^e directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, applicable au 1^{er} janvier 1993, dont les dispositions ont été reprises par la directive de consolidation 2006/48/CE du 14 juin 2006 précitée, a consacré le principe de l'agrément unique accordé par l'autorité compétente d'un État membre. Ainsi, un établissement de crédit agréé dans un pays membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen pourra effectuer des opérations de banque en France et sans avoir besoin d'y créer de succursale. Par contre, un établissement bancaire d'un tel État doit être titulaire d'un agrément pour exercer en France l'activité qu'il n'est pas autorisé, faute d'agrément, à pratiquer dans son État d'origine (Com., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-19.244, *Bull.* 2006, IV, n° 230). En revanche, un établissement de crédit dont le siège se trouve dans un État tiers ne pourra accomplir, en France, des opérations de banque de manière habituelle sans obtenir l'agrément délivré par l'Autorité de contrôle prudentiel, ce qui supposera qu'elle y crée une succursale (CJCE, arrêt du 3 octobre 2006, *Fidium Finanz*, C-452/04).

2. Sanctions des règles relatives au monopole et à l'agrément

Tandis que des sanctions pénales (article L. 571-3 du code monétaire et financier) et disciplinaires (articles L. 612-1, L. 612-28 et s., L. 612-39, L. 613-24 et s. dudit code) ont toujours été prévues par les textes en cas de violation du monopole bancaire ou de l'exigence de l'agrément, les sanctions civiles résultent de l'application de textes généraux par les juridictions qui n'ont pas toujours été unanimes.

Dans un premier temps, deux chambres de la Cour de cassation se sont opposées sur les conséquences civiles d'une convention conclue au mépris du monopole ou par un établissement non agréé : la première chambre civile jugeait (1^{re} Civ., 13 octobre 1982, pourvoi n° 81-13.090, *Bull.* 1982, I, n° 286 ; 1^{re} Civ., 24 février 1993, pourvoi n° 91-16.225) que « l'infraction d'exercice illégal de la profession de banquier [...] ne portant atteinte qu'à l'intérêt général et à celui de la profession de banquier que la loi a voulu protéger, n'est pas de nature à entraîner la nullité du contrat de prêt ». Au contraire, la chambre commerciale jugeait que le monopole (Com., 19 novembre 1991, pourvoi n° 90-10.270, *Bull.* 1991, IV, n° 347) mais également « l'interdiction pesant sur toute personne autre qu'un établissement de crédit agréé dans les conditions prévues par l'article 15 de la loi du 24 janvier 1984 d'exercer son activité » (Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 98-20.101 ; Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 98-20.099 ; Com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-15.046 ; Com., 2 juillet 2002, pourvoi n° 00-21.404 ; Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 98-20.098 ; Com., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-19.674) protégeaient également les intérêts des contractants privés, de sorte que ces derniers pouvaient « engager des actions tendant à l'annulation des conventions conclues en infraction à la règle précitée » (Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 99-19.517). Elle précisait qu'il s'agissait d'une nullité d'ordre public (Com., 20 octobre 1998, pourvoi n° 96-15.792, *Bull.* 1998, IV, n° 243).

Mettant fin à cette divergence, l'assemblée plénière, dans le même arrêt précité du 4 mars 2005, a jugé, s'agissant du défaut d'agrément, que « la seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément, au respect de laquelle l'article 15 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, devenu les articles L. 511-10, L. 511-14 et L. 612-2 du code monétaire et financier, subordonne l'exercice de son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus », solution reprise par la chambre commerciale (Com., 7 juin 2005, pourvoi n° 04-13.303, *Bull.* 2005, IV, n° 125 ; Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 02-16.692 ; Com., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-19.244, *Bull.* 2006, IV, n° 230) et par la première chambre civile (1^{re} Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n° 05-12.081 ; 1^{re} Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 05-19.549), y compris pour une institution financière spécialisée ayant dépassé son domaine de compétence (Com., 24 avril 2007, pourvoi n° 05-21.998, *Bull.* 2007, IV, n° 110) ou une compagnie d'assurances (Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 07-18.907, *Bull.* 2009, IV, n° 48) ou encore pour un établissement ne faisant pas partie de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (Com., 3 juillet 2007, pourvoi n° 06-17.963, *Bull.* 2007, IV, n° 182). Si cette absence de sanction par la nullité a été approuvée par une partie de la doctrine, selon laquelle « l'agrément bancaire retrouve tout son sens. Comme toutes les autres règles prudentielles prévues par la législation bancaire, l'obligation d'agrément vise le bon fonctionnement du système bancaire et la prévention du risque systémique. Elle ne vise pas la protection des emprunteurs que le droit de la consommation protège par ailleurs » (B. Sousi, « La libre prestation de services, l'agrément bancaire et l'octroi de crédits hypothécaires. Épilogue (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation, Assemblée plénière, du 4 mars 2005) », *D.* 2005, p. 785), elle a été critiquée par une autre partie de la doctrine (T. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9^e éd., 2011, n° 216). Récemment saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait prononcé la nullité, la chambre commerciale a, malgré la position soutenue en défense concluant au revirement de jurisprudence, réaffirmé la même solution (Com., 19 février 2013, pourvoi n° 12-14.515).

S'agissant des affaires dans lesquelles, à la suite d'une première cassation prononcée en application de la jurisprudence d'alors de la chambre commerciale, qui sanctionnait par la nullité les prêts consentis par un établissement non agréé, les cours d'appel s'étaient, sur renvoi, conformées à une telle décision, l'assemblée plénière (Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-11.966, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 14) ne leur a pas appliqué le revirement du 4 mars 2005, mais le principe selon lequel « le moyen, qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable », et ce donc, peu important que, postérieurement à l'arrêt de la chambre commerciale qui saisissait la juridiction de renvoi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation ait rendu, dans une autre instance, un arrêt revenant sur la solution exprimée par ladite chambre.

Toute sanction civile n'est cependant pas exclue, le délit d'exercice illégal de la profession de banquier pouvant causer à des particuliers un préjudice personnel de nature à fonder l'exercice d'une action en responsabilité (1^{re} Civ., 30 mars 1994, pourvoi n° 92-16.797, *Bull.* 1994, I, n° 125) ou de l'action civile devant la juridiction répressive (Crim., 9 mai 1972, pourvoi n° 71-90.997, *Bull. crim.* 1972, n° 158; Crim., 7 novembre 1989, pourvoi n° 88-84.058, *Bull. crim.* 1989, n° 393; Crim., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-83.514, *Bull. crim.* 2004, n° 147).

§ 2. Autres illustrations de l'ordre public en matière économique

Ces illustrations seront empruntées au droit fiscal (A) et à celui des marques de fabrique (B).

A. En matière fiscale

À l'instar de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, la chambre commerciale, qui se prononçait au sujet de l'exonération des droits de mutation, a reconnu au statut du fermage un caractère d'ordre public, jugeant qu'il ne peut être renoncé à son application tant que les droits des parties ne sont pas encore nés et acquis. Elle a alors cassé un jugement ayant refusé le bénéfice de l'exonération des droits de mutation à titre gratuit prévue à l'article 793-2, 3°, du code général des impôts à l'héritier d'une parcelle de terre ayant fait l'objet d'un bail à long terme en 1967 alors qu'il résultait de ses constatations que ce bail, antérieur aux dispositions légales d'ordre public qui ont réputé non écrites les exclusions ou interdictions prohibées qui y étaient contenues, était en cours d'exécution au jour de l'ouverture de la succession (Com., 22 mars 1988, pourvoi n° 86-14.193, *Bull.* 1988, IV, n° 119).

B. En matière de marques de fabrique

À titre d'illustration dans le domaine des marques de fabrique, on peut citer deux arrêts qui ont reconnu le caractère d'ordre public de la protection dont bénéficie la marque (Com., 1^{er} décembre 1987, pourvoi n° 86-11.328, *Bull.* 1987, IV, n° 256 et Com., 9 novembre 1981, pourvoi n° 80-12.943, *Bull.* 1981, IV, n° 386).

Par ailleurs, par un arrêt du 4 octobre 1983 (Com., 4 octobre 1983, pourvoi n° 82-11.728, *Bull.* 1983, IV, n° 253), la chambre commerciale a retenu que justifie sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter le recours d'une société utilisant depuis plusieurs années, pour ses eaux-de-vie, la dénomination « Napoléon » comme marque dont

le renouvellement lui a été refusé par décision du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), retient, quelle qu'ait pu être la nature de la décision précédente du directeur de l'INPI, le caractère déceptif de cette dénomination pour les eaux-de-vie qui ne remplissent pas les conditions précisées dans des arrêtés ministériels dont les dispositions réservant la dénomination « Napoléon » à certaines eaux-de-vie ont un caractère d'ordre public.

§ 3. Ordre public rural

L'on se demandera s'il existe bien un « ordre public rural » (A) et si, en son sein, les dispositions de droit transitoire ont à leur tour un caractère d'ordre public (B).

A. Existe-t-il un « ordre public rural » ?

La question peut, dans une première acception, paraître vaine, voire tautologique, dans la mesure où les règles du droit rural dont la Cour de cassation peut être amenée à faire application – statut du fermage, droit des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), salaire différé, droit des coopératives, aménagement foncier et forestier (anciennement « remembrement »), attribution préférentielle... – sont quasiment toutes d'ordre public. Il est à croire, en effet, que le législateur français, désireux de diriger au plus près ce secteur, important à tous égards, de notre économie, ne conçoit les règles relatives à l'agriculture qu'impératives.

La question de l'existence d'un éventuel « ordre public rural » apparaît, en revanche, plus pertinente, si elle est conçue comme une invitation à rechercher si le droit rural a secrété, à l'instar du droit social ou du droit international privé, un ordre public d'un genre particulier.

Aussi intéressantes les autres institutions du droit rural citées soient-elles, il paraît préférable de concentrer la réflexion, en vue d'une tentative de réponse cohérente et nourrie, sur le seul statut du fermage, si l'on considère le nombre de dispositions potentiellement concernées par l'ordre public (contenues dans les articles L. 411-1 à L. 418-5 du code rural et de la pêche maritime), leur ancienneté (le statut a été institué par une ordonnance n° 45-2380 du 17 octobre 1945 relatif au statut juridique du fermage), l'originalité de certaines d'entre elles, l'ampleur des réflexions doctrinales qu'elles ont suscitées et, surtout, l'importance des décisions qu'elles ont engendrées au fil du temps. Pour les mêmes raisons, l'examen de l'ordre public du statut du fermage paraît davantage s'imposer que celui des ordres publics, moins aboutis, attachés aux autres statuts locatifs.

Seront successivement abordées, pour mettre en évidence une éventuelle particularité, les finalités assignées à l'ordre public du statut du fermage et les techniques qu'il met en œuvre.

1. Finalités poursuivies

Selon une dialectique habituelle en la matière, il convient de se demander prioritairement si l'ordre public qui nous intéresse peut être qualifié d'ordre public de direction ou de protection. Instinctivement et même historiquement, on serait tenté de penser que les règles impératives du statut des baux ruraux ont été créées avant tout

pour protéger le locataire de stipulations léonines du contrat de bail, pour pérenniser son exploitation, dans la mesure où celui-ci peut être regardé à la fois comme la partie faible du contrat de bail (surtout à l'époque où le statut a été institué) et l'agent de production des denrées agricoles.

La Cour de cassation a pourtant clairement écarté la thèse de l'ordre public de protection à propos des règles du statut relatives à la fixation du fermage contenues dans les articles L. 411-11 et suivants du code rural et de la pêche maritime, règles qui pouvaient pourtant passer pour hautement protectrices du locataire.

Ces règles, dont le caractère impératif est expressément prévu par le législateur (article L. 411-14 du code rural et de la pêche maritime : « Les dispositions des articles L. 411-11 à L. 411-13 sont d'ordre public ; celles du deuxième alinéa de l'article L. 411-13 ont un caractère interprétatif »), ont été clairement créées en réaction au système de libre fixation du loyer ayant cours antérieurement, en vue d'éviter que le locataire ne soit confronté à un loyer si élevé qu'il épuise toutes les forces financières de son exploitation.

La Cour de cassation a été saisie d'un dossier dans lequel l'auteur du pourvoi – le bailleur – cherchait à faire juger que l'action de son cocontractant était irrecevable pour la raison que la nullité susceptible de sanctionner la violation de ces règles, exclusivement destinées, selon lui, à protéger le preneur, était enfermée dans le délai de cinq années à compter de la conclusion du contrat renfermant la clause illicite (comme retenant, pour la détermination du fermage, une denrée non prévue par l'arrêté préfectoral des fermages). Soit un raisonnement adossé sur la théorie de l'ordre public de protection. Elle a accueilli l'action du locataire, quoique formée bien après l'expiration de ce délai quinquennal, au motif que « les dispositions sur la fixation du fermage, qui peuvent être invoquées par toutes les parties, ne sont pas édictées dans le seul intérêt du preneur, et que l'action en nullité n'est pas soumise au délai de prescription quinquennale » (3^e Civ., 19 mai 1999, pourvoi n° 97-18.029, *Bull.* 1999, III, n° 115).

La thèse de l'ordre public de protection, telle que traditionnellement entendue, était ainsi clairement écartée (il est d'ailleurs piquant de constater qu'en refusant la qualification d'ordre public de protection du locataire, la Cour de cassation a paradoxalement procuré à celui-ci la possibilité d'exercer une action pour faire valoir ses droits...).

Doit-on en déduire *a contrario* que la Cour de cassation a retenu celle de l'ordre public de direction ? La réponse ne va pas de soi.

D'une part, même si les concepts d'ordre public de direction ou de protection sont assez souvent invoqués expressément devant elle, surtout dans les matières des statuts locatifs ou de la copropriété, par les auteurs de pourvois (voir, par exemple, 3^e Civ., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.509 ; 3^e Civ., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.690), il n'appartient pas à la Cour de cassation de décerner à telle ou telle norme une qualification imaginée par la doctrine, mais que le législateur lui-même n'emploie guère. La distinction entre « les » ordres publics n'est, pour elle, qu'un cadre de raisonnement non contraignant, lui donnant des pistes pour trancher le plus rationnellement possible, dans le silence de la loi, une question relative à une norme impérative, telle celle objet de l'arrêt qui vient d'être relaté. Il n'est, en outre, pas certain que toutes les dispositions impératives du statut du fermage doivent recevoir une qualification uniforme.

D'autre part, la doctrine contemporaine elle-même relativise et nuance la portée de la vénérable distinction. Certains auteurs font ainsi remarquer que les finalités classiquement assignées à chacun des ordres publics se recoupent, sachant que le contrôle exercé sur une catégorie de contrats en vue de la satisfaction d'un intérêt économique supérieur passe souvent par la protection de la partie réputée faible (voir notamment en ce sens, F. Terré, *in L'Ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, Rapport introductif, p. 10 : « derrière toute règle de protection, il y a une considération sociale qui dépasse la prise en compte du seul cas particulier » ; A. Posez, « La théorie des nullités : le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, p. 647) ou encore que la délimitation entre nullité relative et nullité absolue ne recoupe plus toujours, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection (R. Libchaber, « Pour la nullité absolue – même en matière de formalisme » [à propos de l'arrêt Com., 5 février 2013, pourvoi n° 12-11.720, *Bull.* 2013, IV, n° 20], *D.* 2013, p. 1113). Rapportées à l'arrêt du 19 mai 1999 précité, ces considérations pourraient donner à penser que la protection accordée par le statut du fermage au locataire vise, en réalité, à protéger son exploitation agricole et, au-dessus d'elle, à assurer le développement de l'agriculture. Pour reprendre l'exemple du dispositif de fixation du loyer, l'exploitation d'un locataire accablé par un loyer trop élevé sera moins productive et moins bien tenue.

Les développements qui suivront permettront, de troisième part, de constater que, malgré la « bilatéralité » retenue, l'ordre public du statut du fermage conserve sous certains aspects une physionomie d'ordre public de protection, si l'on considère notamment les sanctions applicables en cas de violation et l'admission d'une possible renonciation du locataire à ses droits statutaires.

Enfin, l'analyse des techniques déployées par le législateur pour organiser la défense des dispositions du statut du fermage met en évidence une certaine ambivalence de l'ordre public qui y règne au regard des règles de classification dégagées par la doctrine.

2. Techniques mises en œuvre

Premier statut locatif d'ordre public dans le temps, le statut du fermage repose sur une technique législative bien particulière à deux égards, sur la subtilité de laquelle la Cour de cassation a été assez souvent amenée à se prononcer.

a. Textes applicables

L'organisation de l'ordre public peut, en premier lieu, surprendre, étant constaté que la loi déclare expressément impératives certaines seulement des institutions du statut du fermage tout en contenant, *in fine*, une disposition qui, rédigée en des termes généraux, paraît bien commander de réputer telles toutes les institutions du statut.

Sont, par exemple, expressément déclarées d'ordre public, en des termes d'ailleurs différents selon l'époque à laquelle elles ont été posées (la formulation de l'ordre public dans les textes législatifs paraît bien être sujette à des modes : dans les dispositions originelles, on préférerait la formule finalement plus explicite pour les rédacteurs d'actes : « nonobstant toute clause ou convention contraire... » ; dans les dispositions postérieures, on parle plutôt d'« ordre public »), des institutions telles que :

- le champ d'application du statut (article L. 411-1 du code rural et de la pêche maritime) ;

- la durée minimale du bail rural (article L. 411-5 du même code);
- le droit de préemption (article L. 412-4 du même code)...

L'application du raisonnement exégétique, ajoutée à cette considération que l'ordre public, restrictif de la liberté contractuelle, ne saurait se présumer, eût pu conduire à considérer que seules devaient être regardées comme impératives les dispositions expressément désignées telles.

Mais, l'article L. 415-12 du code rural et de la pêche maritime disposant de manière générale que « toute disposition des baux, restrictive des droits stipulés par le présent titre [soit le statut du fermage] est réputée non écrite », la Cour de cassation en a tût déduit que toutes les institutions du statut étaient réputées d'ordre public, à moins que la loi n'ait expressément ménagé une place à la liberté contractuelle (et très rares sont, dans le statut des baux ruraux, les aires de liberté de la sorte, tels les articles L. 411-29 du code rural et de la pêche maritime relatif à l'exécution par le locataire de travaux excédant son obligation d'entretien : « sauf clause ou convention contraire... » ou L. 411-77 du même code relatif à l'indemnité du preneur sortant : « peut être fixée à forfait l'indemnité... »).

On peut donc véritablement parler, en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, de présomption du caractère d'ordre public des dispositions du statut du fermage fondée sur l'article L. 415-12 du code rural et de la pêche maritime (voir, en ce sens, V. Bué et C. Levecq, « Ordre public et statut du fermage : entre protection et liberté », *RD rur.* n° 369, janvier 2009, dossier 12 ; S. Crevel, « Liberté dans le statut : clauses et ordre public », *RD rur.* n° 299, janvier 2002, p. 146). Ainsi, quand bien même le législateur n'a-t-il pas pris soin d'énoncer leur caractère impératif, ont, par exemple, été déclarées telles les dispositions de l'article L. 411-34 du code rural et de la pêche maritime organisant la dévolution du bail rural pour cause de mort du locataire (3^e Civ., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-20.860, *Bull.* 2006, III, n° 162 : « Si, en application de l'article 1390 du code civil, les conventions matrimoniales conclues entre les époux sont licites et opposables à tous, le principe de la liberté des conventions matrimoniales ne peut faire obstacle au respect des dispositions d'ordre public contenues dans le statut du fermage et du métayage et notamment à celles de l'article L. 411-34 du code rural », celles, prévues à l'article L. 415-15 du code rural et de la pêche maritime, imposant aux collectivités publiques bailleuses de biens ruraux de respecter une priorité dans le choix de leur locataire (3^e Civ., 10 juin 2009, pourvoi n° 08-15.533, *Bull.* 2009, III, n° 138 : « La violation de l'obligation d'ordre public imposée au bailleur, personne morale de droit public, de réserver aux exploitants agricoles mentionnés à l'article L. 411-15 du code rural une priorité lorsqu'elle donne en location des biens ruraux est sanctionnée par la nullité du bail ») ou encore celles qui, prévues à l'article L. 415-8 du code rural et de la pêche maritime, prescrivent au bailleur d'assurer en cours de bail la permanence et la qualité des plantations (3^e Civ., 14 mai 2003, pourvoi n° 01-02.301 : « Mais attendu qu'ayant relevé que le contrat type de bail à ferme rendu applicable dans la Gironde par un arrêté du préfet en date du 16 juin 1978, pris sur l'avis de la commission consultative des baux ruraux, ne prévoyait aucune dérogation contractuelle à l'obligation pour le bailleur d'assurer la pérennité des vignes et que notamment l'article 3 du chapitre premier du contrat type relatif aux obligations du preneur prévoyait seulement de cultiver, fertiliser, ensemercer les terres, traiter, façonner, tailler, fertiliser les vignes de manière à assurer une bonne exploitation et à maintenir la productivité

potentielle du bien loué, ce qui n'incluait pas le remplacement des pieds de vigne manquants, la cour d'appel en a exactement déduit qu'en application des dispositions de l'article L. 415-12 du Code rural, les clauses des baux du 20 janvier 1986 mettant à la charge du preneur le remplacement des ceps venant à manquer ou mourir et le maintien de la permanence des plantations des vignes devaient être réputées non écrites»).

b. Spécificités de l'article L. 415-12 du code rural et de la pêche maritime

En second lieu, la rédaction même de la disposition générale, déjà citée, contenue à l'article L. 415-12 du code rural et de la pêche maritime, n'est pas ordinaire.

Que faut-il comprendre par « Toute disposition des baux, restrictive des droits stipulés par le présent titre... » ?

Partant du postulat, très largement fondé, que le statut du fermage avait été imaginé pour procurer au preneur une protection que la liberté contractuelle ne lui offrait guère, les premiers commentateurs avaient avancé que l'article L. 415-12 devait s'interpréter en ce sens que les parties au bail ne pouvaient pas, par une stipulation particulière, amoindrir les droits statutaires du locataire, mais qu'il leur était loisible, à l'inverse, de majorer les droits que le statut lui confère, soit une technique rappelant celle de l'ordre public social avec une sorte d'« effet de cliquet » contractuel.

Telle n'a pas été l'interprétation de la Cour de cassation qui, par quelques arrêts, a déclaré illicites comme contraires à l'ordre public des clauses de baux qui ménageaient au locataire un sort plus favorable que le « socle statutaire ».

Trois illustrations marquantes de cette jurisprudence peuvent être citées :

- 3^e Civ., 13 octobre 1982 : nullité de la clause ajoutant des conditions pour l'exercice par le bailleur de son droit légal (aujourd'hui prévu à l'article L. 411-31, I, 1^o du code rural et de la pêche maritime) de demander la résiliation du bail pour défaut de paiement du fermage ;
- 3^e Civ., 2 décembre 1987, pourvoi n^o 86-10.793, *Bull.* 1987, III, n^o 198 : est réputée non écrite la clause par laquelle le bailleur s'interdit de délivrer congé à son cocontractant ;
- 3^e Civ., 14 octobre 1981, pourvoi n^o 80-13.052, *Bull.* 1981, III, n^o 157 : nullité, comme « restrictive des droits du bailleur », de la clause fixant un mode de calcul de l'indemnité de sortie de ferme plus favorable au locataire que celui prévu à l'article L. 411-69 du code rural et de la pêche maritime.

Un auteur a tenté de synthétiser l'essence de l'ordre public du statut du fermage de la manière suivante : « Il n'est guère discutable qu'il ne s'agit pas d'un ordre public de protection unilatéralement établi en faveur du preneur [...]. [F]ruit d'un équilibre, [il] est un ordre public non pas de direction (car les intérêts collectifs de l'économie ne sont pas en cause, le statut serait sinon différent), mais de protection bilatérale, réciproquement intangible » (L. Lorvellec, *Droit rural*, Masson, 1987, n^o 143).

Cette position jurisprudentielle, *a priori* surprenante dans le cadre d'un statut réputé très protecteur des droits du locataire, mérite approbation si l'on veut bien admettre qu'au sein d'un contrat – le bail rural – dans lequel les droits antagonistes des parties sont imbriqués, majorer les droits légaux de l'une, c'est nécessairement minorer, « restreindre », les droits légaux de l'autre (en ce sens, S. Crevel, *op. cit.*).

Les développements qui précèdent invitent à conclure que la Cour de cassation a respecté, au fil de sa jurisprudence, la lettre mais aussi l'esprit des textes organisant de manière assez originale l'ordre public du statut du fermage. Il en ressort que le dispositif impératif en question est, pourrait-on dire, tourné vers la protection des deux parties au bail, sans pour autant pouvoir être positivement qualifié d'ordre public de direction.

B. Droit transitoire

Existe-t-il un « ordre public transitoire » distinct de l'ordre public substantiel ? Il n'est pas étonnant que le droit rural ait constitué et constitue toujours, pour la Cour de cassation, un bon « laboratoire » pour déterminer les conditions d'application dans le temps des dispositions législatives d'ordre public, considérant que les lois édictées en la matière sont aussi nombreuses que (généralement) impératives.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a été pratiquement confrontée, dans le cadre de litiges relatifs à des baux ruraux, à deux séries d'hypothèses un peu différentes. Il s'est agi pour elle, en premier lieu, de juger de l'application aux baux ruraux en cours d'une disposition modifiant le statut lui-même ; elle a dû, en second lieu, apprécier les effets d'une disposition nouvelle du contrôle des structures sur les baux ruraux en cours lors de son édicition.

1. Dispositions nouvelles modifiant le statut du fermage

En cette matière, la Cour de cassation a eu une occasion marquante d'affirmer sa position relativement au droit transitoire.

À l'origine, en 1945, le législateur n'avait pas cru opportun de préciser expressément le champ d'application du statut du fermage car il lui paraissait naturel qu'il s'appliquât aux seuls baux de biens à usage agricole tels que traditionnellement entendus. Mais, les fraudes au statut du fermage, adossées sur une qualification conventionnelle excluant celle de location (en particulier celle de « vente d'herbe »), se multipliant au fil du temps, il a finalement décidé d'assigner au statut du fermage un champ d'application plus large et, bien évidemment, impératif, aux termes de la loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole, comportant notamment une présomption de soumission au statut du fermage des ventes de fruits. Saisie de la question de savoir si cette extension du champ d'application du statut était applicable aux contrats de vente de fruits en cours, avec l'application de toutes les dispositions du statut que cela appelle, la troisième chambre civile a répondu par la négative en l'absence de disposition transitoire en ce sens dans la loi (3^e Civ., 2 juin 1982, pourvoi n° 81-10.763, *Bull.* 1982, III, n° 135 : « les dispositions de l'article 809-1, alinéa 2 nouveau, du code rural [aux termes desquelles la cession exclusive des fruits de l'exploitation, lorsqu'il appartient à l'acquéreur de les recueillir ou faire recueillir, constitue un bail rural à moins que le cédant ne démontre que le contrat n'a pas été conclu en vue d'une utilisation continue du bien] n'ont pas un caractère interprétatif »). Le caractère impératif de cette disposition était pourtant indiscutable. Le législateur a réagi en édictant dans la loi n° 84-741 du 1^{er} août 1984 relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage une disposition législative déclarant expressément applicable aux baux en cours le nouveau champ d'application (article 27). Un auteur en déduit que le caractère d'ordre public substantiel d'une disposition du statut du fermage n'implique pas qu'elle doive

s'appliquer *de plano* aux baux ruraux en cours, qu'il existe donc un « ordre public transitoire » distinct de l'« ordre public substantiel » (J. Hudault, *Droit rural. Droit de l'exploitation agricole*, Dalloz, 1987, n° 74).

Cette position jurisprudentielle s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle plus générale illustrée par plusieurs décisions de la Cour de cassation prises en d'autres matières que le statut du fermage. On peut citer à titre d'exemple les deux décisions suivantes :

- 3^e Civ., 5 octobre 1994, pourvoi n° 92-16.584, *Bull.* 1994, III, n° 165 : « Attendu que M. Y... fait grief à l'arrêt de déclarer le congé valable, alors, selon le moyen, qu'en écartant l'application des dispositions d'ordre public de l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986, modifiée sur ce point par l'article 36 de la loi du 6 juillet 1989, au profit de l'article 1736 du Code civil, motif pris de l'absence d'un contrat écrit, sans avoir d'ailleurs constaté que les bailleurs auraient justifié le congé par l'un des motifs légitimes légalement prévus, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, ledit article 57-A; Mais attendu que la cour d'appel, qui n'avait pas à constater la justification des motifs du congé, a, à bon droit, retenu que l'article 57-A de la loi du 23 décembre 1986 n'était pas applicable à une location verbale antérieure à son entrée en vigueur »;
- 1^{re} Civ., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-12.183, *Bull.* 1998, I, n° 115 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser les raisons d'une application immédiate de la loi que sa nature d'ordre public ne pouvait à elle seule justifier, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Selon un auteur : « La notion d'ordre public telle qu'elle est définie, a un sens différent de celui qu'elle a habituellement, et, compte tenu du caractère plus ou moins impérieux qu'on croit pouvoir lui reconnaître, elle ne peut pas servir de critère au rejet de la survie de la loi ancienne. Tout au plus, l'analyse que propose la doctrine prouve que, de même qu'en l'absence d'indication de la part du législateur, la survie de la loi ancienne ne peut procéder, pour l'interprète, que d'un jugement sur l'opportunité de l'application de celle-ci, de même le rejet de cette solution et le retour au principe de l'application générale de la loi nouvelle, ne peuvent procéder que d'un jugement de même nature » (L. Bach, *Rép. dr. civ.*, Dalloz, V^o Conflits de lois dans le temps, mai 2006, n° 582).

2. Dispositions nouvelles de contrôle des structures

La Cour de cassation a été également amenée à se demander dans quelle mesure une nouvelle disposition du contrôle des structures était susceptible de s'appliquer à des baux en cours sachant qu'il existe de nombreuses interactions entre ces deux législations.

Par un arrêt du 19 janvier 2011, (3^e Civ., 19 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.248, *Bull.* 2011, III, n° 7), elle a admis l'application à un bail en cours d'une nouvelle disposition du contrôle des structures (soit le régime dit « de la déclaration », introduit au II de l'article L. 331-2 du code rural et de la pêche maritime par la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole) eu égard à son « caractère d'ordre public » en jugeant que le régime de la déclaration, issu de la loi du 5 janvier 2006 et actuellement régi par le II de l'article L. 331-2 du code rural et de la pêche maritime et par l'article R. 331-7 du même code pris pour son application, est applicable, eu égard au caractère d'ordre public de la réglementation des structures, aux reprises portées par des congés qui, délivrés dans le cadre de baux en cours à la date d'entrée en vigueur de cette loi, prennent effet postérieurement.

Selon certains commentateurs (M.-O. Gain, « Le contrôle des structures et la reprise des biens loués. Aspects fondamentaux », *RD rur.* n° 369, janvier 2009, dossier 10, n° 72 ; B. Peignot, note sous 3^e Civ., 19 novembre 2003, pourvoi n° 02-15.767, *Rev. Loyers* n° 844, février 2004, p. 84), cette application immédiate du contrôle des structures, disposition transitoire ou non, était déjà en germe dans un précédent arrêt de la troisième chambre civile lu *a contrario* (3^e Civ., 19 novembre 2003, pourvoi n° 02-15.767) : « si une loi est immédiatement applicable, il n'en est pas ainsi lorsque sa mise en application est subordonnée à la publication d'un acte réglementaire ultérieur ; [...] en l'absence de publication des décrets d'application, l'article L. 331-2 du code rural, issu de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, n'était pas entré en application le 1^{er} septembre 1999, date d'effet du congé-reprise ».

Elle paraît conforme aux vues du professeur Joseph Hudault pour lequel, en droit rural (ses propos ne visent que cette matière), pour qu'une disposition s'applique aux baux ruraux en cours, en l'absence de disposition transitoire à cet effet, trois conditions doivent être cumulées : le caractère d'ordre public (substantiel) de cette disposition, « l'intérêt social supérieur de son dispositif » et « l'incompatibilité absolue entre l'ordre ancien et l'ordre nouveau (critère de *l'uniformité législative*) » (*op. cit.*, n° 75 ; voir également en ce sens V. Bué et C. Levecq, « Ordre public et statut du fermage : entre protection et liberté », *RD rur.* n° 369, janvier 2009, dossier 12).

Il est vrai que le contrôle des structures, dédié, entre autres objectifs d'intérêt général, au contrôle de la compétence des exploitants et de la taille des exploitations, paraît bien répondre à ces différents critères.

§ 4. Ordre public économique en matière sociale

En droit social, l'ordre public économique se manifeste notamment par la mise en œuvre de politiques ayant pour objet la lutte contre l'instabilité monétaire.

L'article L. 112-2 du code monétaire et financier prévoit que, « dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties ».

Ces dispositions ont pour origine l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 qui, dans son article 79, modifié par l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959, abrogeait toutes les dispositions législatives ou réglementaires tendant à l'indexation automatique des prix de biens ou de services et prohibait les clauses d'indexation dans les dispositions statutaires ou conventionnelles nouvelles.

Elles ont été prises en réaction à un arrêt de la première chambre civile du 22 juin 1957 (*Bull.* 1957, I, n° 302) qui validait une clause d'un contrat de prêt d'argent indexant le remboursement de la somme prêtée sur les variations du prix du blé.

Comme l'indique la doctrine (F. Dion et C. Thiérache, « Faut-il abroger les ordonnances de 1958 et 1959 sur les indexations ? », *D.* 1995, p. 55), « certains s'alarmèrent de l'influence [des clauses d'indexation] sur la stabilité de la monnaie. Le risque était de voir figurer des indices dans la plupart des contrats comportant un paiement différé, représentant un facteur de "fuite devant le franc", porteur d'inflation. Aussi, les

pouvoirs publics ont adopté des dispositions contenues dans l'art[icle] 79 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 déc[embre] 1958, article modifié par l'art[icle] 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 févr[ier] 1959. Cette réglementation, légitime à l'époque, est toujours en vigueur, n'ayant pas été abrogée par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} déc[embre] 1986. Elle fait de la France l'un des rares États où un ordre public économique s'oppose fondamentalement à une licéité de principe des clauses d'indexation » (§§ 4 et 5). Cette réglementation « s'insère dans un ensemble de mesures d'assainissement monétaire et financier qui tendent à diriger l'économie nationale vers le redressement de l'économie, ce qui définit l'ordre public de direction » (§ 19).

L'article L. 3231-3 du code du travail prévoit plus spécifiquement que « sont interdites, dans les conventions ou accords collectifs de travail, les clauses comportant des indexations sur le salaire minimum de croissance ou des références à ce dernier en vue de la fixation et de la révision des salaires prévus par ces conventions ou accords ».

S'appuyant sur ces textes, la chambre sociale a, aux termes d'une jurisprudence constante, annulé les clauses contractuelles ou contenues dans un accord collectif, indexant automatiquement les salaires sur l'évolution du SMIC ou des prix.

Ainsi, dans un arrêt du 7 décembre 1983 (pourvoi n° 81-41.362, *Bull.* 1983, V, n° 593), a-t-elle jugé illégal un accord d'entreprise prévoyant l'indexation des salaires sur la base de l'indice INSEE des prix au motif qu'« une telle indexation était prohibée par la loi et que toutes conventions contraires étaient nulles, peu important que l'accord qui l'avait instituée n'eût pas été dénoncé et qu'il eût été appliqué à plusieurs reprises ».

La chambre a précisé que la circonstance que l'article L. 3231-3 du code du travail mentionnait uniquement les clauses d'indexation sur le SMIC ne rendait pas licites les clauses d'indexation sur le niveau général des prix. Dans son arrêt du 13 décembre 2006 (pourvoi n° 05-44.073, *Bull.* 2006, V, n° 374), elle a jugé « qu'abstraction faite d'une référence erronée au salaire minimum de croissance, la cour d'appel a exactement décidé qu'une clause d'indexation automatique du salaire sur le taux d'inflation est illicite, conformément à l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958, modifié par l'ordonnance du 4 février 1959 et codifié à l'article L. 112-2 du code monétaire et financier ; que le moyen n'est pas fondé ».

Sont également concernées par ces interdictions les indexations résultant d'un usage (voir Soc., 27 février 1980, pourvoi n° 78-41.322, *Bull.* 1980, V, n° 197).

Section 3 – Ordre public social

Comme le définit le *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant* (publié sous la direction de G. Cornu, PUF, 8^e éd., 2007, V^o Ordre public, III), c'est une « conception particulière au Droit du travail et au Droit social : les règles de l'ordre public social sont impératives, mais elles souffrent des dérogations, à la seule condition que celles-ci soient favorables aux salariés. » L'étude de la jurisprudence en la matière montre que s'il recouvre une notion à géométrie variable (§ 1), il n'en poursuit pas moins un objectif de protection du travailleur, qu'il s'agisse de lutter contre les discriminations liées à son âge (§ 2) ou contre les atteintes portées à sa santé (§ 3).

§ 1. Notion à géométrie variable

Le droit du travail est né de l'intervention de l'État en vue de limiter les abus résultant de la liberté contractuelle dans les rapports entre les employeurs et leurs salariés. Construit en opposition aux règles du libre-échange appliquées au travail humain, il est fortement marqué par l'ordre public.

La volonté des parties est dès lors impuissante à en écarter les dispositions, à commencer par la condition première de leur application : la qualification de contrat de travail, laquelle ne dépend ni de la volonté exprimée par les intéressés ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs (Ass. plén., 4 mars 1983, pourvoi n° 81-11.647, *Bull.* 1983, Ass. plén., n° 3 ; voir également, entre autres, Soc., 17 avril 1991, pourvoi n° 88-40.121, *Bull.* 1991, V, n° 200 ; Soc., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-40.572, *Bull.* 2000, V, n° 437).

Cependant, l'ordre public qui imprègne le droit du travail est loin d'être homogène (A) même si, quelle qu'en soit la nature, la violation des règles qu'il impose est toujours sanctionnée (B).

A. Deux ou trois catégories d'ordre public ?

La plupart des règles sont d'ordre public social, d'autres, plus rares, d'ordre public absolu, d'autres enfin relèveraient d'une troisième catégorie, celle d'un ordre public conditionnel.

1. Ordre public social

À l'origine, et encore le plus souvent, les règles légales ont eu pour objet de conférer aux salariés des garanties minimales susceptibles d'être accrues par accord des parties. L'ordre public en droit du travail est donc généralement un ordre public dit social, ou relatif, ou encore de protection, laissant place à une négociation *in melius*, individuelle ou collective, au profit de la partie faible. Ainsi, l'article L. 2251-1 du code du travail dispose qu'« une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur ». Aucune disposition équivalente n'existe pour le contrat individuel de travail puisque la liberté contractuelle place dans le champ du négociable tout ce qui n'affecte pas les droits légaux du salarié ou ceux qui lui sont conférés par les conventions collectives. Il y a là un principe, dit de faveur, qualifié de « principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution » par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 29 avril 2004, décision n° 2004.494 DC, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, considérant 9) et de principe général de ce même droit par le Conseil d'État (CE., ass., 8 juillet 1994, n° 105471, publié au *Recueil Lebon*).

Cette catégorie d'ordre public n'appelle guère de développements, si ce n'est pour observer qu'elle influe sur le régime juridique de certaines nullités (voir B).

2. Ordre public absolu

L'ordre public absolu interdit tout contrat ou toute convention dérogatoire sans considération de son caractère favorable ou non pour les travailleurs ou leurs organisations

syndicales. Les règles d'ordre public absolu sont peu nombreuses dans une matière essentiellement attachée à la protection du salarié. Leur caractère absolument contraignant tient généralement à des éléments extérieurs aux relations de travail.

Des éléments proprement juridiques, d'abord. Ainsi, il n'est évidemment pas possible de modifier par convention la compétence que les agents publics tiennent de la loi ni, bien entendu, d'édicter des règles assorties de sanctions pénales (CE, avis du 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 514). En conséquence, si une convention collective peut instaurer une instance purement conventionnelle de représentation des salariés, elle ne peut pas faire bénéficier ses membres de la protection prévue pour les représentants légaux, notamment de la nécessité d'une autorisation administrative préalablement à leur licenciement. Ce n'est que si cette instance se voit investie de fonctions de même nature que les instances légales que ses membres seront protégés. Le plus souvent, la loi prévoit en effet la possibilité d'élargir le champ d'application des organes qu'elle institue de sorte que l'instance conventionnelle peut alors être regardée comme entrant dans les prévisions de la loi elle-même (voir, par exemple, Soc., 20 février 1991, pourvoi n° 89-42.288, *Bull.* 1991, V, n° 85 ; Soc., 1^{er} décembre 1993, pourvoi n° 92-40.072, *Bull.* 1993, V, n° 298 ; Soc., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-44.438, *Bull.* 2007, V, n° 174). De même, le droit du travail peut importer des règles extérieures à son champ disciplinaire. Ainsi en est-il en matière d'élection des représentants du personnel. Les règles du droit électoral sont alors importées en l'état, de sorte qu'elles conservent l'éventuel caractère d'ordre public absolu qu'elles peuvent avoir dans leur corpus d'origine.

Mais ce sont surtout des considérations d'ordre plus général et émancipées de la technique juridique qui emportent la qualification d'ordre public absolu. La prohibition de certaines clauses d'indexation des salaires, ou de monnaie étrangère dans les contrats non internationaux, relève à l'évidence de l'ordre public économique. Ce sont encore des considérations essentiellement économiques qui expliquent pour une grande part la qualification d'ordre public absolu conférée par la chambre sociale aux règles relatives à la participation obligatoire des salariés aux résultats de l'entreprise (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-10.244, *Bull.* 2007, V, n° 83). Si ce dispositif a bien pour ambition d'associer les salariés aux profits des entreprises et relève d'une conception particulière de la place des travailleurs dans une structure capitaliste, cette association passe par la constitution d'une épargne salariale orientée vers un secteur déterminé de l'économie nationale. De la même façon, si le repos hebdomadaire est un instrument de protection de la santé du salarié et se rattache en cela à des préoccupations qui inspirent bien d'autres dispositions de droit du travail, son caractère dominical relève d'une tout autre problématique.

De manière souvent mal comprise, le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise, prévu aujourd'hui par l'article L. 1224-1 du code du travail, relève également de l'ordre public absolu et non de l'ordre public social. Dès lors que les conditions légales sont remplies, le transfert des contrats s'impose en effet aux salariés (voir, par exemple, Soc., 14 décembre 2004, pourvoi n° 03-41.713, *Bull.* 2004, V, n° 331). L'objectif de la loi du 19 juillet 1928, dans laquelle le dispositif trouve son origine, était en effet de préserver la valeur des entreprises cédées et donc de les transférer en état de fonctionnement sans permettre aux salariés de compromettre l'opération par un refus de travailler sous les ordres du cessionnaire. Le texte fut d'ailleurs porté devant l'Assemblée nationale par le patronat à travers le député François de Wendel,

président du Comité des forges. Si les préoccupations sociales n'étaient pas absentes chez ce grand patron, il reste que son action était bien gouvernée par la défense des intérêts professionnels des grands industriels de la sidérurgie. À la différence des normes européennes qui se voient assigner comme finalité la protection des salariés, et ne sont donc pas contraignantes à leur égard, la dimension économique du dispositif légal est au moins aussi importante que sa dimension sociale : il est d'ordre public absolu, ce qu'autorise néanmoins la jurisprudence communautaire (voir notamment CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, *Katsikas e.a./Konstantinidis e.a.*, C-132-91 ; CJCE, arrêt du 24 janvier 2002, *Temco*, C-51/00). Certes, en raison de l'objet même du contrat de travail et de la prohibition du travail forcé, le salarié ne peut être contraint de demeurer dans une relation qu'il ne souhaite pas poursuivre ; il peut donc toujours démissionner. Mais, ce faisant, il ne fait pas échec à l'application de la loi ; il tire tout au contraire les conséquences du maintien de son contrat. Même dans l'hypothèse d'une rupture amiable, c'est bien l'accord qui mettrait fin aux relations de travail et non pas le transfert d'entreprise.

Ce n'est que plus rarement que des considérations propres au droit du travail conduisent à qualifier certaines de ses normes d'ordre public absolu. Le constat vaut en tout cas en matière de représentation syndicale. Alors que les systèmes anglo-saxons admettent en général la reconnaissance mutuelle des organisations représentatives, la représentativité des organisations syndicales est, en droit français, déterminée par des critères légaux d'ordre public absolu interdisant tout arrangement en marge de la loi. Ainsi, il ne semble guère faire de doute que ces critères ne pourraient pas être modifiés par accord quand bien même cette modification irait dans le sens d'un assouplissement et aboutirait à admettre un plus grand nombre d'organisations représentatives. C'est en effet la représentativité de ces organisations qui fonde leur capacité à conclure des conventions et des accords collectifs, lesquels peuvent imposer certaines contraintes aux salariés telles, par exemple, que l'obligation de respecter un préavis en cas de démission, voire dans certains cas, d'aménager les règles légales à leur détriment.

3. Ordre public conditionnel ?

Depuis quelques années, le législateur s'attache à donner aux entreprises de la souplesse dans la gestion du temps de travail qui, historiquement, constitue le noyau dur de l'ordre public. Pour cela, il a rendu possible, dans certaines limites et à certaines conditions, l'aménagement des règles légales par voie d'accord collectif alors même que les effets peuvent être défavorables aux salariés, notamment en termes de rémunération. Le desserrement des contraintes légales est ainsi subordonné à l'accord des organisations syndicales et s'opère au plus près des travailleurs concernés. Tout autant que la fonction normative de l'accord collectif, c'est la fonction de régulation sociale de la négociation collective qui est sollicitée.

Les règles objet de cette négociation sont parfois qualifiées de règles d'ordre public conditionnel, au sens où elles ne s'appliquent qu'à condition qu'on n'y ait pas dérogé. Mais ne pourrait-on pas tout aussi bien dire que ces normes légales ne sont plus d'ordre public puisqu'elles peuvent être écartées même dans un sens défavorable au salarié ? Le fait que cette mise à l'écart ne puisse passer que par la voie de la négociation collective – et non de la négociation individuelle (mais dans un domaine qui est celui de l'organisation collective du travail) – et soit subordonnée à certaines conditions de

fond, notamment en termes de contreparties pour les salariés, est-il un obstacle à cette déqualification ? Quoique le code du travail maintienne le principe selon lequel l'organisation et la comptabilisation des temps de travail sont fixées par la loi – l'accord collectif n'étant qu'une exception possible –, ces normes légales ne présentent-elles pas plus d'affinités avec la notion de règles supplétives qu'avec celle de règles d'ordre public dont elles formeraient une catégorie particulière ? En renforçant la légitimité des négociateurs sociaux, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a posé les bases d'un développement de ces accords tant en nombre qu'en contenu (voir, en dernier lieu, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi en ses dispositions relatives aux accords de maintien de l'emploi). Si, demain, la majorité des entreprises était couverte par de tels accords, le qualificatif de règles légales supplétives ne se substituerait-il pas à cet oxymore de règles d'ordre public conditionnel ?

B. Sanctions

La règle d'ordre public social a ceci de particulier qu'elle désigne, au moins implicitement, un bénéficiaire, en l'occurrence le salarié. Seul ce dernier peut dès lors se prévaloir de la violation de l'ordre public ; la nullité est une nullité relative. Ainsi, l'article L. 1251-40 du code du travail prévoit que lorsqu'une entreprise utilisatrice a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en méconnaissance des cas dans lesquels ce recours est autorisé, « ce salarié » peut faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission. Le changement d'employeur, de statut et de type de contrat qui en résulte ne peut dépendre que de la seule initiative du travailleur. La chambre sociale applique la même solution pour le contrat à durée déterminée conclu dans des conditions irrégulières et dont le code du travail dit qu'il est « réputé à durée indéterminée ». Alors que, dans certaines circonstances, l'employeur pourrait avoir intérêt à la requalification du contrat, il n'est pas admis à le faire (Soc., 16 juillet 1987, pourvoi n° 85-45.258, *Bull.* 1987, V, n° 481). Il en est encore de même des clauses de non-concurrence. Leurs conditions de validité, fixées par la jurisprudence, ayant pour finalité de protéger les droits du salarié, seul ce dernier peut invoquer la nullité de la clause, ce qu'il peut ne pas avoir intérêt à faire, notamment pour percevoir l'indemnité dont son application est assortie (voir, par exemple, Soc., 7 mai 1981, pourvoi n° 78-14.821, *Bull.* 1981, V, n° 387). Le choix de respecter une clause nulle n'est en outre pas irréversible et ne prive pas le salarié de la faculté d'en invoquer la nullité, ensuite, en fonction de ses opportunités d'emploi (Soc., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-42.389, *Bull.* 2010, V, n° 263).

On sait que l'ordre public absolu ayant pour finalité de protéger l'intérêt général, tout intéressé peut invoquer la nullité d'un accord qui ne le respecterait pas. En droit du travail, l'élargissement du cercle des demandeurs potentiels a permis de mettre fin à l'indexation des salaires dans le cadre d'une volonté très affirmée des pouvoirs publics de lutte contre l'inflation au début des années 1980. Cet élargissement autorise aussi le juge à relever d'office un moyen de pur droit. Ainsi, la chambre sociale a pu faire application d'office des dispositions de l'article L. 1331-2 du code du travail prohibant les sanctions pécuniaires pour annuler une clause d'un plan de stock-options prévoyant la caducité des options en cas de licenciement du bénéficiaire pour faute grave (Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 08-42.026, *Bull.* 2009, V, n° 227). Cette annulation de la

seule clause illicite dans un ensemble par ailleurs non contraire à la loi est assez fréquente. On la retrouve, par exemple, pour une clause d'un contrat de cession d'entreprise limitant la poursuite des contrats de travail à une partie du personnel seulement. La clause est alors réputée non écrite (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-14.788, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 5 ; Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 07-18.509, *Bull.* 2009, V, n° 39).

§ 2. Ordre public et discrimination liée à l'âge du travailleur

Comme le rappelle la doctrine, « depuis la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, un employeur ne peut mettre à la retraite un salarié qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans. La loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 a rendu encore plus difficile la mise à la retraite d'un salarié. Désormais, trois mois avant la date à laquelle le salarié atteint l'âge du taux plein, l'employeur doit l'interroger par écrit sur son intention de quitter volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de vieillesse [...]. En cas de réponse négative, l'employeur ne peut mettre à la retraite le salarié : il doit réitérer sa demande jusqu'au soixante-neuvième anniversaire du salarié. Au contraire, lorsque le salarié a atteint l'âge de soixante-dix ans, l'employeur peut le mettre d'office à la retraite » (B. Bossu, « Mettre un salarié à la retraite de façon précipitée peut constituer une discrimination », *JCP* éd. S n° 14, 2 avril 2013, 1147).

Ces dispositions s'inscrivent dans le cadre 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, qui interdit toute discrimination fondée notamment sur l'âge.

Cependant cette interdiction connaît un tempérament avec la notion de politique de l'emploi. Le considérant 25 de l'exposé des motifs de la directive indique en effet que « l'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. Néanmoins, des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances et appellent donc des dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres. Il est donc essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites ».

Ainsi l'article 6, § 1, de la directive dispose que « les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ».

Dans un arrêt du 16 octobre 2007 (gde chbre, Palacios de la Villa, C-411/05), la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que « l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge, telle que mise en œuvre par 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, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en

vertu de laquelle sont considérées comme valables les clauses de mise à la retraite d'office figurant dans des conventions collectives et qui exigent, comme seules conditions, que le travailleur ait atteint la limite d'âge, fixée à 65 ans par la réglementation nationale, pour l'admission à la retraite et remplisse les autres critères en matière de sécurité sociale pour avoir droit à une pension de retraite de type contributif, dès lors que ladite mesure, certes fondée sur l'âge, est objectivement et raisonnablement justifiée, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et au marché du travail, et que les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif d'intérêt général n'apparaissent pas inappropriés et non nécessaires à cet effet».

Dans la suite de cette jurisprudence, la chambre sociale a rendu plusieurs arrêts concernant des catégories particulières de personnels dont des dispositions législatives ou réglementaires prévoyaient la mise à la retraite d'office à l'âge de soixante ans, dérogeant ainsi au régime commun.

Elle a indiqué que les juges du fond devaient rechercher si, conformément à la législation de l'Union européenne, ces différences de traitement fondées sur l'âge étaient «objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires» (voir Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-43.681, *Bull.* 2010, V, n° 105 ; voir aussi Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-45.307, *Bull.* 2010, V, n° 105).

On trouve un exemple des recherches ainsi demandées aux juges du fond dans l'arrêt de la chambre sociale du 3 juillet 2012 (pourvoi n° 11-13.795, *Bull.* 2012, V, n° 205). Dans cette affaire était en cause une disposition ancienne du code de l'aviation qui prévoyait que les pilotes de ligne devaient être mis à la retraite d'office à l'âge de soixante ans. La chambre a relevé que «saisie de la compatibilité de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, tel qu'applicable à l'époque des faits, avec les dispositions de l'article 6 § 1 de la même Directive aux termes desquelles des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires, la cour d'appel, se référant aux travaux parlementaires établissant que la limitation à soixante ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public permettrait l'embauche de 130 à 150 pilotes en 1995 alors que le nombre de jeunes pilotes déjà formés et sans emploi était de 1 200, en a, peu important une erreur purement matérielle, exactement déduit que la mesure ne constituait pas un moyen approprié et nécessaire dans le cadre d'une politique de l'emploi».

Comme le relève la doctrine (S. Carré, «Variations sur l'âge du pilote», *JCP* éd. S n° 40, 2 octobre 2012, 1409), «la cour d'appel, suivie en cela par la Cour de cassation, utilise une argumentation de nature téléologique et soupèse finalement l'intérêt économique et social de dispositions juridiques».

§ 3. Ordre public et protection de la santé du travailleur

La sécurité et la santé sont, tant dans l'ordre juridique international qu'en droit interne, traitées comme des principes fondamentaux de la personne. Si le onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 précise que la protection de la santé

est garantie à tous, la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail rappelle que cette garantie est également due par l'employeur « obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail ». Pour atteindre cet objectif en droit interne, de multiples obligations sont fixées par le législateur à la charge de l'employeur, limitant son pouvoir de direction et encadrant la liberté contractuelle des parties au contrat de travail, de sorte que, posées dans l'intérêt général de la sécurité et de la santé au travail, les juges qualifient ces règles d'ordre public. S'inspirant des normes européennes, cet ordre public est néanmoins essentiellement axé sur des principes de prévention et d'évaluation des risques (A), puis sanctionné, en cas de manquements, par un régime de responsabilité aggravée de l'employeur et d'indemnisation renforcée des victimes (B), enfin il se caractérise par un large encadrement du pouvoir disciplinaire de l'employeur et de sa faculté de rompre les contrats de travail, dès lors que l'état de santé du salarié est en cause (C).

A. Prévention et évaluation des risques par la loi

Bien que titulaire d'un pouvoir de direction de son entreprise, l'employeur est soumis à de multiples interdictions et injonctions, de nature légale ou réglementaire, justifiées par la protection de la sécurité physique et de la santé mentale du salarié dont il est redevable.

La chambre sociale de la Cour de cassation rappelle que cette sécurité est en premier lieu assurée par la surveillance médicale individuelle des salariés, prévue aux articles R. 4624-10 et suivants du code du travail. En effet, tenu d'une « obligation de sécurité de résultat », l'employeur doit en assurer « l'effectivité » en veillant lui-même à l'organisation de ces visites médicales obligatoires par le médecin du travail, qu'il s'agisse de la visite d'embauche (Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 09-72.671), des visites périodiques ou des visites de reprise du travail après un arrêt pour maladie, maternité ou accident (Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.766, *Bull.* 2011, V, n° 30 ; Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, *Bull.* 2009, V, n° 147). Ces examens médicaux ont pour finalité de vérifier l'aptitude du travailleur à occuper son poste mais offrent aussi la possibilité, pour le médecin du travail, de faire toutes préconisations utiles pour la santé physique et mentale de celui-ci, telles que mutations, transformations de postes ou aménagements d'horaires. Conformément à l'article L. 4624-1 du code du travail, les mesures individuelles ainsi préconisées doivent être impérativement respectées par l'employeur, sous peine de dommages-intérêts au profit du salarié (Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.918, *Bull.* 2007, V, n° 216), voire de rupture du contrat de travail aux torts du premier (Soc., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-42.878, *Bull.* 2009, V, n° 221). De même, s'agissant du constat d'aptitude ou d'inaptitude du salarié à occuper son poste de travail, l'avis du médecin du travail s'impose (sauf recours hiérarchique ou contentieux) tant au salarié qu'à l'employeur, mais également au juge auquel il est interdit de requalifier un avis d'aptitude assorti de réserves en inaptitude au poste (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-42.674, *Bull.* 2009, V, n° 253).

Cet objectif de sécurité a justifié, en outre, que soient prises en considération toutes les atteintes à la santé mentale des travailleurs, favorisant ainsi l'éclosion de la notion de protection contre les risques psychosociaux, à l'origine de nombreux contentieux. Ces atteintes, multiformes, ont en effet donné lieu à des arrêts de principe de la Cour

de cassation aux termes desquels la responsabilité de l'employeur a été retenue pour des faits de harcèlement moral en milieu professionnel (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-45.321, *Bull.* 2009, V, n° 247) ou pour la mise en œuvre de techniques de management et d'évaluation des salariés génératrices de souffrance au travail (Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46; Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.107; Soc., 27 octobre 2010, pourvoi n° 09-42.488).

Aux interdictions des mesures d'organisation du travail ayant pour objet ou effet de compromettre la santé et la sécurité des travailleurs, sont associées également, en vertu de l'article L. 4121-1 du code du travail, des injonctions de mener de multiples actions de prévention des risques, de formation et d'information des salariés, outre de mettre en place une organisation et des moyens adaptés pour accomplir ces obligations. À ce titre, l'article L. 4121-2 du code du travail précise la méthode à l'employeur qui doit appliquer les principes généraux de prévention suivants : « 1° Éviter les risques; 2° Évaluer les risques qui peuvent être évités; 3° Combattre les risques à la source ». À cette fin, il dispose de plusieurs outils, notamment le document unique d'évaluation des risques professionnels (article R. 4121-1), la fiche d'entreprise (article D. 4624-37), le recours à des intervenants en prévention des risques professionnels et le dialogue avec le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dont la consultation est obligatoire sur tout projet important susceptible de modifier les conditions d'hygiène et de sécurité du travailleur (article L. 4612-8). La chambre sociale a, sur ce point, récemment rappelé qu'une consultation sommaire ou incomplète caractérisait un trouble manifestement illicite de nature à faire suspendre, par le juge des référés, la mesure de réorganisation prévue par l'employeur (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-21.747, *Bull.* 2013, V, n° 211). Dans ce contexte juridique, le médecin du travail devient nécessairement un interlocuteur privilégié du salarié mais aussi de l'employeur, avec un élargissement certain, depuis le décret n° 2012-135 du 30 janvier 2012 relatif à l'organisation de la médecine du travail (articles R. 4624-1 et s. du code du travail), de ses moyens d'action sur le milieu du travail.

B. Prévention et évaluation des risques par la jurisprudence

Ce dispositif légal, d'ordre public, est en outre accompagné d'un large mouvement jurisprudentiel qui a fait naître à la charge de l'employeur une obligation de sécurité, dite de résultat (Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 00-10.051, *Bull.* 2002, V, n° 81), où l'absence de faute de l'employeur ne suffit plus à l'exonérer de sa responsabilité (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-69.444, *Bull.* 2011, V, n° 168; Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-40.144, *Bull.* 2010, V, n° 30), seule la force majeure le lui permettant (Soc., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-10.570, *Bull.* 2012, V, n° 116). L'existence d'une atteinte à l'intégrité physique n'est pas davantage nécessaire, la seule exposition à un risque d'origine professionnelle suffisant à mettre en cause l'employeur lorsqu'il n'a pas fourni les mesures de protection utiles (Soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 08-70.390, *Bull.* 2010, V, n° 270; Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-21.486). Ainsi, le résultat attendu de l'obligation de sécurité s'est déplacé : au-delà de la conformité des équipements et des conditions de travail aux normes techniques et réglementaires, l'employeur doit justifier de la mise en œuvre de tous les principes de prévention érigés dans le domaine considéré. De même, la jurisprudence de la Cour de cassation a, en quelque sorte, contribué à un élargissement du champ professionnel en tant que source de droits et de protection du travailleur, en admettant que la responsabilité de l'employeur puisse être

recherchée en dehors du lieu de travail, dès lors que l'atteinte ou l'exposition au risque survient en raison ou à l'occasion de l'activité professionnelle (Soc., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-22.875, *Bull.* 2011, V, n° 287), voire recherchée en période de suspension du contrat de travail (Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 11-20.356, *Bull.* 2013, V, n° 16). Par ailleurs, l'employeur est responsable non seulement de ses propres agissements, mais également de ceux de ses collaborateurs (Soc., 1^{er} mars 2011, pourvoi n° 09-69.616, *Bull.* 2011, V, n° 53). Enfin, il peut être déclaré responsable de faits fautifs émanant de tiers à l'entreprise dès lors que ceux-ci exercent une autorité de fait ou de droit sur les salariés victimes, en vertu d'une mission qui leur a été confiée par l'employeur (Soc., 19 octobre 2011, pourvoi n° 09-68.272, *Bull.* 2011, V, n° 235) ou, à défaut, s'ils exercent des violences physiques ou mentales sur le lieu même du travail (Soc., 4 avril 2012, préc.).

Un tel régime de responsabilité se rapproche donc d'un régime de garantie des travailleurs contre les risques liés au travail ou à son environnement mais tend également à assurer une meilleure indemnisation des préjudices, en présence d'une atteinte ou d'un risque d'atteinte à la santé. Ainsi, dans certaines situations comme le non-respect par l'employeur de ses obligations liées à la surveillance médicale individuelle, la Cour de cassation dispense le salarié d'avoir à démontrer un préjudice, celui-ci étant considéré comme nécessairement caractérisé dès lors que le manquement de l'employeur est avéré (Soc., 20 février 2011, pourvoi n° 11-21.486). De même, lorsque la nullité d'un licenciement est prononcée en application des articles L. 1226-9 et L. 1226-13 du code du travail, la loi et la jurisprudence de la chambre sociale accordent au salarié non seulement un droit absolu à réintégrer son poste de travail, mais aussi, si celui-ci ne demande pas sa réintégration, un cumul entre les différentes indemnités à allouer, qu'il s'agisse tant des indemnités de rupture du contrat de travail que de l'indemnité réparant le caractère illicite du licenciement, laquelle doit être au moins égale à six mois de salaire (Soc., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-42.283, *Bull.* 2010, V, n° 216), sans écarter les salaires qui auraient dû être perçus jusqu'à la réintégration du travailleur dans l'entreprise, ni déduire ceux qui ont été perçus pendant cette période comme revenus de remplacement (Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.734, *Bull.* 2013, V, n° 136). Enfin, dans un autre domaine où le législateur a mis en place, au profit des travailleurs exposés à l'amiante, un régime particulier d'indemnisation (loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999), la chambre sociale a, dans plusieurs arrêts publiés (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-12.110, *Bull.* 2013, V, n° 201 ; pourvoi n° 12-20.912, *Bull.* 2013, V, n° 202 ; pourvoi n° 12-12.883, *Bull.* 2013, V, n° 208 ; pourvoi n° 12-20.157, *Bull.* 2013, V, n° 209 ; pourvoi n° 11-20.948, *Bull.* 2013, V, n° 212 ; Soc., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.294, *Bull.* 2012, V, n° 316), permis à cette catégorie de salariés de se prévaloir d'un « préjudice spécifique d'anxiété », lié à leur « situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, qu'[ils] se soumettent ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers ».

C. Sanctions

L'ordre public de protection de la santé et de la sécurité au travail serait inabouti si des sanctions n'étaient pas prévues pour toutes les mesures disciplinaires ou les ruptures du contrat de travail prononcées en lien avec l'état de santé du travailleur. Les interdictions et sanctions de principe sont fixées aux articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du

travail, dont il résulte qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure de discrimination directe ou indirecte, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sous peine de nullité de la disposition en cause. S'appuyant sur ces principes, la chambre sociale est amenée à invalider tout retard de carrière (Soc., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.486, *Bull.* 2010, V, n° 26) ou mesure de non-renouvellement de contrat (Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.834, *Bull.* 2011, V, n° 29) ou changement d'affectation (Soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-71.542, *Bull.* 2011, V, n° 81) en lien direct ou indirect avec l'état de santé du salarié.

Le législateur encadre également, de façon stricte, la possibilité de licencier un salarié faisant l'objet d'un arrêt de travail pour maladie professionnelle ou accident du travail : la rupture doit nécessairement être justifiée par une faute grave ou par l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à l'état de santé (Soc., 12 décembre 2012, pourvoi n° 10-26.324, *Bull.* 2012, V, n° 334). Dans le même esprit, la chambre sociale contrôle étroitement les ruptures du contrat de travail fondées sur l'absence prolongée du salarié nécessitant son remplacement définitif. Si ce mode de rupture est autorisé, les juges doivent cependant vérifier scrupuleusement que le licenciement est motivé, non sur l'état de santé du salarié, mais sur le trouble objectif causé à l'entreprise par l'absence prolongée de celui-ci, d'une part, et sur le caractère nécessaire et définitif de son remplacement, d'autre part (Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 10-26.502, *Bull.* 2012, V, n° 21 ; Ass. plén., 22 avril 2011, pourvoi n° 09-43.334, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 3). La haute juridiction rappelle, à ce titre, que si l'absence prolongée est imputable aux propres manquements de l'employeur à son obligation de sécurité, elle ne peut donner de cause réelle et sérieuse au licenciement (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-22.082, *Bull.* 2013, V, n° 71).

Enfin, une protection renforcée de l'emploi est accordée au salarié qui a été déclaré inapte à son poste pour des raisons médicales, son licenciement ne pouvant intervenir qu'au terme d'une procédure très encadrée (articles L. 1226-2 et s. et L. 1226-10 et s. du code du travail) et l'employeur devant justifier de l'impossibilité de remplir son obligation légale de reclassement du salarié, laquelle est rigoureusement vérifiée par la Cour de cassation. La jurisprudence constante de la chambre sociale précise en effet que l'avis d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise, délivré par le médecin du travail, ne dispense nullement l'employeur, quelle que soit la position prise alors par le salarié, de rechercher des possibilités de reclassement, par la mise en œuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient (Soc., 10 mars 2004, pourvoi n° 03-42.744, *Bull.* 2004, V, n° 84). C'est, par ailleurs, le caractère d'ordre public de ces dispositions protectrices du salarié déclaré inapte qui permet à la chambre sociale de dire que celui-ci ne peut renoncer à s'en prévaloir (Soc., 29 juin 1999, pourvoi n° 96-44.160, *Bull.* 1999, V, n° 304) et que toute convention conclue ayant pour objet ou effet d'éluder le régime de l'inaptitude est nulle. La haute juridiction va même jusqu'à préciser que peu importe que l'inaptitude du salarié ne soit pas encore définitivement acquise ; dès lors qu'elle a été constatée par le médecin du travail à l'occasion d'une première visite médicale de reprise, le régime de l'inaptitude est ouvert et exclut tout licenciement pour motif économique (Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 10-24.218) ou pour absence prolongée (Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-17.913, *Bull.* 2012, V, n° 320).

En conclusion, qu'il s'agisse de garantir la sécurité ou de prévenir les risques, la santé au travail est au cœur d'un ordre public complexe, de direction ou de protection, qui justifie en tout état de cause, quelle que soit sa nature, un changement de paradigme dans les relations contractuelles du travail, le passage d'une culture de la conformité à une culture de la prévention.

Section 4 – Ordre public et sécurité sociale

Comme l'écrit le professeur Yves Saint-Jours (*in Dictionnaire de la justice*, sous la direction de L. Cadiet, PUF, 2004, V° Sécurité sociale), «la Sécurité sociale présente cette originalité d'être, à la fois, conçue comme une institution de justice sociale et codifiée comme un droit protecteur de la personne humaine». Rien d'étonnant alors à ce que cette discipline recèle nombre de règles d'ordre public. C'est le cas, d'une part, du principe de territorialité (§ 1), d'autre part, des règles relatives aux cotisations sociales (§ 2).

§ 1. Principe de territorialité

Que leur champ d'application procède, principalement ou exclusivement, sur le critère de la résidence ou bien sur celui de l'exercice d'une activité professionnelle, l'aménagement des systèmes de sécurité sociale repose sur le principe de la *territorialité*, qui conduit à en étendre les effets à ceux qui résident ou qui exercent une activité sur le territoire national. S'il ne revêt pas le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle (Cons. const., 23 janvier 1987, décision n° 86-225 DC (considérant n° 14), *Dr. soc.* 1987, p. 345, note X. Prétot; *Rev. adm.* 1987, p. 139, note M. de Villiers; *RD publ.* 1989, p. 399, chron. L. Favoreu), le principe de territorialité n'en imprime pas moins une marque toute particulière à l'organisation du système français de sécurité sociale. On ajoutera qu'il n'est pas incompatible *a priori* avec les exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (2^e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-18.598 [2^e moyen], *Bull.* 2011, II, n° 100; *JCP éd. S* n° 24, 14 juin 2011, 1290, note D. Asquinazi-Bailleur).

Conformément aux principes directeurs du droit international privé, le principe de territorialité se rapporte exclusivement à la détermination du champ d'application *ratione loci* de la règle de droit, laquelle ne saurait normalement étendre ses effets qu'aux situations qui naissent et se développent sur le territoire national. De même, règle d'ordre public par excellence, la règle de droit de la sécurité sociale s'applique exclusivement et obligatoirement aux situations nées sur le territoire national sans que les intéressés puissent prétendre échapper à son emprise et revendiquer l'application des règles d'un autre État ou, à l'inverse, en réclamer le bénéfice alors qu'ils n'en relèvent pas territorialement parlant. En d'autres termes, il n'y a pas place, au sens étroit du terme, pour la méthode du conflit de lois dans le domaine de la sécurité sociale, qui ressortit, pour l'essentiel, à la catégorie des lois de police au sens du droit international privé.

La Cour de cassation tient fermement la main à l'application du principe de territorialité en matière de sécurité sociale. Ainsi une personne qui a fixé, à l'issue de son service national, sa résidence sur le sol de la Confédération helvétique ne saurait revendiquer son assujettissement au régime général, ni revendiquer le bénéfice des prestations de l'assurance maladie (Soc., 8 octobre 1998, pourvoi n° 96-21.606, *Bull.* 1998, V, n° 417). Le séjour à l'étranger conduit également, sauf exception, à la privation du bénéfice

des prestations de la sécurité sociale (2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.558; 2^e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-18.598 [1^{er} moyen], préc.; 2^e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-12.140, *Bull.* 2011, II, n° 138). Le principe peut être écarté, il est vrai, par la loi; ainsi la validation, au titre de l'assurance vieillesse du régime général prévue au bénéfice de certaines catégories de militaires pour des périodes d'activité donnant lieu à assujettissement au régime spécial des pensions civiles et militaires de l'État sans leur permettre d'acquérir des droits à pension de ce chef, est ouverte quel que soit le lieu où les intéressés ont accompli leur activité (2^e Civ., 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-30.658, *Bull.* 2003, II, n° 270; 2^e Civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.600, *Bull.* 2012, II, n° 139). Les dérogations en la matière sont toutefois d'interprétation stricte, la formule s'appliquant au premier chef au régime du détachement qui permet à un travailleur relevant du système français de demeurer affilié à celui-ci lorsqu'il est détaché dans un autre État pour une période déterminée (Soc., 9 juillet 1992, pourvoi n° 89-21.904, *Bull.* 1992, V, n° 463; *D.* 1993, p. 270, obs. X. Prétot; 2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.558, préc.).

L'application des règles internes du droit de la sécurité sociale peut être écartée, conformément à l'article 55 de la Constitution, par la mise en œuvre d'une convention internationale, bilatérale ou multilatérale, ou par les règles du droit de l'Union européenne et, au premier chef, les règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale. La formule revient, au demeurant, à substituer à une règle d'ordre public une règle de même nature, les règles internationales et européennes s'imposant, dans leur champ d'application propre, avec la même force que la règle interne. La Cour de cassation procède d'ailleurs à une interprétation et à une application strictes des instruments internationaux, bilatéraux ou multilatéraux (pour des exemples récents, voir 2^e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-13.535; 2^e Civ., 20 janvier 2012, pourvoi n° 10-26.371; 2^e Civ., 30 mai 2013, pourvoi n° 12-18.806). Il en va de même, compte étant tenu au reste de la jurisprudence en la matière de la Cour de justice de l'Union européenne, des dispositions des règlements européens en matière de coordination (pour des exemples récents, voir 2^e Civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-21.596, *Bull.* 2007, II, n° 90; 2^e Civ., 16 décembre 2011, pourvoi n° 10-26.878, *Bull.* 2011, II, n° 232).

§ 2. Règles relatives aux cotisations sociales

L'ordre public imprègne les règles relatives à l'assiette (A) et au recouvrement des cotisations sociales (B).

A. Assiette

Les taux de cotisations s'imposent tant à l'égard de l'employeur, tenu de régler ses charges sociales, qu'à l'égard du salarié.

Si les cotisations du régime général sont assises sur l'ensemble du revenu que l'assuré tire de son activité professionnelle, elles comprennent cependant deux bornes, fixées par les pouvoirs publics. En premier lieu, l'assiette des cotisations ne peut être en principe inférieure au montant du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), augmenté du montant des indemnités, primes et majorations s'ajoutant à celui-ci en vertu d'une disposition législative ou réglementaire (article R. 242-1, alinéa 6, du code de la sécurité sociale). En second lieu, cette même assiette ne peut,

pour les cotisations afférentes à certains risques, être supérieure au plafond des cotisations (article L. 241-3 du même code).

Par ailleurs, à l'instar des règles d'assiette et de recouvrement, les mesures d'exonération, d'abattement ou de réduction, qui font toujours l'objet d'une interprétation stricte en jurisprudence, présentent un fort caractère d'ordre public. Il en résulte en particulier que leur modification est d'application immédiate, de sorte que l'employeur ne peut jamais utilement se prévaloir de droits acquis résultant d'une réglementation antérieure qui lui serait plus favorable (CE, 3 mars 1995, nos 159029, 159150).

B. Recouvrement

À l'instar des règles qui en déterminent l'assiette, celles qui s'appliquent au recouvrement des cotisations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole sont également d'ordre public. En effet, la dette de cotisation sociale est soumise à des règles impératives, souvent dérogoires au droit commun.

Dans les régimes de salariés, la qualité d'employeur, qui emporte pour ce dernier obligation de payer les cotisations demeurant à sa charge ainsi que la part supportée par le salarié, est d'ordre public, de sorte qu'est indifférente l'intention affichée des parties (Soc., 5 juin 1975, pourvoi n° 73-14.863, *Bull.* 1975, V, n° 314). Il n'en demeure pas moins que la détermination de cette qualité est une question de fait, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc., 23 mai 1991, pourvoi n° 89-12.855, *Bull.* 1991, V, n° 257).

Autre illustration du caractère d'ordre public de la dette de cotisation sociale, la contribution propre de l'employeur demeure en principe à sa charge exclusive, toute convention contraire étant nulle de plein droit (X. Prétot, *Les Grands Arrêts du droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2^e éd., 1998, p. 206). Toutefois, il est possible pour l'employeur de prendre en considération le montant des cotisations sociales dans la détermination de la rémunération du salarié, notamment lorsque ce dernier est rémunéré en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise (Soc., 10 décembre 1981, pourvoi n° 79-42.490, *Bull.* 1981, V, n° 958; Soc., 10 novembre 1993, pourvoi n° 89-44.063, *Bull.* 1993, V, n° 263).

Conséquence du caractère impératif de la législation de sécurité sociale, les juridictions du contentieux général ne peuvent, sauf cas de force majeure, accorder aux redevables de cotisations des délais de paiement pour se libérer de leur dette sur le fondement des dispositions de l'article 1244-1 du code civil (Soc., 21 avril 1977, pourvoi n° 76-10.193, *Bull.* 1977, V, n° 266; Soc., 4 novembre 1982, pourvoi n° 81-16.304, *Bull.* 1982, V, n° 600; Soc., 11 mars 1987, *D.* 1988, somm. 32, obs. X. Prétot; Soc., 3 mars 1994, pourvoi n° 90-15.524, *Bull.* 1994, V, n° 79; Soc., 10 octobre 1996, pourvoi n° 94-20.887). Toutefois, après signification d'un acte de saisie, le juge de l'exécution peut, même en matière de sécurité sociale, accorder un délai de grâce sur le fondement de l'article 1244-1 du code civil, en application de l'article 8 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (Soc., 19 juillet 2001, pourvoi n° 00-12.917, *Bull.* 2001, V, n° 284; *JCP* éd. G n° 25, 19 juin 2002, II, 10098, note A. Bugada). Mais ce texte ne peut être invoqué que si la demande de délai de paiement ne se rattache que pour partie à des

mesures d'exécution forcée, sans délivrance d'aucun commandement (2^e Civ., 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-30.437, *Bull.* 2003, II, n° 272, *D.* 2003, somm., p. 2865, note X. Prétot).

Le caractère d'ordre public de ces règles a permis de doter les organismes de recouvrement de prérogatives de puissance publique, leur permettant de procéder, au besoin d'office, au recouvrement de ces cotisations. Ainsi, les inspecteurs du recouvrement des URSSAF disposent d'un certain nombre de pouvoirs exorbitants du droit commun (article R. 243-59 du code de la sécurité sociale). Après la délivrance d'un avis de contrôle préalable – sauf en matière de travail dissimulé – débutent les opérations de contrôle proprement dites. Les employeurs et travailleurs indépendants sont alors tenus de présenter aux inspecteurs chargés du recouvrement, en application des dispositions de l'article R. 243-7 du code de la sécurité sociale, tous documents et de permettre l'accès à tous supports d'information qui leur seront demandés comme nécessaires à l'exercice de leur contrôle (article R. 243-59, alinéa 3). Ces inspecteurs sont habilités, en application des dispositions de l'article R. 243-7 du même code, à dresser des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire (2^e Civ., 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-16.861).

Le fait pour l'employeur ou le travailleur indépendant de faire obstacle à l'accomplissement des fonctions de ces agents, « quel que soit leur cadre d'action », constitue le délit d'obstacle au contrôle, puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende (article L. 243-12-1 du code de la sécurité sociale). En pareil cas, l'inspecteur du recouvrement peut également recourir à la procédure de taxation forfaitaire (article R. 242-5, alinéa 1^{er}, du code de la sécurité sociale). Par ailleurs, les dispositions du code pénal qui prévoient et répriment les actes de résistance, les outrages et les violences contre les officiers de police judiciaire sont applicables à ceux qui se rendent coupables de faits de même nature à l'égard des agents de contrôle (article L. 243-12-3 du code de la sécurité sociale).

En pratique, si les agents chargés du contrôle opèrent le plus souvent sur place, au siège de l'entreprise contrôlée (article R. 243-59 du code de la sécurité sociale), notamment en se faisant communiquer tout support d'information nécessaire à l'exercice du contrôle et en interrogeant toute personne rémunérée, ils peuvent également, de façon plus novatrice, recourir à des méthodes de vérification par échantillonnage et extrapolation (article R. 243-59-2 du code de la sécurité sociale).

En retour des larges pouvoirs d'investigation qui leur sont accordés, ces agents doivent toutefois respecter des garanties fondamentales de procédure en vue d'assurer la protection des cotisants (F. Taquet, « Pouvoirs des agents de l'URSSAF et garanties des cotisants », *JCP* éd. E n° 16, 16 avril 1992, 140 ; F. Taquet, « Le contrôle URSSAF ou l'insuffisante protection des cotisants », *Dr. soc.* 1993, p. 565 ; D. Nachin, « L'évolution du contrôle des cotisants par l'URSSAF », *Dr. soc.* 1993, p. 571 ; R. Salomon, *La Fraude pénale en droit de la sécurité sociale*, Economica, 2013, n° 407 et s.).

Enfin, dans la mesure où les majorations de retard sont dues de plein droit par le cotisant, elles ne peuvent pas être assimilées à des dommages-intérêts, de sorte qu'elles ne peuvent être augmentées ou modérées par le juge en application des dispositions de l'article 1152 du code civil relatives à la clause pénale (Soc., 25 avril 1979, pourvoi n° 77-14.644, *Bull.* 1979, V, n° 340 ; Soc., 10 novembre 1981, pourvoi n° 80-16.975, *Bull.* 1981, V, n° 891 ; Soc., 2 juin 1994, pourvoi n° 91-11.493, *Bull.* 1994, V, n° 187).

Section 5 – Ordre public et environnement

Le droit pénal de l'environnement est, depuis une douzaine d'années, un chapitre particulier de l'œuvre jurisprudentielle de la chambre criminelle. La mise en ordre de ce droit par la promulgation d'un code a été l'indispensable instrument intellectuel de ce travail. La sensibilité, globalement grandissante, des citoyens et des élus de la Nation à ces considérations, a été le vecteur moral de cette approche, la Cour de cassation ne perdant jamais de vue qu'elle juge au nom du Peuple français. C'est ce que montre la mise en œuvre des dispositions intéressant tant le droit matériel de l'environnement (§ 1) que la défense des intérêts civils des victimes d'atteintes environnementales (§ 2).

§ 1. Règles de droit matériel

Le concours des règles du code de l'environnement, complexes mais généralement précises et claires (sur cette appréciation, voir, par exemple, Crim., 25 juillet 2012, QPC n° 12-90.038), avec d'autres textes, de valeur égale ou supérieure dans la hiérarchie des normes, constitue un risque potentiel pour la bonne connaissance et la bonne application de ce code. Il en est ainsi avec le texte très général qu'est la Charte de l'environnement (A), mais aussi avec le code pénal lui-même (B), avec le principe de valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie (C), avec les traditions ou les règles de compétence répressives internationales (D), avec des polices d'occupation de l'espace (E). La répression légitime des atteintes à l'environnement n'est jamais perdue de vue par la chambre criminelle, qui use par ailleurs de l'autonomie du droit pénal pour définir les objets de la législation spéciale (F).

A. Charte de l'environnement

La question s'est rapidement posée à la chambre criminelle de déterminer, quant au droit pénal, la place de la Charte de l'environnement, issue de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, dans le droit pénal spécial. Des « faucheurs volontaires d'OGM » l'ayant invoquée à titre de fait justificatif du délit de destruction de biens appartenant à autrui, avec d'autres textes supralégaux, la chambre (Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-80.108) n'a pas manqué de préciser que la Charte ne pouvait justifier un acte délictueux : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, poursuivis pour avoir volontairement détruit des plantations de maïs génétiquement modifié, les prévenus ont invoqué l'état de nécessité, cause d'irresponsabilité prévue par l'article 122-7 du code pénal, arguant de ce que les poursuites dirigées contre eux étaient contraires, notamment, aux articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 1^{er} du Protocole additionnel à ladite Convention, ainsi qu'au principe de précaution, affirmé, à l'époque des faits, par le seul droit communautaire ; Attendu que, pour écarter l'argumentation des prévenus et retenir leur culpabilité, la cour d'appel prononce par les motifs reproduits au moyen ; Attendu qu'en statuant ainsi, les juges ont justifié leur décision dès lors qu'au surplus, la Charte de l'Environnement ne saurait être invoquée, en l'espèce, pour fonder l'existence d'un état de nécessité » (voir aussi, Crim., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-86.628 ; Crim., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-81.529). Des personnes poursuivies pour vol n'ont pas été davantage admises à se prévaloir de la Charte (Crim., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-86.394). La question a été posée, cette fois par des victimes, dans l'affaire dite « Naufrage de l'*Erika* » (Crim., 25 septembre 2012, pourvoi

n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198), mais le rejet des pourvois des prévenus n'a pas donné l'occasion à la chambre criminelle de viser la Charte avant d'en faire une base de son raisonnement.

B. Code pénal et code de l'environnement

C'est aussi entre ces deux codes que le conflit a pu être imaginé par les prévenus tant dans la détermination des personnes punissables qu'en matière d'élément moral ou encore de causes d'irresponsabilité pénale.

1. Personnes punissables

En droit interne, le droit commun a été largement utilisé par la chambre criminelle pour défendre les poursuites légalement justifiées, c'est-à-dire écarter les prétentions démesurées des parties civiles. Elle a ainsi jugé que ni l'article 131-2, 6°, du code des communes [devenu l'article L. 2212-2, 5°, du code général des collectivités territoriales (CGCT)], ni le décret n° 74-415 du 13 mai 1974 modifié, relatif au contrôle des émissions polluantes dans l'atmosphère et à certaines utilisations de l'énergie thermique, ne mettant à la charge du maire ou du préfet une obligation particulière de sécurité au sens de l'article 223-1 du code pénal, c'est à bon droit que la chambre d'accusation confirme l'ordonnance de refus d'informer rendue sur une plainte avec constitution de partie civile reprochant au maire et au préfet de police de Paris d'avoir exposé directement les personnes à un risque immédiat de mort ou de blessures en ne prenant pas de mesures suffisamment efficaces pour pallier les effets de la pollution atmosphérique (Crim., 25 juin 1996, pourvoi n° 95-86.205, *Bull. crim.* 1996, n° 274); elle a retenu au contraire dans les rets de la répression un maître d'ouvrage ayant, en commandant des travaux de creusement et défrichement, détruit et altéré le milieu particulier à une espèce animale et à une espèce végétale protégées (Crim., 27 juin 2006, pourvoi n° 05-84.090, *Bull. crim.* 2006, n° 199).

2. Élément moral de l'infraction

Ce sont d'identiques considérations de rattachement au droit commun, nonobstant les prétentions des prévenus à une spécificité du droit de l'environnement, qui ont conduit à définir l'élément moral de la plupart des infractions comme la simple violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire, équipollente à l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du code pénal (Crim., 11 janvier 2005, pourvoi n° 04-82.716; Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 07-81.505; Crim., 24 janvier 2012, pourvoi n° 11-84.521, sur l'élément intentionnel consistant en une « inertie persistante »). Il n'est qu'en matière de déchets que le délit prévu à l'article 25 de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux (article abrogé par l'ordonnance n° 2000-914, du 18 septembre 2000, devenu l'article L. 541-48 du code de l'environnement, renvoyant à l'article L. 541-46) présente le caractère d'une infraction intentionnelle (Crim., 12 janvier 1994, pourvoi n° 92-86.511); encore, en pareil cas, se peut-il qu'une infraction à la police des installations classées soit retenue pour les mêmes faits : alors, la seule violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du code pénal, quand bien même la personne en cause n'a jamais pensé à mal lorsque ses

employés polluaient les terrains et que, pendant le temps qu'elle a exploité la société, elle n'a jamais fait recycler les déchets, ignorant que l'on pouvait recycler les déchets stériles, qui pour elle devaient être mis à la décharge (Crim., 9 septembre 2003, pourvoi n° 02-84.133). Il en irait de même si un délit douanier était retenu (Crim., 1^{er} mars 2000, pourvoi n° 98-86.464).

3. Causes d'irresponsabilité

Elles seront, à l'instar de l'élément moral, traitées selon le droit commun. Ainsi, s'agissant des délégations de responsabilité, est inopérante pour prétendre échapper à sa responsabilité pénale la délégation de pouvoir aux termes de laquelle est confiée la totalité de la gestion des aspects techniques et sociaux du fonctionnement d'une unité de polymétallurgie et de traitement de déchets dès lors que le prévenu a personnellement participé, en coaction avec le directeur de l'établissement, à l'abandon et à l'enfouissement irrégulier des déchets (Crim., 3 avril 2001, pourvoi n° 00-84.190, à rapprocher, sur la même question, de Crim., 4 juin 2013, pourvoi n° 12-85.174).

S'agissant des – rares – actes administratifs exonérateurs de poursuite pénale, il n'y a pas lieu à suivre du chef de mise sur le marché de produit phytosanitaire sans autorisation dès lors que le produit en cause bénéficiait, au cours de la période visée par la prévention, d'autorisations de mise sur le marché (AMM) et que, en l'absence de fraude dans l'obtention de ces AMM, leur illégalité éventuelle ne pouvait être assimilée à leur absence, seule incriminée par l'article L. 213-17, devenu L. 213-15 du code rural et de la pêche maritime (Crim., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-81.353). Jugé, encore, que l'arrêté préfectoral fixant à l'intéressé un délai de régularisation ne peut avoir pour effet de faire disparaître l'infraction constatée antérieurement, puisque la qualification pénale des faits s'opère au jour de leur commission (voir sur ce point, Crim., 18 juin 1997, pourvoi n° 96-83.344); il en résulte que le juge répressif n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à la décision de la juridiction administrative sur la légalité de cet arrêté (Crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 00-81.409). De même, le restaurateur qui organise un service de navettes pour le convoyage en motoneiges des clients vers les restaurants d'altitude, conformément à l'autorisation prévue par un arrêté municipal, ne peut croire sérieusement en l'efficacité d'une telle autorisation. Il est impossible de dissocier les fins recherchées par les professionnels des loisirs de celles poursuivies par leurs clients. L'interdiction à des fins de loisirs vise aussi bien les premiers que les seconds (Crim., 23 novembre 1999, pourvoi n° 98-88.010).

S'agissant de l'erreur de droit, souvent plaidée dans cette matière complexe, elle n'est pas accueillie autrement ici qu'en droit commun (voir Crim., 20 mars 2012, pourvoi n° 11-84.114).

C. Code de l'environnement et liberté du commerce et de l'industrie

La confrontation est également forte entre le code de l'environnement et cette liberté. L'activité commerciale ou touristique greffée sur d'authentiques atteintes à l'environnement peut ainsi donner lieu à des poursuites qui traduisent un « ordre public environnemental » d'essence supérieure. Si l'usage de motoneiges, quand il consiste dans le ravitaillement d'un établissement destiné à nourrir et héberger les touristes présente, à l'égard de l'exploitant d'un hôtel-restaurant d'altitude, un caractère professionnel et

est par suite licite (Crim., 3 avril 2001, pourvoi n° 00-85.546, *Bull. crim.* 2001, n° 90), en revanche sont coupables d'utilisation à des fins de loisirs d'engins motorisés conçus pour la progression sur neige les prévenus que des gardes ont vu circuler sur une piste damée, et qui ont reconnu être allés rendre visite à un ami dans un restaurant d'altitude (Crim., 16 mai 2006, pourvoi n° 05-86.605). Jugé de même que constitue une activité commerciale illicite, et caractérise une intervention artificielle susceptible d'altérer le milieu naturel qu'un parc national a pour mission de protéger, toute activité non autorisée de vente au public pratiquée sur le territoire de ce parc de biens ou de services, quels que soient la profession de la personne qui l'exerce, l'origine des biens ou des services vendus, l'importance du profit réalisé et le caractère occasionnel ou non de cette activité (Crim., 6 décembre 1995, pourvoi n° 94-85.719, *Bull. crim.* 1995, n° 371 : application en l'espèce à la vente de fromages et de pâtisseries). La publicité, élément de la liberté du commerce, ne justifie pas non plus les atteintes à l'environnement : constitue le délit d'affichage publicitaire illicite le fait d'avoir fait stationner ou séjourner des véhicules terrestres, utilisés ou équipés aux fins essentiellement de servir de support à la publicité, en des lieux où celle-ci était visible d'une voie ouverte à la circulation publique, de faire circuler lesdits véhicules à une vitesse anormalement réduite, en convoi de deux ou plusieurs véhicules dans les lieux interdits à la publicité ou alors qu'ils comportaient une surface totale publicitaire supérieure à seize mètres carrés (Crim., 3 mai 1989, pourvoi n° 88-85.591 ; Crim., 30 janvier 1992, pourvoi n° 90-86.731). De même, s'il est établi que, pour la préparation d'une randonnée en véhicules tout-terrain, une publicité a été diffusée avec photographies montrant des véhicules en infraction aux dispositions du code de l'environnement, peu important que ces photographies aient été prises en France ou ailleurs et montrent éventuellement des véhicules appartenant ou non aux propriétaires des terrains sur lesquels ils circulent, le jugement qui a renvoyé le prévenu des fins de la poursuite de ce chef doit être réformé (Crim., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-83.820). Quant au commerce alimentaire, il doit également se soumettre : la condamnation de l'importateur d'une mousse de bécasse fabriquée en Belgique et, en qualité de complice, du restaurateur qui proposait ce produit à sa clientèle, n'est nullement en contradiction avec la réglementation européenne relative à la protection de la nature, particulièrement avec la directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages ; elle ne méconnaît pas davantage les dispositions du Traité de Rome, dont l'article 36 prévoit que la liberté de circulation des marchandises ne fait pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, dans la mesure où ces interdictions ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres (Crim., 2 décembre 1992, pourvoi n° 91-86.145, *Bull. crim.* 1992, n° 401).

D. Règles de compétence répressive internationale

Ces règles, dont l'assise est constituée par les articles 113-6 à 113-13 du code pénal, sont le champ d'une opposition frontale entre un droit national de l'environnement plutôt « avancé » et des pratiques ou même des règles transfrontalières qui peuvent constituer ou au moins favoriser des atteintes à l'environnement, principalement marin, ou priver les victimes d'indemnisation. La chambre criminelle n'hésite plus à faire prévaloir un véritable ordre public environnemental sur certaines traditions du droit international.

Ainsi, sur la compétence, la chambre criminelle demeure indéfectiblement attachée à la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des organes et entités qui constituent l'émanation des États étrangers (voir, au profit de la Malta Maritime Authority, dans l'affaire du naufrage du navire *Erika*, Crim., 23 novembre 2004, pourvoi n° 04-84.265, *Bull. crim.* 2004, n° 292), et elle applique scrupuleusement la priorité de l'État du pavillon (Crim., 5 mai 2009, [2 arrêts] pourvoi n° 07-87.362, *Bull. crim.* 2009, n° 85 et pourvoi n° 07-87.931, *Bull. crim.* 2009, n° 85). En revanche, la chambre criminelle a estimé, à propos de l'affaire du naufrage de l'*Erika* (Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198), que les dispositions de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, et celles de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (dite Convention MARPOL), conclue à Londres le 2 novembre 1973, justifient l'exercice par la France de sa compétence normative et exécutive, y compris juridictionnelle, pour sanctionner un rejet involontaire d'hydrocarbures par un navire dans sa zone économique exclusive entraînant un dommage grave dans sa mer territoriale et sur son littoral. Ces dispositions, qui permettent de sanctionner les personnes à l'origine d'une telle pollution, sont déclarées compatibles avec l'article 8 de la loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires qui sanctionnait de tels agissements en droit interne français à la date des faits visés par les poursuites.

Sur les faits répréhensibles, la chambre criminelle interprète la Convention MARPOL de manière à dépasser les arguties techniques manifestement sans rapport avec le sens de ce texte (voir, sur la règle 9 de l'annexe I de la Convention MARPOL, modifiée : l'interdiction du rejet à la mer tient à la teneur des effluents en hydrocarbures et non à leur provenance, qu'il s'agisse de la salle des machines ou de la soute, Crim., 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-86.580, *Bull. crim.* 2007, n° 10), ou d'écarter les faits prétendument justificatifs (voir, sur la « témérité » au sens de la règle 11 de l'annexe I précitée, Crim., 4 avril 2006, pourvoi n° 05-84.721, *Bull. crim.* 2006, n° 102 ; acceptant la justification dite d'avarie, Crim., 13 novembre 2007, pourvoi n° 07-81.904, *Bull. crim.* 2007, n° 274). Enfin, elle s'attache à rappeler le principe de liberté de la preuve pénale, y compris contre des contrevenants étrangers (Crim., 13 mars 2007, pourvoi n° 06-80.922, *Bull. crim.* 2007, n° 80).

De même, s'agissant des personnes responsables, la chambre criminelle conserve leur pleine responsabilité aux capitaines, dans une interprétation rigoureuse des articles L. 218-10 et L. 218-21 du code de l'environnement (Crim., 18 mars 2008, pourvoi n° 07-84.030). Avec l'affaire du naufrage de l'*Erika*, l'occasion a été donnée à la chambre de poser en règle, aux dépens de la société Total, relaxée par les juges du fond, que lorsque des poursuites ont été engagées par l'État côtier en vue de réprimer une infraction aux lois et règlements visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires, commise au-delà de sa mer territoriale par un navire étranger, la compétence de cet État est acquise lorsqu'elle porte sur un cas de dommage grave (Crim., 25 septembre 2012, préc.). Le même arrêt a également admis que la responsabilité civile de la société Total fût engagée en tant qu'affrèteur, dès lors qu'elle a commis une faute de témérité à l'occasion du contrôle du navire et que son représentant avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution. Enfin, il a été jugé, toujours dans ce même arrêt, que les particularismes du régime international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures organisé par la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à

la pollution par les hydrocarbures, faite le 29 novembre 1969, et la Convention internationale portant création d'un fonds d'indemnisation pour dommages pollution par les hydrocarbures, faite à Bruxelles le 18 décembre 1971 instituant le FIPOL, modifiées par deux protocoles faits à Londres le 27 novembre 1992, ne s'opposent pas à ce que tous les intervenants à l'acte de transport, poursuivis devant la juridiction répressive française pour délit de pollution involontaire, puissent voir leur responsabilité civile recherchée sur le fondement de ce régime devant cette juridiction dès lors qu'ils ont commis une faute de témérité qui les prive du bénéfice de la canalisation prévue par la Convention CLC 69/92 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. La décision juridictionnelle n'est toutefois pas opposable au FIPOL qui est privé de la possibilité d'intervenir devant ce juge, en l'absence d'une disposition interne adoptée à cet effet.

E. Environnement et polices d'occupation de l'espace

Le droit de l'environnement présente la particularité, non exclusive mais forte, d'être parfois en concours avec d'autres polices relatives à l'occupation de l'espace par l'homme. Mais la chambre criminelle veille à ce que ces polices, aussi importantes soient-elles, ne soient pas invoquées pour justifier des atteintes à l'environnement.

Ainsi, l'articulation du droit de l'environnement avec le droit de la chasse n'est pas toujours aisée et il n'est pas permis de dire que la chambre ait systématiquement privilégié une police sur l'autre. Par exemple, il a été admis que constituent du gibier les animaux sans maître, appartenant à une espèce non domestique, fût-elle protégée, vivant à l'état sauvage : l'ours des Pyrénées, espèce protégée, peut à ce titre justifier l'édiction d'une réserve de chasse au titre du droit de la chasse dont l'objet concerne la protection du gibier (Crim., 12 octobre 1994, pourvoi n° 93-83.341, *Bull. crim.* 1994, n° 329). En revanche, le fait pour un chasseur de tirer un bouquetin qu'il aurait confondu avec un jeune chamois constitue le délit de destruction d'un animal appartenant à une espèce protégée ; le chasseur est tenu d'identifier l'animal visé avant de tirer, et, en cas de doute, de s'abstenir (Crim., 20 mars 2001, pourvoi n° 00-87.439). Le fait, étant muni d'émetteurs-récepteurs radiophoniques (talkies-walkies), de guetter des oiseaux, de les diriger ou de les rabattre, aidé de divers autres instruments, vers un dispositif destiné à leur capture, constitue un acte de chasse, peu important que l'accomplissement de ces actes ne soit pas réalisé à l'aide d'une arme ; cet acte implique la détention du permis de chasser (Crim., 10 janvier 2012, pourvoi n° 11-82.441, *Bull. crim.* 2012, n° 4).

Mais c'est naturellement avec la police de l'urbanisme que les « croisements » sont les plus fréquents. Les objectifs de protection de l'environnement ne doivent, normalement, pas céder devant les arguments tirés du droit de construire. Ainsi, pour renvoyer un prévenu des fins de la poursuite des chefs, d'une part, d'exécution de travaux sans autorisation sur un site classé et, d'autre part, de dégradation d'un tel site, une cour d'appel ne peut pas se borner à énoncer que la construction litigieuse n'a pas eu pour effet de détruire ni de modifier, dans son état, le site en question, et doit au contraire rechercher si l'implantation modifiait l'aspect du site classé et si, dès lors, l'autorisation spéciale prévue par l'article L. 341-10 du code de l'environnement était nécessaire (Crim., 12 septembre 2006, pourvoi n° 05-83.235, *Bull. crim.* 2006, n° 218). La même rigueur préside à l'examen des autorisations administratives, dont l'effet exonératoire de responsabilité pénale est sans doute plus effectif en droit de l'urbanisme

qu'en droit de l'environnement (voir, pour un exemple, Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-86.546). Réciproquement, il est permis aux juges d'user des « armes » du droit pénal de l'urbanisme pour assurer la protection ou la reconstitution de l'environnement (voir, approuvant une condamnation à la remise en état prévue par l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme, sur le fondement du III de l'article L. 341-19 du code de l'environnement, du propriétaire d'un terrain ayant procédé à un défrichement d'arbres sans autorisation, pour la partie de ces arbres située en site classé, Crim., 27 janvier 2004, pourvoi n° 03-81.898). Ces questions demeurent d'actualité (voir, par exemple, Crim., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-85.543, relatif à des travaux ayant pu porter atteinte à des espèces animales protégées; Crim., 12 mars 2013, pourvoi n° 12-83.374, sur le croisement des législations urbanistique et environnementale).

On rapprochera ces concours de réglementations de la législation municipale. La chambre criminelle a ainsi jugé qu'en application de l'article L. 2213-4 du code général des collectivités territoriales, les maires peuvent aggraver les interdictions de circulation dans les espaces naturels faites aux véhicules terrestres à moteur par les articles L. 321-9 et L. 362-1 du code de l'environnement et interdire l'accès aux voies ou secteurs de la commune aux véhicules dont la circulation sur ces voies ou dans ces secteurs est de nature à compromettre la protection de ces espaces; la légalité de ces mesures est subordonnée à la démonstration de leur nécessité (Crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-87.123, *Bull. crim.* 2008, n° 114).

F. Environnement et « objets protégés »

L'autonomie de la doctrine de la chambre criminelle ne s'est pas moins manifestée dans la définition des « objets » du droit de l'environnement : les installations classées, les ouvrages, les espèces animales ou végétales, les voies, etc. L'objectif est d'assurer une complète application à la législation protectrice, sans être entravé par des considérations découlant d'autres logiques juridiques, notamment issues du droit privé.

Il en a été ainsi, très tôt, du régime des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). Si le juge administratif a le pouvoir de déterminer la classe dans laquelle doit être rangé l'établissement au regard de la réglementation en vigueur au moment où il est appelé à statuer, dès lors que l'exploitant ne peut se prévaloir d'un droit acquis au maintien du classement, le juge judiciaire peut en faire de même (Crim., 14 mai 1991, pourvoi n° 90-84.684, *Bull. crim.* 1991, n° 205).

La chambre criminelle a aussi eu à s'assurer, de manière autonome, de la licéité de la définition du cours d'eau (est un cours d'eau, tout ruisseau clairement identifié comme tel sur les cartes de l'Institut géographique national, correspondant à un écoulement d'eau, même intermittent, dans un talweg et avec la présence d'une faune et d'une végétation caractéristiques d'un milieu aquatique : Crim., 7 novembre 2006, pourvoi n° 06-85.910, *Bull. crim.* 2006, n° 279), ou de celle du rejet polluant (voir, par exemple, Crim., 26 février 2002, pourvoi n° 01-85.895, *Bull. crim.* 2002, n° 45, la pollution constatée n'a eu aucun effet néfaste sur la faune et la flore; Crim., 16 janvier 2007, pourvoi n° 03-86.502, le déversement a souillé la végétation aquatique et entraîné la mort de carpes).

Enfin, la chambre contrôle la bonne application de l'annexe I de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées

d'extinction signée à Washington le 3 mars 1973 et de l'annexe A du règlement (CE) n° 338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce, qui établissent des listes d'espèces que concernent les interdictions d'utilisation, de mise en vente, de vente et d'achat édictées par l'article L. 411-1 du code de l'environnement (Crim., 22 février 2005, pourvoi n° 04-85.094, *Bull. crim.* 2005, n° 69). La Cour a jugé, dans le même domaine, que les dispositions qui interdisent le transport et la détention d'espèces animales non domestiques déterminées par décret s'appliquent aux animaux nés en captivité (Crim., 29 mars 2000, pourvoi n° 98-86.054; Crim., 6 février 2001, pourvoi n° 00-80.686). La protection des espèces animales demeure, d'ailleurs, un pilier de la pratique des parquets, comme en témoigne la jurisprudence, relativement abondante, de la chambre criminelle en la matière (Crim., 4 octobre 2011, pourvoi n° 11-80.198, relatif à des activités de cirque; Crim., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-86.248, relatif à la détention par des particuliers en France d'animaux protégés prélevés en Afrique), les poursuites en matière d'espèces végétales étant plus rares (voir, par exemple, Crim., 23 octobre 2012, pourvoi n° 12-80.414).

§ 2. Protection des intérêts civils

Que les parties civiles participent à la défense de l'intérêt général n'est plus, depuis plusieurs décennies, une idée nouvelle. Cette conception n'est, notamment, pas étrangère au droit pénal de l'environnement. Celui-ci est si intimement lié à l'ordre public prééminent dont la chambre criminelle doit assurer la défense que la jurisprudence montre une faveur – raisonnable – dans l'examen des prérogatives des victimes, dès lors du moins qu'il s'agit de personnes morales, organisées, spécialisées et dotées d'une mission légalement reconnue (A). La conception large que la chambre criminelle a du préjudice réparable (B) participe du même mouvement.

A. Action civile des personnes morales

Certaines constitutions de partie civile ont pu susciter des débats assez vifs. La doctrine de la Cour de cassation apparaît sans difficulté : loin de mettre en question la volonté et l'efficacité des parquets pour la protection de l'environnement, la chambre veille à ce que ceux-ci puissent s'appuyer sur des groupements techniquement utiles, et dont l'objet statutaire est adéquat.

À propos des parcs nationaux, il a été jugé qu'une cour d'appel ne peut pas leur refuser la barre au motif qu'ils ne peuvent demander réparation d'un préjudice personnel ou que rien, dans leurs statuts, ne les autorise à exercer l'action civile devant les juridictions, ou encore que le préjudice dont un parc national, propriété de la collectivité nationale, pourrait se prévaloir est un préjudice général dont seul le ministère public est apte à poursuivre la réparation (Crim., 8 mars 1995, pourvoi n° 94-82.566, *Bull. crim.* 1995, n° 93 ; à rapprocher de, Crim., 7 avril 1999, pourvoi n° 98-80.067, *Bull. crim.* 1999, n° 69).

Plus ardue encore était la question de la recevabilité de la constitution de partie civile des collectivités territoriales, dont l'implication dans la protection de l'environnement est de plus en plus avérée. Il a été jugé qu'un département est irrecevable à se constituer partie civile du chef de destruction des abeilles par un pesticide dès lors que

ce département n'étant pas propriétaire des ruches, l'action en justice pour la défense d'un intérêt général relève de la seule compétence du ministère public et que le département n'est pas chargé de représenter les intérêts d'une catégorie de sa population, même s'il verse des subventions aux apiculteurs ultérieurement ruinés par le « Gaucho » (Crim., 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-81.138, *Bull. crim.* 2006, n° 316). L'affaire du naufrage de l'*Erika* a permis d'envisager avec plus de faveur le sort des collectivités, très impliquées dans la réparation des suites de ce naufrage (Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198).

La tradition, très ancienne en certaines matières (ainsi des associations de sauvegarde contre les dysfonctionnements des installations classées ou de sauvegarde de la ressource en eau, article L. 142-2, alinéa 2, du code de l'environnement), d'accueillir la constitution de partie civile d'associations spécialisées dans la mesure instaurée par la loi est respectée par la chambre criminelle, qui y voit incontestablement un moyen de faire prévaloir un « ordre public », en l'occurrence environnemental, dont d'autres groupements en d'autres matières ne seraient pas autorisés à s'occuper. Cette bienveillance, reprise des intentions du législateur, se manifeste de diverses manières. Ainsi la chambre criminelle a jugé qu'il résulte de la législation des installations classées, comme de celle de l'urbanisme, que les associations agréées exerçant leurs activités dans le domaine de la protection de la nature et de l'environnement ainsi que de l'amélioration du cadre de vie peuvent exercer les droits de la partie civile en ce qui concerne les faits constituant une infraction, soit à la première, soit à la seconde de ces législations (Crim., 30 novembre 1977, pourvoi n° 76-93.314, *Bull. crim.* 1977, n° 377). Ceci n'exclut d'ailleurs pas le droit, pour une association non agréée qui remplit les conditions prévues par l'article 2 du code de procédure pénale, de se constituer partie civile à l'égard des mêmes faits (Crim., 12 septembre 2006, pourvoi n° 05-86.958, *Bull. crim.* 2006, n° 217).

La chambre criminelle est, conformément à l'esprit de la loi, plus circonspecte en matière de protection des espèces animales, les finalités poursuivies par les associations en ce domaine étant très diverses (voir, par exemple, Crim., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-87.159, *Bull. crim.* 2010, n° 96; Crim., 4 octobre 2011, pourvoi n° 11-80.198, relatif à un cirque ambulant détenteur de tigres et à l'action civile d'associations); ou en matière de polices très spécialisées (voir, par exemple, s'agissant de pêche maritime, Crim., 23 mai 2000, pourvoi n° 99-86.246, *Bull. crim.* 2000, n° 199; Crim., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-84.627); ou encore s'agissant des associations et fédérations de chasseurs [admissibles à soutenir des poursuites pour transport et vente de gibier tué par engins et instruments prohibés (Crim., 6 juin 1989, pourvoi n° 88-84.365, *Bull. crim.* 1989, n° 238) sauf si le préjudice n'est ni personnel ni distinct de celui éprouvé par la collectivité publique et que la réparation en a été assurée par la peine prononcée contre les prévenus à la requête du ministère public (Crim., 8 février 1995, pourvoi n° 94-81.031, *Bull. crim.* 1995, n° 56, à comparer avec Crim., 5 janvier 1993, pourvoi n° 92-80.268)].

B. Préjudice réparable

C'est bien sûr la reconnaissance de la notion de préjudice environnemental qui a marqué l'œuvre récente de la chambre criminelle (Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198).

Les juges du fond (TGI Paris, 11^e chambre, 16 janvier 2008, req. P 9934895010) avaient estimé que les collectivités territoriales qui reçoivent de la loi une compétence spéciale en matière d'environnement leur conférant une responsabilité particulière pour la protection, la gestion et la conservation d'un territoire peuvent demander réparation d'une atteinte causée à l'environnement sur ce territoire par la commission ou les conséquences d'une infraction. Ils avaient ajouté que lorsque les faits constituent une infraction relevant des dispositions législatives relatives à l'environnement, les associations auxquelles la loi confère la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile peuvent demander réparation non seulement du préjudice matériel et du préjudice moral, directs et indirects, causés aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre, mais aussi de celui résultant de l'atteinte portée à l'environnement, qui lèse de manière directe ou indirecte ces mêmes intérêts qu'elles ont statutairement pour mission de sauvegarder.

Le rejet du pourvoi est l'occasion pour la chambre criminelle de cerner le travail dans lequel, immédiatement, le législateur s'est engagé et que les juridictions de fond auront à appliquer : « Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et a ainsi justifié l'allocation des indemnités propres à réparer le préjudice écologique, consistant en l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction. » La défense pénale d'un ordre public environnemental constitue, avec cette formulation « très ouverte », à la fois un aboutissement et un point de départ.

Section 6 – Ordre public et santé publique

Reconnu solennellement par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 repris par la Constitution du 4 octobre 1958, en vertu duquel « [la Nation] garantit à tous [...] la protection de la santé » (alinéa 11), le droit à la santé est l'un des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps dont le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle (Cons. const., 15 janvier 1975, décision n° 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse).

L'effectivité de ce droit fondamental qui, aux termes de l'article L. 1110-1 du code de la santé publique, « doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne », a été recherchée par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique dont il résulte que la Nation définit sa politique de santé selon des objectifs quantifiés, destinés à permettre des progrès en ce qui concerne l'état de santé de la population, et à partir de plans d'action, selon un échéancier pluriannuel.

Cette politique comporte des mesures de surveillance et de prévention, mais elle recouvre également des réglementations de police, souvent anciennes, visant à interdire et à contrôler les activités humaines susceptibles de porter atteinte à la santé. De telles mesures correspondent à la nécessité d'assurer les objectifs d'ordre public que sont traditionnellement le bon ordre, la sûreté, la tranquillité et la salubrité publiques.

Or, au cours des dernières années, l'apparition de fortes préoccupations de santé a eu pour conséquence de multiplier et de renforcer ces réglementations à tel point que l'on peut considérer qu'avec la mise en œuvre d'une politique de santé publique et la

reconnaissance de son intérêt général s'instaure un ordre public nouveau ayant pour finalité la protection de la santé, l'ordre public sanitaire.

Certaines de ces réglementations ont un caractère général et visent à encadrer des activités susceptibles de nuire à la santé publique, telles celles relatives à l'exploitation ou la distribution de l'eau ou aux habitations insalubres ou dangereuses (§ 1); d'autres revêtent un caractère spécial et, posées par des législations spécifiques, se retrouvent non seulement et surtout dans le code de la santé publique, mais aussi dans d'autres codes, tels le code rural et de la pêche maritime, le code de l'environnement, le code du travail ou le code de la route. Un même objet les fédère : la lutte contre les dépendances (§ 2). L'on verra que, sur la base de ces textes, la chambre criminelle de la Cour de cassation a développé une jurisprudence particulièrement exigeante à l'égard de tous ceux, personnes physiques ou morales, qui y contreviennent.

§ 1. Réglementation générale de la protection de la santé

La protection générale de la santé publique est tout d'abord assurée par des mesures en matière de prévention des maladies transmissibles, salubrité des habitations, des agglomérations et de tous milieux de vie de l'homme, d'alimentation en eau, de lutte contre la pollution ou de traitement des denrées alimentaires (voir aussi, s'agissant de l'examen des réglementations relatives à la santé du salarié, section 3, § 3, et, s'agissant de l'examen des réglementations relatives à la protection de l'environnement, section 5).

Le droit de la consommation comporte un volet pénal sur la base duquel ont été intentées des actions tendant à poursuivre des manquements ayant porté atteinte à la santé. Plus précisément, le délit de tromperie permet de sanctionner des faits mettant en cause la santé et la sécurité des personnes. Il résulte en effet de l'article L. 213-1 du code de la consommation qu'est puni « quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, [qui] aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit [...] : 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 ».

L'étendue de la responsabilité ainsi encourue a été précisée par la chambre criminelle qui, à propos de l'affaire dite « du sang contaminé », a énoncé que les dispositions du code de la santé publique applicables à la préparation, la détention et la délivrance de produits sanguins ne faisaient pas obstacle à ce que les dérivés du sang, fabriqués industriellement, entrent dans la catégorie des marchandises visées par les articles 1 et 2 de la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services pour en déduire qu'ainsi, ni le respect formel de la réglementation en vigueur, ni la tutelle de l'État sur un centre de transfusion sanguine ne pouvaient, à cet égard, exonérer les agents de cet établissement de leur responsabilité pénale à raison de leur fait personnel (Crim., 22 juin 1994, pourvoi n° 93-83.900, *Bull. crim.* 1994, n° 248).

S'agissant plus spécifiquement des marchandises soumises à des prescriptions relatives à la santé des personnes, selon une jurisprudence constante, la mauvaise foi de l'importateur de marchandises se déduit de l'absence de vérification de la conformité

des marchandises aux règles en vigueur en matière d'hygiène et de santé publiques (Crim., 10 décembre 1996, pourvoi n° 96-80.833, *Bull. crim.* 1996, n° 457); ainsi, le défaut de contrôle par le prévenu, importateur de viande bovine traitée à l'aide de substances anabolisantes, alors qu'il ne démontre pas l'impossibilité de se livrer aux vérifications imposées, suffit à caractériser l'élément intentionnel de la tromperie (Crim., 29 juin 1999, pourvoi n° 98-84.503).

Un important contentieux s'est développé à propos des compléments alimentaires, le décret du 15 avril 1912 pris pour l'application de la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications de denrées alimentaires en ce qui concerne les denrées alimentaires et spécialement les viandes, produits de la charcuterie, fruits, légumes, poissons et conserves, interdisant la commercialisation de denrées alimentaires auxquelles ont été additionnés des produits chimiques autres que ceux dont l'emploi a été déclaré licite par arrêtés interministériels. Il convient de rappeler que, sur ce point, la Cour de justice des Communautés européennes avait énoncé tout d'abord que : « Les articles 28 CE et 30 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'un État membre interdise, sauf autorisation préalable, la commercialisation de denrées alimentaires, légalement fabriquées et commercialisées dans un autre État membre, lorsqu'ont été ajoutées à celles-ci des substances nutritives, telles que des vitamines ou des minéraux, autres que celles dont l'emploi est déclaré licite dans le premier État membre, pour autant que certaines conditions sont remplies. D'une part, la procédure d'autorisation préalable doit être aisément accessible, doit pouvoir être menée à terme dans des délais raisonnables et, si elle débouche sur un refus, la décision de refus doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel. D'autre part, un refus d'autorisation de commercialisation doit être fondé sur une étude approfondie du risque pour la santé publique, établie à partir des données scientifiques disponibles les plus fiables et des résultats récents de la recherche internationale » (CJCE, arrêt du 5 février 2004, Greenham et Abel, C-95/01), puis que la réglementation française, en ce qu'elle s'applique aux denrées alimentaires légalement fabriquées et/ou commercialisées dans d'autres États membres, constituait « une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives au sens de l'article 30 du Traité » (point 23), sans pour autant être en principe contraire au droit communautaire sous réserve que les conditions qui ont déjà été exposées soient remplies (point 25) (CJCE, arrêt du 5 février 2004, Commission/France, C-24/00).

La chambre criminelle, après avoir relevé que les articles 1^{er} et 15-2 du décret du 15 avril 1912 précité constituaient une mesure de précaution, objective et non discriminatoire, justifiée par les incertitudes scientifiques subsistantes, et nécessaire à la protection de la santé publique, a considéré que ne justifiait pas sa décision sur l'absence de caractère toxique ou nuisible à la santé de l'homme des produits en cause la cour d'appel qui, pour relaxer un prévenu du délit prévu et puni par l'article L. 213-3, 2°, du code de la consommation, retient, aux motifs que les avis du Conseil supérieur de l'hygiène publique de France n'ont pas d'autorité légale et que les produits litigieux sont vendus en Europe, que les poursuites ne sont pas justifiées par la protection de la santé publique (Crim., 23 mars 2004, pourvoi n° 03-84.228, *Bull. crim.* 2004, n° 74).

La chambre a repris cette jurisprudence en exigeant des juges du fond, dans des poursuites pour mise en vente de produits toxiques, une recherche relative au risque

né de l'utilisation de substances pouvant entrer dans la composition de compléments alimentaires (Crim., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-82.257, *Bull. crim.* 2007, n° 93).

§ 2. Lutte contre les dépendances

Ces dépendances, très diverses, intéressent essentiellement l'alcool (A), les stupéfiants (B) et le tabac (C).

A. Alcool

La lutte répressive est menée essentiellement contre l'ivresse publique, la conduite sous l'empire d'un état alcoolique et la publicité en faveur de l'alcool.

1. Ivresse publique

La législation en matière de lutte contre l'alcoolisme s'est esquissée au XIX^e siècle à travers des dispositions relatives au maintien de l'ordre public, notamment la loi du 23 janvier 1873 tendant à réprimer l'ivresse publique et à combattre les progrès de l'alcoolisme, ayant créé la procédure d'ivresse publique et manifeste, désormais codifiée à l'article L. 3341-1 du code de la santé publique. Aujourd'hui, l'ivresse publique et manifeste est passible d'une contravention de 2^e classe. La personne est conduite à ses frais au poste le plus proche ou dans une chambre de sûreté, pour y être retenue jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison, l'alinéa 2 prévoyant cependant que, lorsqu'il n'est pas nécessaire de procéder à son audition, la personne peut être placée sous la responsabilité d'une personne qui se porte garante d'elle.

La chambre criminelle s'est prononcée régulièrement sur cette disposition en énonçant notamment : que l'article L. 1^{er} du code de la route (actuel article L. 234-1) autorise les agents de la police administrative ou judiciaire à soumettre aux épreuves de dépistage et de vérification de l'imprégnation alcoolique l'auteur présumé d'une des infractions énumérées à l'article 14 de ce code (abrogé par l'ordonnance n° 2000-930 du 22 septembre 2000 suite à la recodification du code de la route), parmi lesquelles figurent aussi bien la conduite en état d'ivresse que la conduite sous l'empire d'un état alcoolique (Crim., 23 mars 1981, pourvoi n° 80-95.101, *Bull. crim.* 1981, n° 103); ou que l'ivresse manifeste est un fait matériel qui peut être constaté à l'aide du témoignage des sens sans qu'il soit nécessaire que le rapport qui l'atteste relate à l'appui des signes particuliers (Crim., 24 avril 1990, pourvoi n° 89-81.515, *Bull. crim.* 1990, n° 152); ou encore que les personnes retenues en chambre de dégrisement ne disposent pas des droits accordés par les articles 63 et suivants du code de procédure pénale (Crim., 9 septembre 1998, pourvoi n° 98-80.662, *Bull. crim.* 1998, n° 229).

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a considéré que « sous la réserve énoncée au considérant 9 [suivant lequel, « lorsque la personne est placée en garde à vue après avoir fait l'objet d'une mesure de privation de liberté en application du premier alinéa de l'article L. 3341-1 du code de la santé publique, la protection constitutionnelle de la liberté individuelle par l'autorité judiciaire exige que la durée du placement en chambre de sûreté, qui doit être consignée dans tous les cas par les agents de la police ou de la gendarmerie nationales, soit prise en compte dans la durée de la garde à vue », l'article L. 3341-1 du code de la santé

publique est conforme à la Constitution » (Cons. const., 8 juin 2012, décision n° 2012-253 QPC, M. Mickaël D. [Ivresse publique]).

Depuis, la chambre criminelle a retenu que le prévenu poursuivi devant la juridiction de proximité pour contravention d'ivresse publique et manifeste ne saurait se faire un grief de ce que cette juridiction ait rejeté l'exception de nullité par lui présentée et prise de la durée, excessive selon lui, de son placement en chambre de dégrisement, dès lors qu'un tel placement, ordonné tant pour la protection de la personne concernée que pour la préservation de l'ordre public, est une mesure de police administrative relevant, pour les litiges survenant à l'occasion de son exécution, de la seule compétence des juridictions de l'ordre administratif (Crim., 8 janvier 2013, pourvoi n° 12-80.465, *Bull. crim.* 2013, n° 8).

Les mesures sont particulièrement sévères à l'égard des mineurs. C'est ainsi que, depuis la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, la vente d'alcool leur est désormais interdite, quel que soit leur âge, de même que toute forme d'offre (y compris à titre gratuit) de boisson alcoolisée est proscrite dans les débits de boissons, commerces ou lieux publics, la personne délivrant la boisson pouvant exiger du client qu'il établisse la preuve de sa majorité. En cas de non-respect, les propriétaires des établissements servant de l'alcool encourent une peine de 7 500 euros d'amende. Ils peuvent être sanctionnés d'une peine complémentaire d'interdiction à titre temporaire d'exercer les droits attachés à une licence de débit de boissons à consommer sur place ou à emporter, pour une durée de un an au plus, et se voir obligés d'accomplir un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131-35-1 du code pénal. En cas de récidive, les propriétaires risquent un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. La chambre criminelle a rappelé leur responsabilité en énonçant que « celui qui, en fait, exploite personnellement un débit de boissons, est chargé d'assurer, dans son établissement, le respect des dispositions du Code des débits de boissons ; qu'il est pénalement responsable des infractions qui y sont constatées » (Crim., 30 mai 1996, pourvoi n° 95-83.685, *Bull. crim.* 1996, n° 227).

2. Conduite sous l'empire d'un état alcoolique

C'est un délit, réprimé depuis 1965 en France. La loi n° 70-597 du 9 juillet 1970 instituant un taux légal d'alcoolémie et généralisant le dépistage par l'air expiré fixe pour la première fois un seuil légal d'alcoolémie au-delà duquel la conduite d'un véhicule motorisé est interdite et introduit le dépistage par l'air expiré. En 1978, le législateur instaure les contrôles d'alcoolémie, même en l'absence d'infraction ou d'accident. Depuis, les sanctions liées à un dépistage positif n'ont cessé d'être renforcées.

C'est ainsi qu'aujourd'hui, à partir de 0,8 g/l d'alcool dans le sang (0,4 mg/l d'air expiré), le conducteur commet un délit, relevant de la compétence du tribunal correctionnel, passible d'un retrait de six points du permis de conduire, d'une amende pouvant aller jusqu'à 4 500 euros, d'une peine de prison pouvant atteindre deux ans et de la suspension ou du retrait du permis de conduire et de plusieurs peines complémentaires (articles L. 234-1 et L. 234-2 du code de la route). En cas d'accident corporel, les peines sont aggravées et peuvent atteindre dix ans d'emprisonnement en cas d'homicide involontaire avec manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence.

L'article L. 234-4, alinéa 3, du code de la route dispose que «les vérifications destinées à établir la preuve de l'état alcoolique sont faites soit au moyen d'analyses et examens médicaux, cliniques et biologiques, soit au moyen d'un appareil permettant de déterminer la concentration d'alcool par l'analyse de l'air expiré à la condition que cet appareil soit conforme à un type homologué», dans les conditions spécifiées par l'article R. 234-2 du même code, l'homologation et le contrôle des éthylomètres étant régis par le décret n° 2001-387 du 3 mai 2001 relatif au contrôle des instruments de mesure, ainsi que par son arrêté d'application du 8 juillet 2003 (qui distingue l'homologation, la vérification primitive, les vérifications périodiques).

Très régulièrement saisie de pourvois en la matière, la chambre criminelle s'est prononcée sur la validité des vérifications effectuées avec des éthylomètres en énonçant que la recherche de la concentration d'alcool par l'analyse de l'air expiré est réalisée au moyen d'un appareil conforme à un type homologué et soumis à des vérifications régulières (Crim., 7 mars 2007, pourvoi n° 05-87.292, *Bull. crim.* 2007, n° 73) et en considérant que la présence, dans le procès-verbal d'infraction, des mentions légalement exigées relatives à l'homologation et à la vérification annuelle de l'éthylomètre, suffisait à établir le bon fonctionnement de l'appareil (Crim., 9 novembre 2005, pourvoi n° 05-80.186; Crim., 7 janvier 2009, pourvoi n° 08-83.842).

Sur ce point, la jurisprudence fait preuve d'exigence, considérant par exemple qu'en l'absence de mention de la date de la dernière vérification annuelle de l'éthylomètre, la mention de la date de sa prochaine vérification ne saurait établir la preuve de ce que l'instrument avait été régulièrement vérifié, depuis moins de un an, à la date du contrôle litigieux (Crim., 7 mars 2007, pourvoi n° 05-87.292, *Bull. crim.* 2007, n° 73; Crim., 26 novembre 2008, pourvoi n° 08-82.697; Crim., 29 avril 2009, pourvoi n° 08-87.498; Crim., 28 octobre 2009, pourvoi n° 09-84.312; Crim., 17 février 2010, pourvoi n° 09-84.115).

La chambre criminelle a également énoncé que les officiers et agents de police judiciaire procédant aux vérifications destinées à établir la preuve de l'état alcoolique d'un conducteur disposent du droit de retenir la personne concernée pendant le temps strictement nécessaire à ces opérations (Crim., 21 juin 2006, pourvoi n° 06-80.392, *Bull. crim.* 2006, n° 192).

Rappelant que les résultats des analyses pratiquées sont soumis à l'appréciation des juges du fond qui conservent, aux termes de l'article 427 du code de procédure pénale, le droit de se décider d'après leur intime conviction en se fondant sur les preuves qui leur sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant eux (Crim., 31 octobre 2006, pourvoi n° 06-81.809, *Bull. crim.* 2006, n° 265) et saisie plus précisément de la question de la requalification du délit de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par la présence, dans l'air expiré, d'un taux d'alcool supérieur à 0,40 mg/l, en contravention, par application des marges d'erreur prévues à l'article 3 du décret n° 85-1519 du 31 décembre 1985 réglementant la catégorie d'instruments destinés à mesurer la concentration d'alcool dans l'air expiré (marges d'erreur aujourd'hui prévues par l'article 15 de l'arrêté du 8 juillet 2003 relatif au contrôle des éthylomètres), la chambre criminelle énonce en outre régulièrement que la marge d'erreur sur la mesure de la concentration d'alcool éthylrique réglementairement fixée n'est prévue qu'à titre de tolérance laissée à l'appréciation souveraine du juge (Crim., 13 septembre 2000, pourvoi n° 99-85.903; Crim., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-86.436).

3. Publicité

La lutte contre l'alcoolisme a également conduit le législateur à poser des règles particulièrement contraignantes s'agissant de la publicité par la loi n° 91-32 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme du 8 janvier 1991, dite «loi Évin». De cette loi sont issus les articles L. 3323-2, L. 3323-3 et L. 3323-4 du code de la santé publique aux termes desquels la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques, dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites, sont autorisées dans des conditions limitées.

Saisi de la constitutionnalité de ce texte, le Conseil constitutionnel a énoncé que «les restrictions apportées par le législateur à la propagande ou à la publicité en faveur des boissons alcooliques ont pour objectif d'éviter un excès de consommation d'alcool, notamment chez les jeunes; que de telles restrictions reposent sur un impératif de protection de la santé publique, principe de valeur constitutionnelle; que le législateur qui a entendu prévenir une consommation excessive d'alcool, s'est borné à limiter la publicité en ce domaine, sans la prohiber de façon générale et absolue» (Cons. const., 8 janvier 1991, décision n° 90-283 DC, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme).

Modifié par la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux, l'article L. 3323-4 prévoit aujourd'hui que «la publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires, ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit. Cette publicité peut comporter des références relatives aux terroirs de production, aux distinctions obtenues, aux appellations d'origine [...] ou aux indications géographiques [...]. Elle peut également comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit».

La chambre criminelle a rendu plusieurs décisions relatives à l'application de ces dispositions, dont l'analyse témoigne d'un courant jurisprudentiel caractérisé par sa sévérité à l'égard du contenu des publicités en faveur des boissons alcoolisées. Elle a ainsi rejeté les pourvois formés contre un arrêt ayant déclaré les prévenus coupables du délit de publicité illicite en faveur de l'alcool, en relevant que le message publicitaire délivré, loin de se limiter aux indications autorisées par la loi, insiste sur des valeurs telles que l'universalité, le cosmopolitisme, l'évasion et le rêve, associées à une consommation de whisky et donne de cet alcool une image valorisante en le présentant comme participant à un mode de vie lié à la réussite sociale attribuée dans l'imaginaire à la vie dans les grandes capitales et rappelé que «lorsqu'elle est autorisée, la publicité pour les boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination[,] de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit» (Crim., 18 mai 1994, pourvoi n° 92-86.386, *Bull. crim.* 1994, n° 190).

Par la suite, une abondante jurisprudence a interdit la valorisation de la consommation d'alcool (Crim., 29 novembre 2005, pourvoi n° 05-81.189 et pourvoi n° 05-80.701, *Bull. crim.* 2005, n° 312 [2 arrêts]; Crim., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-86.055, *Bull.*

crim. 2008, n° 117 ; 1^{re} Civ., 20 octobre 2011, pourvoi n° 10-23.509, *Bull.* 2011, I, n° 172 ; 1^{re} Civ., 23 février 2012, pourvoi n° 10-17.887, *Bull.* 2012, I, n° 37).

Plus récemment, la chambre criminelle a considéré que justifiait sa décision de relaxer une société distributrice d'une marque de whisky des faits reprochés de publicité illicite en faveur d'une boisson alcoolique et de débouter l'Association nationale de prévention en alcoologie et addictologie, la cour d'appel qui, après s'être livrée à une description des supports publicitaires réalisés par l'auteur d'une célèbre bande dessinée, avait retenu que les images ne comportaient pas d'éléments illicites en ne contenant ni évocation d'ambiance incitant à la consommation, ni exaltation de qualités ou de vertus et en évoquant seulement le monde artisanal dans lequel est né le produit et les soins portés à sa fabrication, dès sa création, tous éléments se rapportant à l'origine et au mode d'élaboration du produit visés par la loi (Crim., 15 mai 2012, pourvoi n° 11-83.686). Il convient de remarquer que cette décision est intervenue après deux précédents arrêts ayant cassé les décisions des cours d'appel déboutant la partie civile (Crim., 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-87.268, *Bull. crim.* 2006, n° 321 et Crim., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-88.134)

Enfin, par un arrêt très récent, la première chambre civile a rejeté le pourvoi formé par une société de spiritueux condamnée pour publicité illicite en faveur de l'alcool à la suite d'une campagne faite sur une application mobile gratuite nécessitant un compte Facebook (1^{re} Civ., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-22.633).

B. Stupéfiants

Problème majeur de santé et de sécurité, la drogue fait l'objet d'une politique publique extrêmement diversifiée en ce qu'elle porte sur la prévention, l'information, la prise en charge sanitaire et sociale des usagers, la lutte contre le trafic national et international ou la sécurité publique. Placée sous l'autorité du Premier ministre, la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et la toxicomanie est chargée de coordonner l'action du gouvernement en la matière en veillant à la cohérence des différentes approches par l'élaboration des plans gouvernementaux de lutte contre les drogues, la mobilisation des ministères, la surveillance de leur mise en œuvre et par la répartition des crédits.

L'usage de drogue peut constituer un facteur de trouble à l'ordre public dès lors que l'accoutumance susceptible d'en résulter pour l'utilisateur peut entraîner des actes de délinquance tels que des vols ou des agressions et que la demande suscite le développement de vastes trafics nationaux et internationaux très lucratifs et vecteurs de la criminalité organisée.

L'article L. 3421-1 du code de la santé publique issu de la loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses prévoit que l'usage illicite de stupéfiants est puni de un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ; parallèlement, l'utilisateur de drogues peut être soumis à une obligation de soins dans le cadre d'une procédure judiciaire, le traitement étant prescrit par le procureur de la République, par le juge d'instruction, le juge des enfants, le juge des libertés et de la détention ou par la juridiction de jugement (articles L. 3423-1, L. 3424-1 et L. 3425-1 du même code).

En outre, depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, l'usage de stupéfiants peut faire l'objet de deux séries de circonstances aggravantes, lors de la conduite d'un véhicule (l'usage étant alors passible de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende, et, si le conducteur se trouvait également sous l'empire d'un état alcoolique, les peines étant portées à trois ans d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende) ou lorsque l'usager est une personne exerçant une profession susceptible de mettre directement en danger la vie d'autrui (tels que les transporteurs ou les personnes dépositaires de l'autorité ou chargées d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions; dans ces cas, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende). L'usage de stupéfiants peut être une circonstance aggravante d'autres infractions. Il en est ainsi lorsqu'il accompagne des violences (article 222-13 du code pénal), des faits de viol (article 222-24 du même code), d'agressions sexuelles (articles 222-28 et 222-30 du même code) et d'atteintes sexuelles sur un mineur de quinze ans (articles 222-12 et 227-26 du même code). Depuis la loi de 1970, les interpellations pour infractions à la législation sur les stupéfiants n'ont cessé de se multiplier, comportant une part importante de procédures pour usage, notamment pour usage de cannabis.

Saisie de questions prioritaires de constitutionnalité relatives à l'article L. 3421-1 du code de la santé publique, la chambre criminelle a indiqué que « les atteintes portées à la liberté de la personne de disposer d'elle-même et à celle de pratiquer sa religion par l'interdiction, pénalement sanctionnée, de faire usage de stupéfiants, sont justifiées par des impératifs de protection de la santé et de la sécurité publique, qu'enfin il n'existe aucune disproportion manifeste entre la gravité de l'infraction et la peine encourue » (Crim., 6 février 2013, pourvoi n° 12-90.071; voir aussi Crim., 30 novembre 2011, pourvoi n° 11-87.213).

C. Tabac

Autre enjeu de santé publique majeur, la lutte contre le tabac s'est traduite, tant sur le plan communautaire qu'au niveau national, par l'adoption de textes de plus en plus rigoureux et tendant notamment à interdire toute forme de publicité en faveur du tabac.

En France, la lutte contre le tabac a d'abord donné lieu à la loi n° 76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme, dite « loi Veil », puis à la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite « loi Évin », codifiées dans le code de la santé publique.

De cette dernière loi est issu l'article L. 3511-3 du code de la santé publique (auparavant L. 355-24 du même code) qui interdit toute publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique, l'article 3511-4 définissant la publicité indirecte comme « la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ».

L'application de ces dispositions a donné lieu à une abondante jurisprudence de la chambre criminelle relative à la réglementation de la publicité en faveur du tabac et règles relatives aux mentions devant figurer sur les paquets de cigarettes. Il en résulte que sont prohibées « toutes formes de communication commerciale, quel qu'en soit le support [et toute diffusion d'objets] ayant pour but ou pour effet de promouvoir directement ou indirectement le tabac ou un produit du tabac » (Crim., 3 mai 2006, préc.; Crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 08-88.501), la publicité sanctionnable pouvant se manifester de différentes façons, notamment à travers les emballages des paquets (Crim., 3 mai 2006, préc.; Crim., 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-87.681, *Bull. crim.* 2006, n° 237; Crim., 5 décembre 2006, pourvoi n° 06-84.050; Crim., 13 février 2007, pourvoi n° 04-87.155), en raison de la présence de cadeaux (Crim., 7 décembre 1999, pourvoi n° 98-86.821; Crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 98-81.067), par l'organisation de jeux de loterie (Crim., 23 février 1999, pourvoi n° 97-86.508; Crim., 23 février 1999, pourvoi n° 97-86.508), ou lors d'opérations de parrainage (Crim., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-88.481). Les dernières décisions attestent la constance de cette jurisprudence (Crim., 9 mars 2010, pourvoi n° 08-88.501; Crim., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-87.957; Crim., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-88.598; Crim., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-88.599; Crim., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-87.435; Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-86.995; Crim., 20 novembre 2012, pourvoi n° 12-80.530, *Bull. crim.* 2012, n° 252; Crim., 18 décembre 2012, pourvoi n° 11-88.535).

La gravité de cette lutte est particulièrement mise en exergue par la Cour européenne qui s'est très clairement exprimée sur ce point en énonçant que « compte tenu de l'importance de la protection de la santé publique, de la nécessité de lutter contre le fléau social que constitue, dans nos sociétés, le tabagisme, du besoin social impérieux d'agir dans ce domaine, et de l'existence d'un consensus européen sur la question de l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, la Cour considère que les restrictions apportées en l'espèce à la liberté d'expression des requérants répondaient à un tel besoin, et n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi » (CEDH, arrêt du 5 mars 2009, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, n° 26935/05 [point 63]; CEDH, arrêt du 5 mars 2009, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, n° 13353/05 [point 52]).

La Cour de cassation s'est également fait l'écho de cette préoccupation en indiquant que les dispositions applicables ne méconnaissent ni l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni l'article 1^{er} du Protocole additionnel, dès lors qu'elles constituent une mesure nécessaire à la protection de la santé et proportionnée à cet objectif d'intérêt général, justifiant une restriction à la liberté d'expression et au droit de propriété (Crim., 18 mars 2003, pourvoi n° 02-83.015, *Bull. crim.* 2003, n° 69; Crim., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-82.482; Crim., 5 décembre 2006, pourvoi n° 06-84.050; Crim., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-88.014, *Bull. crim.* 2007, n° 170; Crim., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-88.599).

Enfin, sur la qualité de partie civile, la chambre criminelle a récemment retenu que selon l'article L. 3512-1 du code de la santé publique, pour exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives à la lutte contre le tabagisme, une association doit, dans ses statuts, avoir pour objet la lutte contre le tabagisme, et a considéré que tel était le cas d'une association dont l'objet est

de lutter contre le cancer et inclut nécessairement la lutte contre le tabagisme (Crim., 23 avril 2013, pourvoi n° 12-83.244, *Bull. crim.* 2013, n° 95).

Section 7 – Ordre public et professions réglementées

Sont des professions dites réglementées celles dont l'accès est conditionné à l'obtention d'un diplôme ou à la possession d'une qualification, toutes conditions arrêtées par l'autorité publique. En effet, eu égard à la nature de ces professions, il est conforme à l'intérêt général de s'assurer – et de garantir au public – que les personnes qui exercent ces professions satisfont à des exigences minimales d'honorabilité et de compétence. Au nombre de ces professions réglementées figurent les architectes, les médecins, les avocats, les notaires, les mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises, etc. Et, afin de faire respecter les dispositions qui encadrent de manière générale l'accès aux professions réglementées, l'article 433-17 du code pénal punit de un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende l'usage, sans droit, d'un titre attaché à une profession réglementée par l'autorité publique. L'on examinera le cas des professions de santé (§ 1) avant d'évoquer brièvement une jurisprudence relative à une autre profession réglementée, celle de notaire (§ 2).

§ 1. Professions de santé

Afin de garantir la sécurité des patients, le législateur a posé de nombreuses règles, y compris de droit pénal, visant à encadrer très strictement l'accès aux professions de santé et leur exercice par les praticiens. Ces règles concernent notamment les médecins (A) et les pharmaciens (B), la Cour de cassation manifestant sa sévérité à l'égard de ceux qui enfreignent ces règles de protection.

A. Médecin

Faisant application de l'article L. 4161-1 du code de la santé publique selon lequel «exerce illégalement la médecine : 1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies [...], ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131-1 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire [de certaines dispositions spéciales limitativement énoncées]», la chambre criminelle a rendu ainsi de nombreuses décisions précisant les cas dans lesquels une personne pouvait se voir reprocher le délit d'exercice illégal de la profession de médecin, en se prononçant notamment sur ce qu'il fallait entendre par «l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies» et sur la notion d'actes médicaux.

Saisie de la question de savoir s'il est possible de considérer que le médecin, titulaire d'un diplôme en médecine et d'une qualification donnée, sort de ses attributions au sens de l'article L. 4161-1, 3°, lorsqu'il accomplit de manière habituelle des actes médicaux relevant d'une autre qualification, la chambre criminelle a énoncé que toute personne titulaire du diplôme de docteur en médecine ne saurait être poursuivie pénalement du

chef d'exercice illégal de la médecine s'il sort des limites de sa spécialité ou de sa compétence (Crim., 17 mai 1983, pourvoi n° 81-92.333, *Bull. crim.* 1983, n° 145).

Considérant par exemple, de façon constante, que la pratique habituelle de l'acupuncture, tant à raison du diagnostic qu'elle implique que des moyens qu'elle utilise et des réactions organiques qu'elle est susceptible d'entraîner, constitue un acte médical dont la pratique est réservée aux docteurs en médecine (Crim., 9 février 2010, pourvoi n° 09-80.681, *Bull. crim.* 2010, n° 19), elle a précisé plus récemment qu'« il résulte de [l'article L. 4131-1 du code de la santé publique] que commet le délit d'exercice illégal de la médecine celui qui pratique habituellement des actes médicaux, quelle que soit la spécialité dont ils relèvent, sans être titulaire d'un titre exigé par la loi ou sans être inscrit au conseil de l'ordre » (Crim., 8 mars 2011, pourvoi n° 10-83.330, *Bull. crim.* 2011, n° 50).

B. Pharmacien

La chambre criminelle s'est prononcée également très régulièrement sur les cas d'exercice illégal de la profession de pharmacien par une société ou une personne physique, cet examen la conduisant à s'interroger sur la notion de médicament au sens de l'article L. 5111-1 du code de la santé publique en vertu duquel « on entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical, ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique ».

Faisant ainsi application de ces règles, elle a rendu de nombreuses décisions sur cette notion, et notamment plusieurs décisions aux termes desquelles il appartient au juge de rechercher si les produits sont présentés comme possédant des propriétés curatives et préventives à l'égard des maladies humaines (Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-87.519; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-84.480; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.598; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.599, *Bull. crim.* 2009, n° 84 et Crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-83.747, *Bull. crim.* 2009, n° 99).

S'agissant de la définition des médicaments par fonction, elle a énoncé qu'il appartient au juge de « procéder au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques de chaque produit, dont notamment sa composition, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques, établies en l'état actuel de la connaissance scientifique, ses modalités d'emploi, l'ampleur de sa diffusion, la connaissance qu'en ont les consommateurs et les risques que peut entraîner son utilisation pour la santé [...] » (Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.598, préc.; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-88.599, préc.; voir aussi Crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-83.747, préc.; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-84.480, préc.).

Elle a rappelé par la suite que la qualification de médicament par fonction s'apprécie, au cas par cas, au regard de la situation de chaque produit, en tenant compte de l'ensemble de ses caractéristiques, notamment en examinant sa composition, ses modalités d'emploi, les risques liés à son utilisation, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques dont il se déduit qu'il est capable de restaurer, corriger ou modifier

les fonctions physiologiques de manière significative (Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10-81.742, *Bull. crim.* 2011, n° 34; Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10-81.359, *Bull. crim.* 2011, n° 35; Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10.83.767; Crim., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-88.525 et Crim., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-82.339).

Plus récemment, elle a toutefois énoncé que la fabrication ou la commercialisation, en l'absence de fraude, par des personnes ne réunissant pas les conditions exigées pour exercer la profession de pharmacien, de produits qui bénéficient d'une autorisation de mise sur le marché en tant que compléments alimentaires délivrée par l'autorité administrative compétente et qui ne sont pas présentés comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ne saurait constituer le délit d'exercice illégal de la pharmacie. Il en est de même s'agissant des préparations antiseptiques supprimées de la pharmacopée française par les arrêtés des 11 août et 15 décembre 2009, étant précisé que, s'agissant des produits qui n'ont pas obtenu une telle autorisation, il y a lieu de rechercher, pour chacun d'eux, si, d'une part, dans des conditions normales d'emploi, il est capable de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques de manière significative en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique et si, d'autre part, il a été présenté comme possédant des propriétés curatives et préventives à l'égard des maladies humaines (Crim., 18 juin 2013, pourvoi n° 11-86.921, *Bull. crim.* 2013, n° 143).

§ 2. Autre profession réglementée : le notaire

Un arrêt récent de la chambre commerciale a décliné cette interdiction dans le domaine de la propriété industrielle, eu égard à la profession de notaire (Com., 16 avril 2013, pourvoi n° 12-17.633, *Bull.* 2013, IV, n° 63). La chambre a jugé que l'adoption et l'usage, à titre de marque, du titre appartenant à une profession réglementée par l'autorité publique, sans en être titulaire, est contraire à l'ordre public et justifie son annulation en application de l'article L. 711-3 du code de la propriété intellectuelle, article qui interdit l'adoption comme marque d'un signe contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. À la lumière de la motivation de cet arrêt, il apparaît que ce qui porte atteinte à l'ordre public, en l'espèce, est non pas l'utilisation à titre de marque du titre appartenant à une profession réglementée, mais une telle utilisation par une personne n'appartenant pas à cette profession. En d'autres termes, c'est l'usurpation de titre ou de fonction, fût-ce par le biais d'une marque, qui se trouve ainsi sanctionnée.

PARTIE 3 – FINALITÉS DE L'ORDRE PUBLIC

L'ordre public n'a d'existence et de justification qu'à travers les finalités qui lui sont assignées. Il contribue à la défense des éléments indispensables au fonctionnement de la société, à la prévention de tout désordre. Cet objectif de maintien d'un certain ordre se traduit par la nécessité de protéger, d'une part, le sujet de droit (titre 1), d'autre part, les éléments qui maintiennent le lien social (titre 2).

TITRE 1 – PROTECTION DU SUJET DE DROIT

L'instauration d'une règle de droit tend avant tout à garantir l'égalité juridique de tous. Il s'agit du fondement même d'un État de droit et ce n'est certainement pas par hasard que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen commence en son premier article par poser ce principe : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». À défaut d'égalité économique ou sociale, la norme constitutionnelle garantit l'égalité des droits. Mais l'effectivité de l'exercice de ces droits risque d'être remise en cause par les différences de situation de chacun des sujets de droit. Les règles d'ordre public tendent donc à compenser, en droit, les inégalités de fait. C'est ainsi que le sujet de droit, lorsqu'il est faible ou réputé tel, est protégé dans les différents aspects de son existence : dans sa vie personnelle et familiale (chapitre 1), dans ses relations de travail, économiques et sociales (chapitre 2) et bien entendu dans le cadre du procès (chapitre 3).

Chapitre 1 – Dans sa vie personnelle et familiale

Cette protection vise aussi bien le droit extrapatrimonial (section 1) que le droit patrimonial de la famille (section 2).

Section 1 – Droit extrapatrimonial de la famille

Les fins recherchées par l'utilisation de la notion d'ordre public déterminent la nature des sanctions que le juge prononce et les conditions dans lesquelles l'application de la loi étrangère peut être admise. Le sujet de droit se trouve ainsi protégé tant dans le cadre de sa vie personnelle (§ 1) que dans celui de sa vie familiale (§ 2).

§ 1. Protection du sujet de droit dans sa vie personnelle

A. Protection de l'identité de la personne

S'agissant des composantes essentielles de l'identification d'un individu (nom, date et lieu de naissance), la jurisprudence a tiré les conséquences du principe qui les protège en refusant d'autoriser l'usage d'un nom (1^{re} Civ., 23 février 1965, *Bull.* 1965, I, n° 148) ou en ordonnant la rectification de l'acte de naissance malgré l'usage qu'il corroborait (1^{re} Civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 03-10.409, *Bull.* 2006, I, n° 377) ou encore en décidant que le jugement d'adoption serait transcrit avec l'indication du lieu réel de naissance, malgré les énonciations de l'acte étranger (1^{re} Civ., 20 novembre 1990, pourvoi n° 89-13.726, *Bull.* 1990, I, n° 253 ; 1^{re} Civ., 19 novembre 1991, pourvoi n° 90-19.377, *Bull.* 1991, I, n° 315).

Ces décisions traduisent l'impérativité des règles relatives à l'état civil qui ont pour fonction d'organiser la société et de garantir la sécurité juridique dont doivent bénéficier les individus qui la composent, dans les limites qui ont été exposées partie 2, titre 2, chapitre 1.

Il doit également être tenu compte de la décision de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, gde chbre, arrêt du 14 octobre 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, *AJ Famille* 2008, p. 481, obs. A. Boiché ; *AJDA* 2008, p. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *D.* 2009, p. 845, note F. Boulanger ; *RCDIP* 2009, p. 80, note P. Lagarde ; *JDI* 2009, p. 203, note L. d'Avout), selon laquelle le refus de reconnaissance d'un nom patronymique en vertu de règles de droit international privé peut constituer une entrave à la liberté de circulation et une violation du droit de l'Union européenne (points 21 et 22), sauf si l'entrave se fonde sur des considérations objectives et est proportionnée à un objectif légitimement poursuivi (point 29).

B. Protection du mariage

Le principe de liberté du mariage conduit la jurisprudence notamment à sanctionner par la nullité les clauses restrictives à cette liberté imposées par un testateur ou un légataire lorsqu'il est établi qu'elles ont été dictées par une cause immorale ou un motif répréhensible (voir notamment Req., 18 mars 1867, *D.P.* 1867, 1, p. 332 ; Req., 11 novembre 1912, *D.P.* 1913, 1, p. 105, note G. Ripert ; 1^{re} Civ., 8 novembre 1965, *Bull.* 1965, I, n° 593, *RTD civ.* 1966, p. 332, obs. R. Savatier).

L'annulation du mariage est un acte grave qui justifie qu'elle soit prononcée par un juge. La recevabilité d'une action en nullité ou en inopposabilité d'un mariage est subordonnée à la mise en cause des deux époux. Cette fin de non-recevoir présente un caractère d'ordre public et, comme telle, doit être relevée d'office par le juge (1^{re} Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 07-21.826, *Bull.* 2009, I, n° 89).

C. Protection de la faculté de divorcer

La Cour de cassation a considéré que la loi espagnole est contraire à l'ordre public international lorsqu'elle prive un Français domicilié en Espagne de sa faculté de demander le divorce (1^{re} Civ., 1^{er} avril 1981, pourvoi n° 79-13.959, *Bull.* 1981, I, n° 117, *JDI* 1981, p. 812, note D. Alexandre).

Il peut être déduit des décisions qui écartent l'application des lois étrangères ne permettant pas aux épouses de bénéficier des conséquences pécuniaires du divorce (voir D), en raison de leur contrariété à l'ordre public international français, qu'elles visent également à veiller à ce qu'il ne puisse être porté atteinte à la faculté de solliciter la dissolution de l'union (1^{re} Civ., 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-11.262, *Bull.* 1992, I, n° 229; 1^{re} Civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-11.520, *Bull.* 2006, I, n° 524).

En outre, par souci d'assurer un contrôle de l'autorité publique sur les divorces prononcés en France, la Cour de cassation a jugé qu'«il ne peut y avoir en France de divorce sans décision judiciaire; que les actes des autorités religieuses y sont en la matière dénués d'effets civils». Est donc légalement justifié l'arrêt qui refuse d'admettre qu'un mariage célébré en Italie entre deux étrangers selon les règles de la loi mosaïque avait été dissous par une sentence du tribunal rabbinique de Paris (1^{re} Civ., 15 juin 1982, pourvoi n° 81-12.611, *Bull.* 1982, I, n° 224).

§ 2. Protection du sujet de droit dans sa vie familiale

L'analyse de la jurisprudence montre que l'ordre public intervient pour protéger l'ensemble des individus qui composent la famille. Cette protection vise aussi bien la filiation (A) et l'intérêt de l'enfant (B) que l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale (C) ou le droit à des aliments (D). D'un ordre public de direction et de sauvegarde de la famille, l'ordre public évolue en matière familiale vers un ordre public de protection des individus. « Dans la logique de ce changement, l'ordre public international en matière familiale s'est concentré sur les sujets, grâce à l'ordre public de proximité » (J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? » in *Le Droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 305).

A. Protection de la filiation

1. Droit d'établir sa filiation

L'ordre public international français garantit à un enfant français ou résidant habituellement en France le droit d'établir sa filiation.

Ce principe est posé dès 1938 (Civ., 8 mars 1938, *RCDIP* 1938, p. 653, note H. Batiffol), lequel contient les prémices de l'ordre public de proximité (voir J. Guillaumé, art. préc., p. 304). La loi anglaise normalement applicable ne permettait pas à la mère de reconnaître son enfant naturel. Elle est écartée par la Cour de cassation en raison du « droit imprescriptible qu'a une mère française de reconnaître son enfant dans les formes et conditions édictées par la loi française ».

Par la suite, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 3 novembre 1988, « que les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires » (1^{re} Civ., 3 novembre 1988, pourvoi n° 87-11.568, *Bull.* 1988, I, n° 298; *JDI* 1989, p. 703, note F. Monéger; *RCDIP* 1989, p. 495, note Foyer). Le seuil d'intervention de l'ordre public international était donc le refus d'octroi de subsides.

Mais depuis 1993, il est établi que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation » (1^{re} Civ., 10 février 1993, pourvoi n° 89-21.997, *Bull.* 1993, I, n° 64; *RCDIP* 1993, p. 620, note J. Foyer; *JDI* 1994, p. 124, note I. Barrière-Brousse; *D.* 1994, jur., p. 66, note J. Massip). La loi tunisienne normalement applicable a ainsi été écartée, afin de permettre à la mère d'une mineure, française et résidant en France, d'agir en recherche de paternité hors mariage, malgré l'interdiction de la loi tunisienne normalement applicable.

La Cour de cassation fait ainsi jouer en matière familiale l'ordre public de proximité, qui s'applique en cas de liens forts avec la France (comme en l'espèce, nationalité ou résidence en France). Reprise d'une théorie allemande, l'*Inlandsbeziehung*, ce concept fait dépendre l'intensité de l'intervention de l'ordre public des attaches que présente la situation litigieuse avec le for (voir J. Foyer, *RCDIP* 1993, p. 620, préc.).

Cette solution a été confirmée récemment : « Mais attendu qu'ayant, à bon droit, mis en œuvre la loi ivoirienne, désignée par la règle de conflit de l'article 311-14 du code civil français, qui rattache l'établissement de la filiation à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant et, ayant relevé que M. X..., étant marié au moment de la naissance de cet enfant, l'action en recherche de paternité était irrecevable en application des articles 22 et 27 du code de la famille ivoirien, la cour d'appel a exactement décidé que ces dispositions étaient contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle » (1^{re} Civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 09-71.369, *Bull.* 2011, I, n° 182; *Dr. fam.* n° 1, janvier 2012, comm. 19, p. 46 par M. Farge; E. Viganotti, *Af Famille* 2012, p. 50; J. Guillaumé, *JDI* n° 1, janvier 2012, 4; A. Devers, *Gaz. Pal.* n° 77, 17 mars 2012, p. 25). Il résultait des faits de l'espèce, souverainement relevés par l'arrêt attaqué, que l'enfant était né en France et élevé en France, lieu de résidence de sa mère.

La notion d'ordre public de proximité conduit en revanche à appliquer la loi étrangère lorsque l'enfant n'a pas la nationalité française ou ne réside pas en France, les éléments de rattachement au droit français étant alors insuffisants pour faire usage de l'exception d'ordre public international de proximité (1^{re} Civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 05-10.299, *Bull.* 2006, I, n° 226; 1^{re} Civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 06-13.284, *Bull.* 2007, I, n° 158).

2. Principe de l'actualité de l'ordre public

Le droit de la filiation a également été l'occasion de faire application du principe dit de « l'actualité de l'ordre public » (appliqué depuis l'arrêt 1^{re} Civ., 23 novembre 1976, B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française du droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 57), qui commande de confronter la disposition critiquée de la loi étrangère à l'état le plus actuel de l'ordre public international du for. En vertu de ce principe, la compatibilité d'une décision étrangère avec l'ordre public international français doit être appréciée au jour où statue le juge français de l'*exequatur* et non au jour de la décision étrangère.

Ainsi, il a été jugé que «la compatibilité d'une constatation de paternité adultérine avec l'ordre public international tel qu'il est conçu en France devait être appréciée au jour où statu[ait] le juge français de l'*exequatur*, et non au jour de la décision étrangère». Pouvait dès lors recevoir l'*exequatur* en France la décision étrangère intervenue à une époque à laquelle l'ordre public français s'opposait à toute recherche de paternité adultérine, dès lors que le juge français avait statué postérieurement à la loi française n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation (1^{re} Civ., 23 novembre 1976, pourvoi n° 75-13.113, *Bull.* 1976, I, n° 360).

C'est également en application de ce principe de «l'actualité de l'ordre public» qu'une loi belge, qui ne permettait pas la légitimation par le mariage des enfants adultérins, a été écartée, «le principe de la légitimation par le mariage des enfants naturels, même d'origine adultérine, tradui[sant] une conception fondamentale actuelle du droit français entraînant, par l'effet de l'ordre public[,] l'éviction de la loi belge» (1^{re} Civ., 12 mai 1987, pourvoi n° 84-14.472, *Bull.* 1987, I, n° 150; *Gaz. Pal.*, 5 mai 1988, n° 125-126, note J. Massip).

3. Filiation adoptive

Le rôle protecteur de l'ordre public joue également tout particulièrement en matière de filiation adoptive.

L'article 370-3, alinéa 3, du code civil, relatif au conflit des lois en matière de filiation adoptive, introduit dans le code civil par la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, rappelle que, quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant, lequel doit être libre, obtenu sans contrepartie, après la naissance de l'enfant, et éclairé sur les conséquences de l'adoption.

Avant même l'adoption de ce texte, la Cour de cassation jugeait que le défaut de consentement du représentant légal de l'enfant était contraire à l'ordre public. Ainsi, un jugement polonais d'adoption qui ne faisait pas référence au consentement à l'adoption du père de l'enfant a été jugé contraire à l'ordre public français : «Attendu que le jugement polonais d'adoption produit de plein droit tous ses effets en France s'il réunit les conditions prévues par l'article 19 de la Convention franco-polonaise du 5 avril 1967; que, notamment, il ne doit rien contenir de contraire à l'ordre public français; que la cour d'appel a relevé qu'il ne faisait aucune référence au consentement à l'adoption du père de l'enfant dont il indiquait pourtant le nom; qu'en cet état, elle a, à bon droit, décidé qu'une adoption prononcée sans le consentement des représentants légaux de l'enfant était contraire à l'ordre public; que, par ces seuls motifs, elle a légalement justifié sa décision» (1^{re} Civ., 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-10.848, *Bull.* 2000, I, n° 219).

Sur la mise en œuvre de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil interdisant le prononcé d'une adoption pour les enfants de statut prohibitif et la jurisprudence de la Cour relative à la *kafala*, il est renvoyé à la partie 3, titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, C, 2.

La première chambre civile a également été amenée à se prononcer sur l'*exequatur* d'une décision étrangère prononçant l'adoption simple d'un enfant par la partenaire de sa mère biologique.

La question posée était de savoir si la solution interne de refus de l'adoption simple fondée sur l'article 365 du code civil français (voir 1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 04-15.676, *Bull.* 2007, I, n° 70 et pourvoi n° 06-15.647, *Bull.* 2007, I, n° 71, voir partie 2, titre 2, chapitre 2, section 1, § 3) pouvait être invoquée pour s'opposer à l'*exequatur* d'un jugement étranger d'adoption, qui, faisant application de la loi étrangère, avait prononcé l'adoption de l'enfant, par la compagne de sa mère, en maintenant les droits d'autorité parentale de la mère biologique.

La première chambre civile a jugé que la création d'un double lien de filiation au sein d'un couple de même sexe ne heurtait pas l'ordre public. Cette situation (adoption simple par la partenaire française de l'enfant conçu par insémination artificielle par sa compagne américaine) ne heurtait pas de « principes essentiels » du droit français dès lors qu'il y avait partage de l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante. Elle a statué en ces termes : « Attendu 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 » (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162 ; *Dr. fam.* n° 10, octobre 2010, comm. 156 par M. Farge ; C. Neirinck, « L'*exequatur* du jugement d'adoption simple de l'enfant de la partenaire étrangère », *Dr. fam.* n° 10, octobre 2010, repère 9 ; *PA* n° 327, 29 novembre 2011, chr. de droit international privé, note A. Dionisi-Peyrusse, p. 11 ; *Af Famille*, septembre 2010, p. 387, note A. Mirkovic).

Sur le refus d'*exequatur* de jugements étrangers prononçant l'adoption plénière d'un enfant par deux personnes du même sexe, il est renvoyé au titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, C, 1, a.

B. Protection de l'intérêt de l'enfant

Une décision étrangère statuant sur la résidence des enfants après divorce qui se réfère « à des critères de principe et non à la prédominance de l'intérêt effectif de ces enfants, en fonction de données concrètes, ne [répond] pas aux exigences de l'ordre public français, même atténué » (1^{re} Civ., 30 janvier 1979, pourvoi n° 78-11.568, *Bull.* 1979, I, n° 37 ; voir également partie 2, titre 2, chapitre 2, section 1, § 3).

C. Protection de l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale

L'exercice conjoint de l'autorité parentale fait partie de la conception française de l'ordre public.

Ainsi, le jugement étranger qui donne à la mère seule le droit de prendre les décisions concernant les enfants, et notamment « de consentir à leur engagement dans les forces armées des États-Unis », interdisant au père de laisser sa « maîtresse » « en présence des enfants sauf s'il se marie avec elle », et « interdisant à toute personne du sexe opposé de passer la nuit à son domicile lorsqu'il reçoit les enfants » porte atteinte « à des principes essentiels du droit français fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale » (1^{re} Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.302, *Bull.* 2010, I, n° 218 ; A. Boiché, *Af Famille* 2011, p. 46 ; M.-C. Meyzeaud-Garaud, *RJPF* n° 1, janvier 2011, p. 23 ; M. Eppler, *Gaz. Pal.* février 2011, n° 36, p. 27 ; voir également titre 2, chapitre 2, section 1, § 2, C, 1, a).

Pour le professeur Isabelle Barrière-Brousse (*JDI* n° 1, janvier 2011, 5), cette décision « érige en principe d'ordre public international celui selon lequel la séparation des parents est sans incidence sur l'exercice en commun de l'autorité parentale (V. C. civ., art. 373-2, al. 1, c) ».

Comme l'analyse également Marie-Christine Meyzeaud-Garaud (art. préc.), cette décision confirme l'existence d'un ordre public européen inclus dans l'ordre public international. La Cour de cassation, qui mobilise directement le principe européen d'égalité entre époux, consacré par l'article 5 du Protocole n° 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984, pour écarter l'application de décisions musulmanes de répudiation (1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 01-11.549, *Bull.* 2004, I, n° 47 et pourvoi n° 02-11.618, *Bull.* 2004, I, n° 48), retient ici le principe de l'égalité des parents, couplé avec l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée et familiale, pour faire échec au jugement de divorce texan porteur de modalités discriminatoires d'exercice de l'autorité parentale.

D. Protection du droit à des aliments

L'ordre public garantit à une personne française ou domiciliée en France le droit à des aliments : doit dès lors être écartée au profit de la loi française une loi qui « ne prévoit ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire pour l'épouse, ni dommages-intérêts pour celle-ci en cas de divorce », une telle loi étant « manifestement incompatible avec l'ordre public français » (1^{re} Civ., 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-11.262, *Bull.* 1992, I, n° 229).

De même, une cour d'appel, qui a « souverainement estimé que la loi marocaine, alors applicable, ne permettait pas d'allouer à l'épouse une allocation suffisante après le divorce, en a exactement déduit qu'elle était, sur ce point, contraire à l'ordre public international français » (1^{re} Civ., 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-11.520, *Bull.* 2006, I, n° 524).

Doit également être écartée comme contraire « à l'ordre public international français, la disposition [d'un] jugement étranger par laquelle [la mère, de nationalité française et résidant de manière habituelle en France,] devait assumer seule l'entretien de sa fille » (1^{re} Civ., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-15.583 ; E. Mulon, *Gaz. Pal.* 23 janvier 2010, n° 23, p. 22). La Cour de cassation rappelle dans cet arrêt que « le droit aux aliments est un droit qui s'impose aux père et mère qui ne peuvent y renoncer. »

Enfin, comme il a été rappelé ci-dessus (§ 2, A), serait contraire à la conception française de l'ordre public international une loi étrangère qui n'assurerait pas à un enfant les subsides qui lui sont nécessaires (1^{re} Civ., 3 novembre 1988, pourvoi n° 87-11.568, *Bull.* 1988, I, n° 298).

Section 2 – Droit patrimonial de la famille

Le rôle protecteur des normes d'ordre public dans le domaine du droit patrimonial de la famille peut être recherché dans le droit des régimes matrimoniaux (§ 1) et dans celui des successions et libéralités (§ 2).

§ 1. Régimes matrimoniaux

Les décisions relatives au contentieux des régimes matrimoniaux ne se fondant pas sur l'ordre public, il n'est pas possible de déterminer, en la matière, les finalités de celui-ci.

Tout au plus peut-on relever que le législateur, en étant précis dans les règles qu'il édicte et les prohibitions qu'il impose, assure lui-même le respect des dispositions dont la doctrine relève qu'elles sont d'ordre public, sans qu'il y ait place pour une appréciation de celui-ci par la Cour de cassation, qui se borne à contrôler l'exacte application de règles impératives et à sanctionner, le cas échéant, tout écart en relevant une violation du texte en cause.

§ 2. Successions et libéralités

La doctrine enseigne que le code civil de 1804 a opéré une transaction entre la succession légale, acquise par l'effet de la loi, et la succession testamentaire, qui relève de la volonté du défunt. La première, *ab intestat*, est à la fois impérative et supplétive. Elle est notamment imposée par l'institution de la réserve qui protège les héritiers des libéralités faites par le défunt au-delà de la quotité disponible définie par la loi.

Alors qu'un auteur (M. Grimaldi, *Droit civil. Successions*, Litec, 6^e éd., 2001) peut consacrer dans son ouvrage un important chapitre de la partie traitant du pouvoir de la volonté dans la dévolution de la succession aux limites de ce pouvoir en l'adossant, dans l'intitulé lui-même, à l'ordre public successoral, on est surpris de ce que la jurisprudence de la Cour de cassation ne se réfère que rarement à cet ordre public.

Peut-être peut-on y voir le reflet de la volonté du législateur d'assurer, en cette matière, par la force de la loi, le respect de ses objectifs, notamment celui d'égalité des enfants. Le code civil réglemente avec précision la matière successorale. Les règles impératives sont énoncées. L'espace de la liberté de transmission, par donation entre vifs ou testamentaire, est délimité. Il n'est donc pas nécessaire à la Cour de cassation de se référer à l'ordre public pour imposer des règles dont le caractère impératif, qui ressort de la rédaction des textes, suffit à assurer l'application. C'est pourquoi de nombreux arrêts se réfèrent à ce caractère impératif des dispositions sur lesquelles ils statuent, ce qui suffit à fonder ces décisions.

L'ordre public est invoqué pour imposer à la personne qui transmet son patrimoine le respect des règles de protection de la réserve, laquelle ne relève pas de simples intérêts privés, ce qui ressort d'un arrêt qui énonce qu'«une clause pénale ne peut être valablement insérée dans une libéralité et pour assurer l'exécution de ses dispositions, que lorsque celles-ci sont licites et ne touchent qu'à des intérêts privés», alors qu'en l'espèce il s'agissait de savoir si l'atteinte à la réserve pouvait être invoquée à l'appui de la demande d'annulation de l'acte sans que les sanctions convenues dans la donation soient encourues (1^{re} Civ., 10 mars 1970, pourvoi n° 68-13.205, *Bull.* 1970, I, n° 89).

Si les libéralités ne doivent pas porter atteinte à la réserve des héritiers, toute atteinte à la réserve n'est pas pour autant prohibée et la protection de celle-ci n'est que relative. Ainsi, l'article 921 du code civil prévoit que l'action en réduction des dispositions entre vifs ne pourra être exercée que par les héritiers réservataires ou leurs héritiers ou ayants cause. Ni les donataires, ni les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction ou en profiter. Les personnes que la loi entend protéger par

l'institution d'une réserve sont donc libres de ne pas s'en prévaloir, quand bien même cette institution est d'ordre public. Dès lors on comprend pourquoi des arrêts font seulement référence aux « règles impératives protectrices des droits de l'héritier réservataire » quand il s'agit d'appliquer ce texte (1^{re} Civ., 10 juin 1975, pourvoi n° 73-11.265, *Bull.* 1975, I, n° 193).

S'agissant des donations, dont la forme notariée est une exigence d'ordre public (1^{re} Civ., 12 juin 1967, *Bull.* 1967, I, n° 208), laquelle s'impose aussi à leur acceptation (1^{re} Civ., 11 septembre 2013, pourvoi n° 12-15.618, *Bull.* 2013, I, n° 167), il est jugé que « si tout acte portant donation entre vifs doit être passé devant notaire, aucun texte n'oblige le donateur qui entend renoncer postérieurement à une clause de cet acte, fût-elle protectrice de ses intérêts, à utiliser la forme authentique » (1^{re} Civ., 14 mai 1996, pourvoi n° 94-15.826 ; 1^{re} Civ., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-19.614, *Bull.* 2005, I, n° 168). Le donateur peut donc valablement renoncer par acte sous seing privé au bénéfice de la rente que la donation-partage avait mise à la charge d'un des donataires, alors même que l'ordre public impose d'établir cette donation-partage par acte notarié.

Plus généralement, le législateur a même expressément prévu par l'article 1340 du code civil que la confirmation, la ratification ou l'exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre exception.

Pourtant, le défaut d'acceptation régulière de la donation n'est pas considéré comme une nullité relative qui pourrait être opposée seulement par le donataire, mais comme une nullité absolue qui peut être invoquée notamment par les créanciers du donateur (Req., 15 juillet 1889, *D.P.* 1890, I, p. 100) et l'action en nullité échappe à la prescription abrégée établie par l'article 1304 du code civil pour être soumise à la prescription trentenaire, alors applicable aux actions en nullité absolue (1^{re} Civ., 26 janvier 1983, pourvoi n° 82-10.426, *Bull.* 1983, I, n° 39 ; ou, dans un cas voisin, 1^{re} Civ., 29 novembre 1989, pourvoi n° 88-13.926, *Bull.* 1989, I, n° 368).

Absolue durant la vie du donateur, la nullité pour non-respect des règles de forme des donations qui sont d'ordre public n'est donc plus que relative après son décès. La règle est justifiée ainsi : « La solennité a pour but de protéger le donateur et sa famille et n'est utile que s'il ne peut y renoncer ; une fois qu'il est mort, ses héritiers peuvent renoncer à une nullité devenue pour eux un droit acquis » (Ph. Malaurie, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 5^e éd., 2012, n° 393).

L'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, instituée par l'article 955 du code civil, reconnue d'ordre public, a pour objet la protection de la personne qui transmet ses biens. Ainsi, un arrêt retient que, « intéressant l'ordre public, le donateur ne peut y renoncer avant que le fait constitutif d'ingratitude se soit produit » (1^{re} Civ., 22 novembre 1977, pourvoi n° 76-10.821, *Bull.* 1977, I, n° 431). Le donateur se trouve donc protégé contre lui-même puisqu'il ne saurait écarter, par avance, cette action. Toutefois, celle-ci est strictement personnelle au donateur (1^{re} Civ., 8 mars 1988, pourvoi n° 86-11.144, *Bull.* 1988, I, n° 67), la révocation pour cause d'ingratitude n'ayant jamais lieu de plein droit aux termes de l'article 956 du même code. Il faut observer aussi que l'article 958 limite les conséquences de la révocation pour les tiers lorsque le donataire aura aliéné ou hypothéqué le bien donné. Là encore, les conséquences de l'affirmation selon laquelle la règle est d'ordre public sont atténuées.

L'ordre public a aussi été convoqué pour définir le régime de nullité des donations déguisées ou faites à personnes interposées entre époux de l'ancien article 1099, alinéa 2, du code civil. De ce qu'il affirme que ce texte est fondé sur une raison d'ordre public, un arrêt (1^{re} Civ., 10 mars 1970, pourvoi n° 68-11.558, *Bull.* 1970, I, n° 88) tire la conséquence que la nullité est absolue et échappe au délai de prescription des nullités relatives.

Au contraire, l'ordre public n'est pas expressément invoqué pour repousser les clauses résolutoires, en cas de prononcé du divorce ou de demande en divorce, des donations entre époux de biens présents prenant effet au cours du mariage. La référence au caractère impératif de l'article 265, alinéa premier, du code civil suffit à faire obstacle à l'insertion d'une telle disposition dans la donation (1^{re} Civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-13.791, *Bull.* 2012, I, n° 56).

Il n'est pas plus directement invoqué lorsqu'il est affirmé que « n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère » (Ass. plén., 29 octobre 2004, pourvoi n° 03-11.238, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 12). Plus généralement, le contrôle de la validité des libéralités passe par le filtre de la cause. Comme pour toute convention, la cause doit être licite, ce que rappelle l'article 900 du code civil qui répute non écrite toute disposition entre vifs ou testamentaire « contraire aux lois et aux bonnes mœurs » (Req., 25 mars 1946, *D.* 1946, p. 222 ; 1^{re} Civ., 21 novembre 2012, pourvoi n° 10-17.365, *Bull.* 2012, I, n° 243). Ce texte suffit donc à écarter les dispositions qui pourraient se voir annulées par l'application des dispositions générales de l'article 1133 du code civil.

Chapitre 2 – Dans ses relations de travail, économiques et sociales

La vie économique est faite de relations, d'échanges, véritable ballet entre acteurs qui nécessite la mise en place et le respect de règles qui en assurent l'harmonie. La diversité et la disparité des situations respectives des différents acteurs de cette vie économique font peser un risque d'abus de certains, plus puissants, sur d'autres, plus faibles. C'est pour rechercher un certain équilibre des forces que les règles d'ordre public tendent à assurer la protection des sujets de droit, aussi bien dans les relations économiques de la vie quotidienne (section 1), que dans celles du travail (section 2) et du monde des affaires (section 3).

Section 1 – Dans les relations économiques de la vie quotidienne

Le particulier, dans sa vie quotidienne, est amené à entretenir toute une série de relations économiques avec son environnement, tout aussi bien lorsqu'il consomme (§ 1), s'assure (§ 2), emprunte (§ 3), se porte caution (§ 4) ou encore, en cas de difficultés, fait l'objet d'une saisie (§ 5) ou décide d'avoir recours à la procédure de surendettement (§ 6). Dans tous ces actes, des règles d'ordre public tendent à le protéger vis-à-vis d'acteurs économiques plus puissants que lui.

§ 1. Consommateur

S'interroger sur la manière dont l'ordre public protège le consommateur nécessite au préalable de définir ce dernier. Or, notre droit positif ne comporte aucune définition du consommateur. Adoptant une démarche empirique, certains auteurs ont entrepris d'en préciser les contours, y voyant « une personne physique qui se procure ou est susceptible de se procurer un bien de consommation ou un service de même nature, pour ses besoins personnels ou ceux de sa famille, dans un but autre que celui de satisfaire aux besoins d'une entreprise ou d'une profession libérale » (G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^e éd., 2011, n° 50), ou encore « une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel » (J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 8^e éd., 2010, n° 7). Contribuant à l'œuvre de définition, la Cour de cassation a précisé que le consommateur ne pouvait être une personne morale (1^{re} Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-11.231), ni davantage un professionnel ayant conclu un contrat pour les besoins de son activité (1^{re} Civ., 21 février 1995, pourvoi n° 93-14.041). Au-delà des incertitudes entourant la notion de consommateur, celui-ci est couramment présenté en situation de faiblesse face à un professionnel rompu aux affaires lui proposant un bien ou un service. Aussi notre droit s'attache-t-il à rétablir l'équilibre entre ces deux acteurs dont la relation se noue par le contrat, un tel rétablissement étant assuré par de multiples dispositions dont nombre d'entre elles sont d'ordre public.

Surgit ici la traditionnelle distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection. D'aucuns considèrent que le consommateur serait uniquement protégé par le second, le premier concourant au bon fonctionnement du marché. En réalité, ces deux formes d'ordre public semblent se rejoindre au service de l'intérêt général : la régulation du marché profite à l'ensemble des consommateurs, tandis que la défense des intérêts particuliers concourt au bon fonctionnement de l'économie. L'interaction est forte, à telle enseigne qu'un auteur a pu parler en la matière d'« ordre public univoque » (N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil. Les contrats de consommation : règles communes*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2013, n° 970). Ce rapprochement des deux ordres publics trouve une manifestation particulière dans la faculté désormais offerte au juge de soulever d'office toutes les dispositions du code de la consommation dans les litiges nés de son application (article L. 141-4 du code de la consommation), la Cour de cassation ayant elle-même fini par admettre que le juge pouvait relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation (1^{re} Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 05-20.176, *Bull.* 2009, I, n° 9), fût-ce donc une disposition intéressant l'ordre public de protection.

Quelle que soit leur finalité, les dispositions d'ordre public protégeant le consommateur s'appliquent aux différents stades de la vie du contrat.

C'est ainsi tout d'abord que certaines dispositions prévoient une information précontractuelle du consommateur. C'est notamment le cas en matière de commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, l'article L. 121-20-11 du code de la consommation disposant que le consommateur doit, avant tout engagement, recevoir par écrit, ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, les conditions contractuelles ainsi que les informations mentionnées à l'article L. 121-20-10 du même code, le caractère d'ordre public de telles dispositions étant affirmé par l'article L. 121-20-16.

La formation du contrat obéit ensuite couramment à un formalisme particulier. À cet égard, l'article 6 de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales soumet à des conditions précises la conclusion du contrat de courtage matrimonial, de telles dispositions étant d'ordre public (1^{re} Civ., 13 janvier 1998, pourvoi n° 96-12.047). De même, les opérations de démarchage évoquées à l'article L. 121-21 du code de la consommation doivent faire l'objet d'un contrat écrit dont un exemplaire est remis au client lors de la conclusion de ce contrat, lequel doit comporter les mentions énoncées à l'article L. 121-23 du même code, une telle disposition étant à son tour d'ordre public (1^{re} Civ., 9 juillet 2003, pourvoi n° 02-12.267).

Après la conclusion du contrat, la loi octroie parfois au consommateur un délai de rétractation ou de repentir. Tel est le cas en matière de vente à distance, l'article L. 121-20, alinéa 1^{er}, du code de la consommation accordant au consommateur un délai de sept jours pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour, une telle faculté étant d'ordre public en vertu de l'article L. 121-20-16 du même code. De même, en matière de démarchage, l'article L. 121-25 du code de la consommation ménage au consommateur un droit de repentir pouvant s'exercer pendant un délai de sept jours, l'exercice d'un tel droit étant d'ordre public et le consommateur ne pouvant y renoncer (1^{re} Civ., 16 mars 1994, pourvoi n° 92-13.828).

S'agissant du contenu du contrat, il faut évoquer plus particulièrement la protection du consommateur contre les clauses abusives, soit celles ayant pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, ainsi qu'il résulte de la définition qu'en donne l'article L. 132-1 du code de la consommation, dont les dispositions sont d'ordre public aux termes de son dernier alinéa. Le juge peut ainsi d'office priver d'effet une clause abusive, soit qu'elle figure dans l'une des listes établies par décret, soit même qu'elle lui apparaisse abusive, la Cour de cassation ayant admis qu'une clause puisse être considérée comme abusive sur le seul fondement de l'article L. 132-1, même en l'absence d'un décret ayant formellement dénoncé l'existence d'un tel type de clause (1^{re} Civ., 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-17.731, *Bull.* 1987, I, n° 226). Concourant à la protection du consommateur, les associations agréées de défense des consommateurs peuvent, en vertu de l'article L. 421-6, alinéa 2, du code de la consommation, agir en suppression des clauses abusives à titre préventif (1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 08-14.402, *Bull.* 2011, I, n° 23), tandis que la Commission des clauses abusives publie des recommandations destinées à protéger les consommateurs (par exemple, recommandation n° 2005-02 relative aux conventions de compte de dépôt).

L'ordre public assure également la protection du consommateur durant l'exécution du contrat. L'article L. 121-90 du code de la consommation prévoit ainsi que tout projet de modification par le fournisseur d'électricité ou de gaz naturel des conditions contractuelles – exception faite de la modification imposée par la loi ou le règlement – doit être communiqué au consommateur au moins un mois avant la date d'application envisagée, cette communication étant assortie d'une information précisant au consommateur qu'il peut résilier le contrat sans pénalités, une telle disposition étant d'ordre public (article L. 121-94). De même encore, le professionnel, responsable de plein droit à l'égard du consommateur, en vertu de dispositions d'ordre public, de la bonne exécution des obligations nées d'un contrat conclu à distance, ne peut conventionnellement exclure ni

limiter, en dehors des prévisions de la loi, la réparation due au consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un tel contrat (1^{re} Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-14.856, *Bull.* 2008, I, n° 263).

Enfin, les dispositions d'ordre public sont assorties de sanctions qui en assurent l'effectivité. C'est ainsi notamment que la méconnaissance des dispositions des articles L. 121-21 et suivants du code de la consommation, édictées dans l'intérêt des personnes démarchées à domicile, est sanctionnée par une nullité relative (1^{re} Civ., 2 octobre 2007, pourvoi n° 05-17.691, *Bull.* 2007, I, n° 316). S'agissant des clauses abusives, celles figurant dans les contrats déjà conclus sont réputées non écrites (1^{re} Civ., 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.411, *Bull.* 2004, I, n° 287), tandis que celles figurant dans un contrat non encore conclu mais proposé aux consommateurs doivent être supprimées dans tous les modèles de contrat utilisés ou diffusés par le professionnel concerné (1^{re} Civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 06-17.630). Les sanctions encourues peuvent enfin être de nature pénale. Ainsi en est-il de l'article R. 121-13 du code de la consommation qui punit de peines contraventionnelles le refus de vente ou de prestation de services au consommateur (Crim., 21 octobre 1998, pourvoi n° 97-80.981, *Bull. crim.* 1998, n° 273).

§ 2. Assuré

Les dispositions du livre I du code des assurances relatives au droit du contrat d'assurance ont pour l'essentiel un caractère impératif et ne peuvent être modifiées par convention à l'exception de celles qui ne donnent aux parties qu'une simple faculté et qui sont limitativement énumérées à l'article L. 111-2 du code des assurances. Toutes les dispositions impératives contenues dans le code des assurances n'ont pas toutefois pour finalité d'assurer la protection de l'assuré. Certaines sont instituées dans l'intérêt de l'assureur, telles les dispositions sanctionnant la réticence ou la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré lorsqu'elle change l'objet du risque ou modifie l'opinion qu'il pouvait avoir du risque à assurer (article L. 113-8 du code des assurances). D'autres sont édictées en faveur de tiers, comme la faculté donnée à la victime d'exercer une action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable (article L. 124-3 du code des assurances). La protection de l'assuré n'en demeure pas moins l'un des objectifs essentiels des dispositions d'ordre public du droit des assurances, qu'il s'agisse d'assurer la couverture obligatoire de certains risques (A) ou de garantir la sécurité juridique du preneur d'assurance (B).

A. Ordre public de protection et sécurité imposée : assurances et garanties obligatoires

Dérogant au principe de la liberté contractuelle, le législateur a institué des assurances et garanties obligatoires dans un souci de protéger l'assuré, mais aussi les victimes potentielles, contre certains risques particuliers.

1. Assurances obligatoires

Elles constituent l'atteinte la plus flagrante portée au principe de l'autonomie de la volonté en ce qu'elles imposent à l'assuré de contracter une police d'assurance dont les garanties minimales sont réglementées et souvent formalisées par le biais de clauses-types. L'obligation d'assurance ne pèse toutefois que sur l'assuré, et non sur l'assureur

qui demeure libre de refuser de couvrir un risque qu'il ne souhaite pas prendre en charge, sauf dans certains domaines strictement définis, notamment en matière d'assurance responsabilité civile automobile (article L. 212-1 du code des assurances) ou d'assurance construction (article L. 243-4 du code des assurances). Dans ces domaines spécifiques, l'assuré auquel est opposé un refus de garantie saisit le bureau central de tarification qui fixe le montant de la prime et éventuellement de la franchise qu'il estime nécessaire. L'assureur doit alors couvrir le risque, sauf à s'exposer au retrait de son agrément administratif.

Au cours des deux dernières décennies, le domaine de l'assurance obligatoire n'a cessé de croître, les professeurs Lambert-Faivre et Leveneur ayant recensé près de cent vingt obligations d'assurance, notamment en matière de responsabilité civile, dans le domaine des moyens de transport, des responsabilités professionnelles et des loisirs (*Droit des assurances*, Précis Dalloz, 13^e éd., 2011, n° 20).

2. Garanties obligatoires

À la différence de l'assurance obligatoire qui impose la souscription d'un nouveau contrat ou d'une nouvelle garantie dans le cadre d'un contrat déjà existant, les garanties obligatoires sont adossées à un contrat socle et s'appliquent automatiquement.

Ces extensions automatiques de garanties sont actuellement au nombre de cinq, à savoir la garantie catastrophes naturelles (article L. 125-1 à L. 125-6 du code des assurances), la garantie tempêtes, ouragans, cyclones (article L. 122-7 du code des assurances), la garantie des actes de terrorisme ou de sabotage (article L. 126-1 à L. 126-3 du code des assurances), et la dernière en date, la garantie des risques technologiques, créée par la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, après l'explosion de l'usine AZF à Toulouse le 21 septembre 2001 (articles L. 128-1 à L. 128-4 du code des assurances).

L'objet de cette étude n'étant pas d'analyser de manière exhaustive l'ensemble des garanties obligatoires instituées par le législateur, on examinera seulement les mécanismes de la garantie tempête, dont le caractère impératif a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle significative.

L'article L. 122-7 du code des assurances, créé par la loi n° 90-509 du 25 juin 1990, dispose, dans sa rédaction actuelle, que « les contrats d'assurance garantissant les dommages d'incendie ou tous autres dommages à des biens situés en France, ainsi que les dommages aux corps de véhicules terrestres à moteur, ouvrent droit à la garantie de l'assuré contre les effets du vent dû aux tempêtes, ouragans et cyclones, sur les biens faisant l'objet de tels contrats [...] ».

La question s'est posée de savoir si l'étendue de la garantie obligatoire en cas de tempête pouvait être librement définie par les parties ou si elle était nécessairement équivalente à la garantie prévue par le contrat socle.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a jugé que les bâtiments garantis au titre du risque incendie l'étaient nécessairement au titre du risque tempête en raison du caractère d'ordre public de l'article L. 122-7 du code des assurances (1^{re} Civ., 24 juin 2003, pourvoi n° 01-00.231). Dans cette espèce, l'assureur invoquait, pour refuser d'indemniser les dommages causés par la tempête à un poulailler, l'application d'une clause

d'exclusion de la garantie tempête pour les constructions légères se rapportant à l'activité agricole. La première chambre civile a censuré l'arrêt ayant débouté l'assuré de sa demande de garantie, en retenant « que la cour d'appel avait constaté que ces mêmes bâtiments étaient garantis au titre du risque incendie, ce dont il résultait qu'ils étaient nécessairement garantis au titre du risque tempête ».

Puis, dans trois arrêts postérieurs, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en posant comme principe que « si, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 25 juin 1990, devenu l'article L. 122-7 du code des assurances, les contrats garantissant les dommages d'incendie ouvrant droit à la garantie de l'assuré contre les effets du vent dus aux tempêtes, ouragans et cyclones sur les biens faisant l'objet de ces contrats, l'étendue de cette garantie peut être librement fixée par les parties et n'est égale à celle du risque incendie que si les parties n'en sont autrement convenues » (1^{re} Civ., 13 janvier 2004, pourvoi n° 02-16.175, *Bull.* 2004, I, n° 13 ; 1^{re} Civ., 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-17.305, *Bull.* 2004, I, n° 484 ; 2^e Civ., 16 juin 2005, pourvoi n° 04-14.908). Il a ainsi été admis dans l'arrêt du 13 janvier 2004 que la garantie tempête pouvait être limitée à un pourcentage très faible des capitaux garantis au titre du risque incendie, et dans celui du 4 novembre 2004 qu'il devait être fait application de la clause excluant de la garantie tempête les dommages occasionnés aux bâtiments non entièrement clos et couverts, alors qu'une telle exclusion n'était pas prévue dans le contrat socle.

Cette position a été vivement critiquée par la doctrine qui a considéré qu'elle conduisait à vider de sa substance la garantie obligatoire résultant des dispositions de l'article L. 122-7 du code des assurances (voir H. Groutel, « Refus de l'assureur d'exécuter le contrat d'assurance », *Resp. civ. et assur.* n° 10, octobre 2004, comm. 114 ; H. Groutel, « Fausse alerte pour les assureurs [à propos de la garantie tempête] », *Resp. civ. et assur.* n° 12, décembre 2004, étude 26 ; J. Kullmann, *RGDA* n° 2005-1, p. 185 et *RGDA* n° 2005-2, p. 523).

Dans deux arrêts du 8 février 2006, la Cour de cassation, revenant à la solution dégagée par l'arrêt du 24 juin 2003 précité, a jugé « [qu'il résulte de l'article L. 122-7 du code des assurances], dont les dispositions sont impératives, que les contrats d'assurance garantissant les dommages d'incendie ouvrent droit à la garantie de l'assuré contre les effets du vent dus aux tempêtes, ouragans et cyclones sur les biens faisant l'objet de tels contrats ; qu'il en résulte que la garantie tempête ne peut être exclue pour ces biens » (2^e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 04-17.942, *Bull.* 2006, II, n° 41 ; dans le même sens, 2^e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 04-19.647, *Bull.* 2006, II, n° 42). Elle a ensuite complété cet énoncé de principe en précisant que la garantie tempête ne peut être « ni exclue, ni réduite, ni rendue plus onéreuse pour ces biens », à savoir les biens garantis par le contrat socle (2^e Civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-19.094, *Bull.* 2006, II, n° 277).

B. Ordre public de protection et sécurité juridique de l'assuré

Le contrat d'assurance constituant le plus souvent un contrat d'adhésion, dont les clauses techniques et complexes sont rédigées par l'assureur et présentées au preneur d'assurance sans que ce dernier ne participe à leur élaboration, de nombreuses dispositions d'ordre public ont pour finalité d'assurer la sécurité juridique de l'assuré, considéré comme étant, des deux parties au contrat, celle qui est la plus faible et dont les intérêts méritent la plus grande protection. Sans prétendre à l'exhaustivité, ces dispositions

impératives, examinées sous l'angle de leur finalité, ont notamment pour objet de permettre à l'assuré de bénéficier d'une information suffisante, de garantir la lisibilité et la compréhension du contrat, d'éviter les illusions de garantie et de le protéger contre les conséquences d'une souscription hâtive et inconsidérée.

1. Permettre à l'assuré de bénéficier d'une information suffisante

a. Information documentaire imposée par le législateur avant la souscription du contrat

Certaines dispositions impératives du code des assurances imposent à l'assureur de délivrer à son futur cocontractant une information documentaire avant même la souscription du contrat. Celle-ci prend la forme de fiches d'information, de notes et de notices.

Selon l'article L. 112-2 du code des assurances, applicable aux assurances de dommages non maritimes et aux assurances de personnes, sous réserve des exceptions prévues à l'article R. 112-2 du même code, l'assureur doit fournir une fiche d'information sur les prix et la garantie et remettre à l'assuré avant la souscription du contrat un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice détaillée sur les garanties. Ce texte n'édicte toutefois aucune sanction spécifique à l'encontre de l'assureur qui néglige de délivrer cette information, celui-ci engageant seulement, le cas échéant, sa responsabilité sur le fondement du droit commun.

L'information précontractuelle de l'assuré a été renforcée en matière d'assurances sur la vie en raison de la complexité de ce type de contrats. Le législateur a ainsi inséré dans le code des assurances un article L. 132-5-1, prévoyant, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance, que « toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de trente jours à compter du premier versement. [...] L'entreprise d'assurance ou de capitalisation doit, en outre, remettre, contre récépissé, une note d'information sur les dispositions essentielles du contrat incluant, lorsque le contrat comporte des garanties exprimées en unités de compte, les caractéristiques principales de ces unités de compte, sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation, ainsi que sur le sort de la garantie décès en cas d'exercice de cette faculté de renonciation. Le défaut de remise des documents et informations énumérés au présent alinéa entraîne de plein droit la prorogation du délai prévu au premier alinéa jusqu'au trentième jour suivant la remise effective de ces documents ». De nombreux litiges sont nés au sujet de l'application de ce texte, des assurés, titulaires de contrats libellés en unités de compte qui n'avaient pas été destinataires d'une notice distincte des conditions générales et qui voyaient la valeur de leur contrat baisser en raison des fluctuations boursières, ayant entendu exercer leur droit de renonciation, parfois plusieurs années après la souscription, ce à quoi les entreprises d'assurance s'opposaient en faisant valoir notamment que l'exécution du contrat par l'assuré (rachats partiels, arbitrages...) emportait renonciation au bénéfice du droit de rétractation et que l'exercice de ce droit dans le seul but d'échapper aux conséquences de risques financiers librement consentis caractérisait un abus de droit et un manquement à l'exigence de bonne foi.

Dans deux arrêts du 7 mars 2006 qui ont fait l'objet d'une note au *Rapport annuel* 2006 (p. 401), la Cour de cassation a écarté ces arguments et jugé que « la renonciation aux dispositions d'ordre public de l'article L. 132-5-1 n'est pas possible » (2^e Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-12.338, *Bull.* 2006, II, n° 63), que « la faculté de renonciation ouverte de plein droit au preneur par l'alinéa 2 de l'article L. 132-5-1 du code des assurances, pour sanctionner le défaut de remise par l'assureur des documents et informations énumérés par ce texte, est indépendante de l'exécution du contrat, le délai de renonciation se trouvant prorogé jusqu'à l'accomplissement par l'assureur de ses obligations » (2^e Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-10.366, *Bull.* 2006, II, n° 63) et que l'exercice de cette faculté de renonciation est en outre « discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise » (2^e Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-12.338, *Bull.* 2006, II, n° 63 ; 2^e Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 05-10.366, *Bull.* 2006, II, n° 63). Dans un arrêt subséquent du 13 juillet 2006, la Cour de cassation a précisé que la note d'information prévue par l'article L. 132-5-1 du code des assurances est un document distinct des conditions générales et particulières du contrat dont il résume les dispositions essentielles, condamnant ainsi la pratique des entreprises d'assurance consistant à remettre à leurs clients un document unique intitulé « conditions générales valant note d'information » (2^e Civ., 13 juillet 2006, pourvoi n° 05-10.958, *Bull.* 2006, II, n° 205). En dépit de critiques formulées par certains auteurs, la Cour de cassation a maintenu sa position selon laquelle la renonciation au formalisme protecteur et d'ordre public énoncé à l'article L. 132-5-1 du code des assurances n'est pas possible tant que l'assureur n'a pas satisfait à ses obligations informatives, et ce, même si le contrat a fait l'objet d'actes d'exécution (2^e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-12.072, *Bull.* 2008, II, n° 177). La jurisprudence réserve toutefois le cas où le contrat d'assurance sur la vie a fait l'objet d'un rachat total avant que l'assuré ne se prévale de son droit de renonciation. Dans une telle hypothèse, elle juge « que la demande de rachat total d'un contrat d'assurance sur la vie met fin à ce contrat et prive de tout effet la faculté de renonciation exercée postérieurement » (2^e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-12.280, *Bull.* 2009, II, n° 50). En effet, l'exercice d'un droit de renonciation suppose l'existence d'un contrat toujours en cours, ce qui n'est pas le cas lorsqu'un rachat total a été opéré précédemment. Par ailleurs, la Cour de cassation admet que l'assuré puisse renoncer aux effets acquis du droit de renonciation qu'il a précédemment exercé. Une telle renonciation peut être implicite et découler de l'accomplissement d'actes d'exécution incompatibles avec l'exercice du droit de rétractation. La Cour de cassation a ainsi jugé que constituaient des actes non équivoques de renonciation la prolongation d'une délégation de créance au profit d'un tiers (2^e Civ., 25 février 2010, pourvoi n° 09-11.352, *Bull.* 2010, II, n° 43) et le gage souscrit sur le contrat d'assurance pour garantir un découvert bancaire (2^e Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 08-21.367). À l'inverse, n'ont pas été considérés comme manifestant la volonté non équivoque de l'assuré de renoncer à l'exercice de son droit de rétractation de simples rachats partiels (2^e Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-18.241).

La réforme opérée par la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance, applicable aux contrats conclus à partir du 1^{er} mars 2006, a modifié l'article L. 132-5-1 du code des assurances et créé un article L. 132-5-2. Ces dispositions nouvelles simplifient l'obligation d'information de l'assureur en autorisant la remise de conditions générales valant note d'information pour les contrats d'assurance comportant une valeur de

rachat ou de transfert, à la condition qu'un encadré en tête du contrat précise certaines informations essentielles. Par ailleurs, la prorogation du délai de renonciation en cas de non-respect par l'assureur de ses obligations informatives est limitée à huit ans. La Cour de cassation n'a pas encore fait application de ces dispositions nouvelles, qui ne devraient pas tarir le contentieux dès lors que l'absence de délivrance des documents informatifs demeure sanctionnée par un droit de rétractation prolongé.

b. Information contractuelle relative aux modalités de prescription des actions dérivant du contrat d'assurance

Les contrats d'assurance doivent comporter un certain nombre de mentions énumérées par les articles L. 112-4 et R. 112-1 du code des assurances. Ce dernier texte prévoit en particulier que « les polices d'assurance relevant des branches 1 à 17 de l'article R. 321-1 [...] doivent rappeler les dispositions des titres Ier et II du livre Ier de la partie législative du présent code concernant [...] la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance ». Après avoir, dans un premier temps, jugé que cette obligation d'information n'était assortie d'aucune sanction et qu'elle ne pouvait faire obstacle à l'acquisition de la prescription (1^{re} Civ., 22 janvier 2002, pourvoi n° 98-18.892), la Cour de cassation, infléchissant sa position, a décidé que l'inobservation des dispositions de l'article R. 111-2 du code des assurances « est sanctionnée par l'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription [biennale] édicté par l'article L. 114-1 du [code des assurances] » (2^e Civ., 2 juin 2005, pourvoi n° 03-11.871, *Bull.* 2005, II, n° 141). Restait à définir le contenu précis de cette obligation. Après avoir considéré que le simple visa des articles L. 114-1 et L. 114-2 du code des assurances était suffisant pour satisfaire aux prescriptions de l'article R. 112-1 du code des assurances (2^e Civ., 10 novembre 2005, pourvoi n° 04-15.041, *Bull.* 2005, II, n° 283), la deuxième chambre civile s'est montrée plus exigeante en affirmant 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 » (2^e Civ., 3 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.094, *Bull.* 2009, II, n° 201). Cette solution a été reprise par la troisième chambre civile dans un arrêt du 28 avril 2011 (3^e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-16.269, *Bull.* 2011, III, n° 60). La deuxième chambre civile a encore renforcé l'étendue de cette obligation d'information dans le domaine des assurances de responsabilité en censurant un arrêt qui avait retenu que l'information délivrée était satisfaisante « alors que le contrat ne rappelait pas que, quand l'action de l'assuré contre l'assureur a pour cause le recours d'un tiers, le délai de prescription court du jour où ce tiers a exercé une action en justice contre l'assuré ou a été indemnisé par ce dernier » (2^e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-16.403, *Bull.* 2011, II, n° 92). Complétant sa jurisprudence, la Cour de cassation a enfin jugé que le contrat d'assurance devait mentionner les causes ordinaires d'interruption de la prescription (2^e Civ., 18 avril 2013, pourvoi n° 12-19.519, *Bull.* 2013, II, n° 83).

2. Assurer la lisibilité et la compréhension du contrat d'assurance

a. Langue du contrat

Selon l'article L. 112-3 du code des assurances, « le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code

sont rédigés [...] en français». Ces dispositions intéressent les contrats proposés aussi bien par des compagnies d'assurance françaises que par des sociétés étrangères. Leur objectif est d'assurer la compréhension du contrat par le preneur d'assurance.

La jurisprudence sanctionne le non-respect de cette règle d'ordre public instituée dans l'intérêt de l'assuré par l'inapplication des clauses défavorables limitant ou excluant la garantie qui ne sont pas rédigées en français (1^{re} Civ., 24 novembre 1993, pourvoi n° 91-21.114, *Bull.* 1993, I, n° 346, s'agissant d'une clause d'exclusion de garantie).

Toutefois, en application de l'article L. 111-1 du code des assurances, cette règle ne s'applique pas aux assurances maritimes ou fluviales, à l'assurance crédit et aux contrats de réassurance. Elle connaît également deux exceptions prévues aux alinéas 3 et 4 de l'article L. 112-3 du code des assurances. En premier lieu, lorsque, en application des articles L. 183-1 et L. 183-2 du code des assurances, les parties ont la faculté d'appliquer une autre loi que la loi française, elles peuvent désigner d'un commun accord la langue du contrat si le souscripteur en fait la demande écrite, cette dernière condition n'étant toutefois pas exigée en matière de grands risques. En second lieu, même lorsque la loi française est applicable, le contrat peut être rédigé dans l'une des langues officielles du pays dont le souscripteur est ressortissant, à sa demande écrite et avec l'accord de l'assureur.

b. Typographie du contrat

Les dispositions impératives relatives à la typographie des clauses de la police d'assurance permettent d'en assurer la lisibilité par le preneur d'assurance, les contraintes imposées en la matière étant renforcées pour les clauses dont la mise en œuvre est susceptible d'entraîner des conséquences défavorables pour l'assuré. Ainsi, si toutes les clauses du contrat d'assurance doivent être rédigées en caractères apparents en application de l'article L. 112-3 du code des assurances, l'article L. 112-4 du même code dispose que «les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents».

Le respect du formalisme édicté par l'article L. 112-4 du code des assurances, qui a été qualifié d'ordre public par la Cour de cassation (1^{re} Civ., 24 novembre 1993, pourvoi n° 91-21.114, *Bull.* 1993, I, n° 346 préc.), conditionne la validité des clauses concernées, de sorte que celles qui ne sont pas rédigées en caractères très apparents sont réputées non écrites (voir, par exemple, 2^e Civ., 26 avril 2007, pourvoi n° 06-13.379; 2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-18.778).

Pour répondre aux exigences de ce texte, les clauses de nullité, de déchéance ou d'exclusion doivent «sauter aux yeux», selon l'expression employée par les professeurs Maurice Picard et André Besson (*Les Assurances terrestres*, tome 1, LGDJ, 5^e éd., 1982, n° 55). Si la Cour de cassation ne contrôle pas l'appréciation purement factuelle de la lisibilité des clauses, qui relève du pouvoir souverain des juges du fond (1^{re} Civ., 27 mai 1998, pourvoi n° 95-19.967; 1^{re} Civ., 26 avril 2000, pourvoi n° 97-18.605; 2^e Civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 02-14.120), elle contrôle en revanche la motivation des juges qui doit mettre en évidence le caractère très apparent de la clause litigieuse. Ainsi, ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui se borne «à relever [que la clause d'exclusion de garantie] litigieuse figurait [dans le contrat] en caractères apparents – ce qui est exigé de toutes les clauses d'une police d'assurance par l'article

L. 112-3 du code susmentionné – sans préciser si ces caractères étaient très apparents» (Crim., 30 janvier 1992, pourvoi n° 90-86.931, *Bull. crim.* 1992, n° 41). Dans le même ordre d'idées, ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui énonce qu'une clause de nullité est claire et lisible et qu'elle est donc conforme aux dispositions de l'article L. 112-4 du code des assurances, «sans rechercher si la clause litigieuse était rédigée en termes très apparents de manière à attirer spécialement l'attention de l'assuré sur la nullité qu'elle édictait» (2^e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-11.667).

Toutefois, la Cour de cassation juge que la protection légale édictée par l'article L. 112-4 du code des assurances ne s'applique pas aux nullités, déchéances ou exclusions qui sont prévues par la loi, même si elles sont rappelées dans le contrat (1^{re} Civ., 1^{er} décembre 1993, pourvoi n° 89-12.854, *Bull.* 1993, I, n° 350). Elle ne concerne pas non plus les clauses autres que celles qui sont spécifiquement visées par ce texte : ainsi, n'ont pas à être rédigées en caractères très apparents les clauses définissant les conditions de la garantie (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 11 décembre 1990, pourvoi n° 88-14.079) ou encore celles relatives au point de départ de la garantie souscrite (1^{re} Civ., 6 novembre 2001, pourvoi n° 99-11.973).

3. Éviter les illusions de garantie

La sécurité juridique de l'assuré implique qu'il soit mis en mesure d'apprécier exactement l'étendue des garanties souscrites et que le contrat d'assurance ne fasse pas naître une illusion de garantie. C'est dans cette optique que le législateur a prévu que les clauses d'exclusion de garantie, dont on a vu qu'elles doivent être rédigées en caractères très apparents, ne sont valables que si elles sont formelles et limitées. L'article L. 113-1 du code des assurances prévoit ainsi que «les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police». Ce texte, qui concerne tous les contrats d'assurance, à l'exception de ceux exclus par l'article L. 111-1 du même code (assurances maritimes et fluviales, assurance crédit, réassurance), figure parmi les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par convention en vertu de l'article L. 111-2 du même code. Rappelons tout d'abord que, selon la définition donnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 novembre 1996, la clause d'exclusion de garantie est «la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie [...] en considération de circonstances particulières de réalisation du risque» (1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, *Bull.* 1996, I, n° 413). Il convient de la distinguer des conditions de garanties qui définissent de manière positive l'aire contractuelle, son objet étant à l'inverse de placer en dehors du champ de la garantie un risque qui serait normalement couvert si elle n'avait pas été édictée. Dans un souci de protection de l'assuré, la Cour de cassation fait une application rigoureuse des exigences de l'article L. 113-1 du code des assurances relatives au caractère formel et limité des clauses d'exclusion de garantie. Il a ainsi été jugé que pour être formelle et limitée, la clause doit se référer à des faits, circonstances ou obligations définis avec précision, de sorte que l'assuré puisse connaître exactement l'étendue de sa garantie (1^{re} Civ., 20 juillet 1994, pourvoi n° 92-16.078, *Bull.* 1994, I, n° 256 ; 1^{re} Civ., 13 novembre 2002, pourvoi n° 99-15.808). Dans le même ordre d'idées, n'est pas formelle et limitée la clause d'exclusion qui se réfère à des critères imprécis et à des hypothèses non limitativement énumérées (1^{re} Civ., 29 octobre 1984, pourvoi n° 83-14.464, *Bull.* 1984, I, n° 283). Ainsi, il a été jugé que n'était pas formelle et limitée la clause d'une police d'assurance garantissant les risques

décès, invalidité et incapacité qui visait les maladies ou accidents occasionnés par l'alcoolisme sans autre précision (2^e Civ., 18 janvier 2006 pourvoi n° 04-17.872, *Bull.* 2006, II, n° 16) ou la clause excluant les dommages provenant d'un défaut permanent d'entretien ou d'un manque de réparations indispensables à la sécurité, la police ne définissant pas ces notions (1^{re} Civ., 30 septembre 1997, pourvoi n° 95-18.746). En outre, il a été jugé que dès lors qu'elle est sujette à interprétation en ce qui concerne son application, une clause d'exclusion de garantie ne peut être considérée comme étant formelle et limitée (1^{re} Civ., 22 mai 2001, pourvoi n° 99-10.849, *Bull.* 2001, I, n° 140; 2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-19.646, *Bull.* 2009, II, n° 237). Enfin, ne peut être considérée comme étant formelle et limitée une clause d'exclusion de garantie qui aboutit à vider le contrat de sa substance (1^{re} Civ., 17 février 1987, pourvoi n° 85-15.350, *Bull.* 1987, I, n° 55; 2^e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-16.045).

4. Protéger l'assuré contre les conséquences d'une souscription hâtive et irréfléchie

Le code des assurances comporte certaines dispositions impératives offrant à l'assuré une faculté de renonciation au contrat qu'il a conclu afin de le protéger contre les conséquences d'une souscription hâtive et inconsidérée. Ce droit de renonciation est limité à certains types de contrats qui sont considérés par le législateur comme présentant le plus grand risque pour le preneur d'assurance, soit en raison des modalités de leur conclusion, soit en raison de la nature de la garantie souscrite. Notons qu'il ne bénéficie pas à tous les assurés mais seulement à certains d'entre eux, à savoir le consommateur d'assurance en cas de démarchage à domicile (article L. 112-9 du code des assurances) ou de contrats conclus à distance (L. 112-2-1 du code des assurances) et le preneur d'assurance personne physique en matière d'assurances sur la vie. Nous n'évoquerons ici que le droit de renonciation offert au consommateur d'assurance qui contracte à distance, le droit de renonciation dont bénéficie le souscripteur d'un contrat d'assurance sur la vie ayant déjà été examiné dans le cadre du 1.

L'article L. 112-2-1 du code des assurances, créé par l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs transposant en droit interne la directive européenne n° 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, prévoit que le « souscripteur, personne physique, qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle » dispose d'une faculté de renonciation « sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités » lorsque le contrat d'assurance a été intégralement conclu en employant des techniques de communication à distance (internet, téléphone...). Pour définir l'étendue et les modalités de ce droit de renonciation, l'article L. 112-2-1 précité renvoie, en les adaptant, à certaines dispositions du code de la consommation relatives au droit de rétractation du consommateur en matière de services financiers offerts à distance. Le délai de renonciation dont bénéficie le consommateur d'assurance est de quatorze jours calendaires mais est porté à trente jours calendaires pour les contrats d'assurance sur la vie.

L'article L. 112-2-1 du code des assurances prévoit certaines exceptions à l'exercice du droit de renonciation qu'il instaure. Sont ainsi exclus du champ d'application de ce texte les polices d'assurance de voyage ou de bagage, les polices d'assurance similaires

à court terme d'une durée inférieure à un mois et les contrats d'assurance mentionnés à l'article L. 211-1 du code des assurances (assurance de responsabilité obligatoire automobile). Le droit de renonciation est également écarté pour «les contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de renonciation». La deuxième chambre civile a été amenée récemment à préciser ce qu'il fallait entendre par «contrat exécuté intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur» dans deux espèces où des propriétaires de véhicules d'occasion avaient souscrit, parallèlement à une demande de diffusion d'annonce payante, une assurance couvrant les coûts de réparation du véhicule en cas d'avarie mécanique et où l'assureur s'était opposé à l'exercice de leur droit de renonciation en faisant valoir que le contrat avait été intégralement exécuté à la demande des consommateurs qui avaient accepté la prise d'effet immédiate de la garantie et acquitté le montant de la prime. Dans un premier arrêt, la Cour de cassation, après avoir rappelé que «selon ce texte d'ordre public [...], le droit de renonciation ouvert à toute personne physique ayant conclu à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle un contrat de fourniture à distance d'opérations d'assurance ne s'applique pas aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de renonciation», censure pour défaut de base légale une décision ayant débouté l'assuré de sa demande de remboursement de prime «sans constater que le contrat, qui avait seulement pris effet avec le paiement de la prime, avait été exécuté intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur» (2^e Civ., 17 janvier 2013, pourvoi n° 11-28.928, *Bull.* 2013, II, n° 6). Dans un second arrêt, rendu le même jour, la Cour de cassation approuve à l'inverse le jugement qui, ayant constaté que l'assuré avait, par courrier recommandé avec avis de réception, déclaré renoncer au bénéfice de la «garantie mécanique» cinq jours après la souscription du contrat d'assurance, retient que le contrat n'a pas été exécuté intégralement par les deux parties à la demande expresse de l'assuré du seul fait du paiement de la prime et que celui-ci a régulièrement exercé son droit de rétractation (2^e Civ., 17 janvier 2013, pourvoi n° 11-20.155, *Bull.* 2013, II, n° 6). Ainsi la Cour de cassation affirme-t-elle par ces deux arrêts que ni la prise d'effet immédiate de la garantie, ni le paiement intégral de la prime ne suffisent à caractériser une exécution intégrale du contrat par les deux parties, ce qui apparaît cohérent au regard des dispositions de l'article L. 121-20-13 du code de la consommation, permettant au consommateur d'exercer son droit de rétractation ou de renonciation lorsque le contrat a reçu un commencement d'exécution avec son accord et prévoyant que, dans ce cas, il n'est tenu qu'au paiement proportionnel du service financier effectivement fourni.

Reste à donner une définition positive de la notion de «contrat exécuté intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur» en matière d'assurance, ce qu'aucun des deux arrêts commentés ne fait. Selon le professeur Luc Grynbaum, «il faut entendre l'exigence d'exécution intégrale comme la situation dans laquelle le consommateur souscripteur du contrat a demandé à bénéficier immédiatement de la garantie, payé la prime et qu'un sinistre est intervenu avant l'exercice de la faculté de renonciation [...]. En effet, la survenance du sinistre prévu au contrat déclenche la garantie et va obliger l'assureur à exécuter sa prestation ; le contrat est alors exécuté intégralement par les parties et la faculté de renonciation ne peut plus être exercée» (L. Grynbaum, *JCP* éd. G n° 10, 4 mars 2013, 261).

§ 3. De l'emprunteur

Longtemps controversée, interdite par les droits religieux, mais admise et généralisée, notamment en France depuis l'introduction du code civil, la rémunération, par l'intérêt, du prêteur d'argent, bien que résultant de l'accord des parties, est régie et encadrée par un dispositif relevant de l'ordre public, compte tenu tant de la nécessité d'assurer une transparence et la concurrence entre les acteurs du marché que de celle de veiller à l'équilibre du marché monétaire, instrument de politique économique, ou encore de celle de protéger l'emprunteur. Le dispositif protecteur dont bénéficie ce dernier réside en particulier dans les règles de fixation par écrit du taux d'intérêt conventionnel et du taux effectif global (A) et celles prohibant l'usure (B).

A. Fixation par écrit du taux d'intérêt conventionnel et du taux effectif global

Ces dispositions, strictement appliquées en jurisprudence, sont sanctionnées, malgré leur caractère d'ordre public, par la nullité relative de la stipulation d'intérêt au taux conventionnel.

1. Dispositif de protection

La protection de l'emprunteur est d'abord assurée par les dispositions du code civil relatives aux intérêts conventionnels. La Cour de cassation veille à la stricte application du principe résultant de l'article 1907 dudit code en jugeant que «le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit; que cette règle, prescrite pour la validité même de la stipulation d'intérêt, est d'application générale et qu'il ne peut y être dérogé même en matière d'intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant» (1^{re} Civ., 9 février 1988, pourvoi n° 86-11.557, *Bull.* 1998, I, n° 34) ou par l'application pendant un certain temps d'un certain taux (1^{re} Civ., 11 octobre 1988, pourvoi n° 86-12.647, *Bull.* 1988, I, n° 282). La Cour de cassation a été amenée à préciser que, «si l'article 1907 du code civil prévoit que le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit, il n'exige pas, toutefois, que cette mention soit manuscrite» (1^{re} Civ., 8 février 2000, pourvoi n° 98-11.897). Outre sa mention par écrit, le taux d'intérêt conventionnel résulte d'un accord préalable, qui doit être écrit selon la première chambre civile (1^{re} Civ., 5 février 2009, pourvoi n° 06-16.349), mais pas selon la chambre commerciale, qui juge que «la reconnaissance de l'obligation de payer des intérêts conventionnels afférents au solde débiteur d'un compte courant peut, en l'absence d'indication dans la convention d'ouverture de compte courant, résulter de la réception sans protestation ni réserve, des relevés de compte par l'emprunteur dès lors que les taux de ces intérêts y sont indiqués» (Com., 18 février 2004, pourvoi n° 01-12.123, *Bull.* 2004, IV, n° 38; voir aussi Com., 13 novembre 2012, pourvoi n° 11-25.596, *Bull.* 2012, IV, n° 205).

La protection de l'emprunteur est ensuite assurée par les dispositions des articles L. 313-1 et L. 313-2 du code de la consommation, codifiant les articles 3 et 4 de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité et auxquels renvoie l'article L. 313-4 du code monétaire et financier, imposant la mention du taux effectif global dans tout écrit constatant un contrat de prêt, même s'il s'agit d'un acte notarié ou d'un prêt à finalité professionnelle (1^{re} Civ., 22 janvier 2002, pourvoi n° 99-13.456, *Bull.* 2002, I, n° 23; 1^{re} Civ., 22 septembre 2011, pourvoi n° 10-16.375; Com., 7 février 2012, pourvoi n° 11-10.833;

Com., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.452, *Bull.* 2008, IV, n° 116). Cette exigence constitue une condition de validité de la stipulation de l'intérêt conventionnel (1^{re} Civ., 12 mai 1982, pourvoi n° 81-11.193, *Bull.* 1982, I, n° 175 ; 1^{re} Civ., 22 janvier 2002, pourvoi n° 98-21.614, *Bull.* 2002, I, n° 22). Dans le cas particulier de l'ouverture de crédit en compte courant, une double mention est requise : il est ainsi régulièrement jugé, au visa de l'article 1907 du code civil, ensemble les articles L. 313-1, L. 313-2, R. 313-1 et R. 313-2 du code de la consommation, que « l'obligation de payer dès l'origine des agios conventionnels par application du taux effectif global exige non seulement que soit porté sur un document écrit préalable à titre indicatif le taux effectif global mais aussi que le taux effectif global appliqué soit porté sur les relevés périodiques, reçus par l'emprunteur sans protestation ni réserve ; qu'à défaut de cette première exigence, les agios ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, valant seulement pour l'avenir, et qu'à défaut de la seconde exigence, la seule mention indicative de ce taux, ne vaut pas, s'agissant d'un compte courant, reconnaissance d'une stipulation d'agios conventionnels » (Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-11.989, *Bull.* 2007, IV, n° 47 ; 1^{re} Civ., 30 octobre 2008, pourvoi n° 05-10.193). En revanche, « l'exigence d'un écrit mentionnant le taux effectif global ne s'applique pas à un avenant, dont l'objet est d'assurer l'étalement du remboursement d'un prêt, sans modification des conditions initiales » (Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-15.854).

Outre la mention du taux effectif global, celui-ci doit être déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 du code de la consommation, y compris pour tout « prêt destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle » (Com., 30 octobre 2012, pourvoi n° 11-22.258). Ces dispositions, qui relèvent également de l'ordre public, visent à standardiser les contrats, afin de permettre l'évaluation précise du coût du crédit et de faciliter la comparaison entre des offres différentes. Ainsi, « pour la détermination du taux effectif global, il y a lieu d'ajouter aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects intervenus dans l'octroi du prêt » (1^{re} Civ., 27 septembre 2005, pourvoi n° 02-13.935, *Bull.* 2005, I, n° 347).

Progressivement, la Cour de cassation a précisé l'assiette de calcul de ce taux, laquelle comprend, en particulier, les frais de notaire et d'inscription hypothécaire dès lors qu'ils sont déterminables lors de la souscription du prêt (1^{re} Civ., 30 mars 2005, pourvoi n° 02-11.171, *Bull.* 2005, I, n° 161), les frais liés aux garanties dès lors qu'ils sont connus ou déterminables avant la conclusion du prêt (1^{re} Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-16.371 ; 1^{re} Civ., 28 juin 2007, pourvoi n° 05-19.853, *Bull.* 2007, I, n° 248), la souscription de parts sociales à laquelle est subordonné l'octroi du prêt (1^{re} Civ., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-14.377, *Bull.* 2013, I, n° 88 ; 1^{re} Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-71.948 ; 1^{re} Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-67.089, *Bull.* 2010, I, n° 258), la somme payée par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie créé par une société de caution mutuelle pour garantir la bonne exécution d'un prêt immobilier, dont le montant est déterminé lors de la conclusion du prêt et qui est imposée par l'établissement prêteur comme une condition d'octroi de celui-ci (1^{re} Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-14.977, *Bull.* 2010, I, n° 257), et, plus généralement, l'ensemble des frais rendus obligatoires et qui ont un lien direct avec le prêt souscrit (1^{re} Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 05-17.842, *Bull.* 2007, I, n° 381). Les frais dits de forçage, exigibles lors de chaque incident et constituant la rémunération d'un service offert par la banque pour permettre d'honorer une transaction, doivent être pris en compte, dès lors que « la rémunération d'une telle prestation n'est pas indépendante

de l'opération de crédit complémentaire résultant de l'enregistrement comptable d'une transaction excédant le découvert autorisé» (Com., 5 février 2008, pourvoi n° 06-20.783, *Bull.* 2008, IV, n° 25). La commission d'intervention n'est pas prise en compte si elle «constitu[e] le prix d'un service lié à la tenue du compte des clients ou un service de caisse, distinct d'un crédit, de sorte qu'elle ne constitu[e] pas la contrepartie de ce crédit» (Com., 8 janvier 2013, pourvoi n° 11-15.476; 1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-10.199). Après avoir longtemps affirmé que doivent être pris en compte les frais d'assurance incendie dès lors que le prêt est subordonné à la souscription de cette dernière (1^{re} Civ., 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-13.206, *Bull.* 2004, I, n° 289; 1^{re} Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-17.737, *Bull.* 2008, I, n° 262; 1^{re} Civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-13.861), la première chambre civile opère la distinction suivante : «les frais relatifs à l'assurance incendie ne sont intégrés dans la détermination du TEG que lorsque la souscription d'une telle assurance est imposée à l'emprunteur comme une condition de l'octroi du prêt, et non à titre d'obligation dont l'inexécution est sanctionnée par la déchéance du terme» (1^{re} Civ., 6 février 2013, pourvoi n° 12-15.722, *Bull.* 2013, I, n° 11).

En outre, le taux d'intérêt indiqué doit être effectivement appliqué : après avoir énoncé qu'il résulte de l'article 1^{er} du décret n° 85-944 du 4 septembre 1985 relatif au calcul du taux effectif global que le taux annuel de l'intérêt doit être déterminé par référence à l'année civile, laquelle comporte 365 ou 366 jours (Com., 10 janvier 1995, pourvoi n° 91-21.141, *Bull.* 1995, IV, n° 8), la chambre commerciale a jugé que lorsque la banque calcule les intérêts par référence à l'année bancaire de 360 jours au lieu de le faire par référence à l'année civile, le taux d'intérêt indiqué n'est pas effectivement appliqué, de sorte que les exigences légales relatives à l'indication préalable et par écrit du taux effectif global n'ont pas été respectées et que seul le taux légal peut être appliqué à l'intérêt (Com., 17 janvier 2006, pourvoi n° 04-11.100, *Bull.* 2006, IV, n° 11). Les parties peuvent toutefois déroger au calcul de l'intérêt sur la base de l'année civile et convenir d'un taux d'intérêt conventionnel calculé sur une autre base, en particulier l'année bancaire (Com., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-12.530, *Bull.* 2009, IV, n° 44).

La pratique des dates de valeur, qui a pour objet de prendre en compte une date généralement antérieure à la date réelle de l'entrée en compte pour les opérations de débit et postérieure pour les opérations de crédit peut également conduire à modifier le calcul des intérêts, mais il ne semble pas qu'elle ait été sanctionnée sur le fondement des dispositions précitées sanctionnant le calcul erroné du taux d'intérêt convenu. Cette pratique, admise par la première chambre civile au motif qu'elle n'est contraire à aucun texte d'ordre public, ni à la convention des parties qui faisait référence aux usages en vigueur dans les banques et a été acceptée tacitement par le cocontractant (1^{re} Civ., 30 mai 2006, pourvoi n° 03-17.646, *Bull.* 2006, I, n° 277), est condamnée par la chambre commerciale, qui juge non causées les dates de valeur appliquées aux versements et aux retraits de fonds ou autres opérations, à l'exception des remises de chèques en vue de leur encaissement (Com., 6 avril 1993, pourvoi n° 90-21.198, *Bull.* 1993, IV, n° 138; Com., 29 mars 1994, pourvoi n° 92-11.843, *Bull.* 1994, IV, n° 134; Com., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-21.162; Com., 6 mars 2007, pourvoi n° 05-21.152; Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-18.599), la nullité pour absence de cause conduisant à la restitution des intérêts qu'elle a indûment générés. La chambre commerciale a d'ailleurs été amenée à préciser que l'action en restitution des intérêts perçus indûment par application de dates de valeurs dépourvues de cause peut être engagée dans

un délai de cinq ans à partir de leur perception, peu important l'absence de demande en nullité de la stipulation d'intérêts conventionnels, cassant ainsi un arrêt qui avait rejeté ladite demande de restitution des intérêts en retenant qu'elle ne pouvait prospérer que si la stipulation d'intérêts conventionnels est déclarée nulle en raison de la méconnaissance des dispositions légales d'ordre public concernant l'obligation d'un écrit fixant le taux effectif global (Com., 16 mars 2010, pourvoi n° 09-11.236, *Bull.* 2010, IV, n° 58). Cette pratique est désormais strictement encadrée par les articles L. 133-14, I, du code monétaire et financier, issu de l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture des services de paiement et portant création des établissements de paiement et L. 131-1-1 du même code, issu de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

2. Sanction

« La méconnaissance des règles légales régissant le taux d'intérêt conventionnel et le taux effectif global, édictées dans l'intérêt de l'emprunteur, est sanctionnée par la nullité relative de la stipulation d'intérêts » (Com., 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.975, voir aussi, pour l'absence d'écrit fixant le taux de l'intérêt conventionnel : 1^{re} Civ., 9 février 1988, pourvoi n° 86-11.557, *Bull.* 1988, I, n° 34 et le taux effectif global : Com., 3 mai 1995, pourvoi n° 93-12.256, *Bull.* 1995, IV, n° 128 ; et pour la substitution à ce taux du taux d'intérêt légal : Com., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.373 ; Com., 29 mars 1994, pourvoi n° 92-11.843, *Bull.* 1994, IV, n° 134 ; 1^{re} Civ., 4 novembre 2011, pourvoi n° 10-21.856). Il en est de même pour l'omission (1^{re} Civ., 28 octobre 2010, pourvoi n° 09-13.864) ou la mention d'un taux effectif global erroné (Com., 30 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.034, *Bull.* 2012, IV, n° 197). Avant l'entrée en vigueur de l'article L. 141-4 du code de la consommation, issu de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, aux termes duquel « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application », la Cour de cassation jugeait que « la méconnaissance des exigences des textes susvisés [articles L. 311-2, L. 311-8 et L. 311-10 du code de la consommation], même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger », de sorte qu'elle ne peut être soulevée d'office par le juge devant lequel le bénéficiaire n'a pas comparu (1^{re} Civ., 15 février 2000, pourvoi n° 98-12.713, *Bull.* 2000, I, n° 49 ; Com., 3 mai 1995, pourvoi n° 93-12.256, *Bull.* 1995, IV, n° 128, pour l'article 4 de la loi du 28 décembre 1996).

La prescription de l'action en nullité, d'ordre public en la matière, ne peut pas être soulevée d'office par les juges (Com., 30 novembre 2004, pourvoi n° 01-13.797). Sa durée est de cinq ans à compter de la reconnaissance de l'obligation de payer les intérêts conventionnels. Il avait été jugé que « celle-ci peut résulter de la réception sans protestation ni réserve des relevés de comptes par l'emprunteur » (Com., 29 mars 1994, précité). La première chambre civile veille à ce que, pour les consommateurs ou non-professionnels, le point de départ de la prescription ne soit pas antérieur à la date de la révélation du vice ou de l'erreur à l'emprunteur (1^{re} Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-20.328 ; 1^{re} Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-11.755, *Bull.* 2009, I, n° 125 ; 1^{re} Civ., 23 février 2012, pourvoi n° 10-27.572). En revanche, la chambre commerciale adopte une position plus objective, puisqu'elle décide « que le point de départ de la

prescription est la date de la convention lorsque l'examen de sa teneur permet de constater l'erreur» (Com., 7 février 2012, pourvoi n° 11-10.833). Par contre, lorsque l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel est engagée par un emprunteur qui a obtenu un concours financier pour les besoins de son activité professionnelle, la chambre commerciale fixe, de manière purement objective, le point de départ de cette prescription, s'agissant d'un prêt, à la « date de la convention et, dans les autres cas, à la réception de chacun des écrits indiquant ou devant indiquer le TEG appliqué » (Com., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.452, *Bull.* 2008, IV, n° 116; Com., 9 février 2010, pourvoi n° 06-19.851; Com., 16 mars 2010, pourvoi n° 09-11.236, *Bull.* 2010, IV, n° 58; Com., 22 mai 2013, pourvoi n° 11-20.398). La chambre commerciale a repris la même solution pour « l'action en nullité d'un prêt fondée sur une erreur ou un dol résultant de l'erreur affectant la stipulation du taux effectif global » (Com., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-17.397, *Bull.* 2011, IV, n° 77).

Bien qu'elle soit d'ordre public, il peut être renoncé à ladite nullité, mais « la confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance du vice l'affectant et l'intention de le réparer » (Com., 29 mars 1994, pourvoi n° 92-11.843, *Bull.* 1994, IV, n° 134; Com., 17 septembre 2013, pourvoi n° 12-21.951).

L'action en répétition des intérêts illégalement perçus, qui peut être exercée (Com., 13 décembre 1994, pourvoi n° 92-20.920, *Bull.* 1994, IV, n° 381), se prescrit par dix ans; cependant « encore faut-il que soit établi préalablement le caractère illicite de la perception de ces intérêts » (Com., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-21.162), c'est-à-dire que soit engagée dans le délai de prescription quinquennale l'action en nullité des dispositions contractuelles concernant le taux de ces intérêts (Com., 3 février 2009, pourvoi n° 07-20.502).

B. Législation relative à l'usure

La protection de l'emprunteur est enfin assurée, pour certains prêts, par les articles L. 313-3 et suivants du code de la consommation, repris par l'article L. 313-5 du code monétaire et financier, et, pour d'autres prêts, par les articles L. 313-5-1 et L. 313-5-2 de ce dernier code.

1. Prêts concernés par la protection

« Constitue un prêt usuraire au sens de l'article 313-3 du code de la consommation, tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Conseil national du crédit ». Le caractère usuraire d'un prêt au sens de l'article L. 313-3 du code de la consommation s'apprécie au moment où ce prêt est consenti (Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-13.810, *Bull.* 2002, IV, n° 57). Cependant, les prêts accordés à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale ne sont pas soumis aux dispositions relatives à l'usure prévues par le code de la consommation. En revanche, les découverts qui leur

sont consentis sont soumis, par l'article L. 313-5-1 du code monétaire et financier, à la même définition du prêt usuraire que pour tout autre prêt.

2. Sanctions

La banque qui consent un prêt usuraire s'expose à des sanctions pénales, prévues par l'article L. 313-5 du code de la consommation, sauf lorsqu'il s'agit d'un découvert consenti pour des besoins professionnels, ainsi qu'à des sanctions civiles : d'une part, « la sanction de l'usure ne consiste pas dans la nullité de la stipulation d'intérêts mais dans l'imputation des perceptions excessives sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance, et si la créance est éteinte en capital et intérêts, dans leur restitution avec intérêt au taux légal du jour où elles auront été payées », la chambre commerciale ajoutant : « de sorte que la prescription applicable à l'action fondée sur [l'article L. 313-4 du code de la consommation] est celle prévue par [l'article L. 110-4 du code de commerce] » (Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-17.522); d'autre part, la banque est susceptible d'engager sa responsabilité (Com., 8 janvier 2013, pourvoi n° 11-15.476, *in fine*).

§ 4. De la caution

Le cautionnement est défini de façon indirecte par l'article 2288 du code civil qui dispose que « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

Soumis aux conditions de formation de droit commun du contrat, il est en principe un contrat consensuel. Cependant, la rigueur de l'engagement a conduit le législateur, parfois précédé par la jurisprudence, à se soucier de la protection des personnes physiques qui s'engagent comme caution.

C'est d'abord la catégorie des consommateurs qui a été l'objet de l'attention du législateur, puis toutes les personnes physiques, indépendamment de leur compétence. C'est ainsi qu'en matière de crédit à la consommation d'abord, de bail d'habitation ensuite, puis pour tout engagement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel, le législateur a mis en place des dispositions rigoureuses, d'ordre public, dont certaines conditionnent la validité même de l'acte (A). Dans le même esprit, et bien que l'engagement de caution soit un acte unilatéral, le législateur a mis à la charge du créancier bénéficiaire de l'engagement diverses obligations, également d'ordre public, à peine de sanctions diverses (B).

A. Formalisme du cautionnement

L'article 2292 du code civil interdit de présumer l'existence d'un cautionnement et celui-ci doit être exprès. Si, s'agissant des engagements de caution souscrits par une personne morale ou par une personne physique envers un créancier non professionnel, la mention manuscrite exigée par l'article 1326 du code civil pour tout engagement unilatéral conserve une fonction seulement probatoire, les engagements souscrits par acte sous seing privé par des personnes physiques sont désormais tous soumis à un formalisme légal nécessaire à la validité même de l'acte.

Depuis la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles pour ce qui concerne les cautionnements d'un crédit à la consommation, puis, depuis la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat pour ce qui concerne les baux d'habitation, et, plus largement désormais, depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique pour ce qui concerne tous les engagements de caution pris par des personnes physiques envers des créanciers professionnels, l'apposition d'une mention manuscrite rigoureusement définie par la loi et destinée à garantir que la caution a bien eu conscience de la portée de son engagement conditionne l'existence de l'engagement.

L'article L. 341-2 du code de la consommation, dans les mêmes termes que l'article L. 313-7 du même code, dispose en effet que « toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même." »

L'article L. 341-3 procède de la même façon, à l'instar de l'article L. 313-8 du même code, lorsque le créancier demande un engagement solidaire, puisqu'il dispose que, dans ce cas, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... »

La jurisprudence a donné à ces textes toute leur portée en ne distinguant pas là où le législateur n'opérait pas de distinction et en jugeant en conséquence ces dispositions applicables « à toutes les personnes physiques s'engageant envers un créancier professionnel », que le cautionnement soit de nature civile ou commerciale, et sans considération du caractère ou non averti de la caution (Com., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-26.630, *Bull.* 2012, IV, n° 2 ; 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-15.910, *Bull.* 2009, I, n° 173). Il ne s'agit donc plus de s'assurer concrètement de la qualité du consentement en fonction des capacités et compétences de celui qui s'engage, mais d'un formalisme d'ordre public, s'imposant à tous les créanciers professionnels dès lors qu'ils demandent la caution d'une personne physique.

Les cautionnements souscrits par acte authentique ne sont cependant pas soumis à ce formalisme. L'article L. 341-2 du code de la consommation le prévoit expressément et la jurisprudence en a décidé ainsi à propos de l'article L. 341-3 du même code (Com., 6 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.760, *Bull.* 2010, IV, n° 118, rendu après avis de la première chambre civile), avant que le législateur n'entérine cette solution à l'article 1317-1 du code civil, créé par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées. Le formalisme légal poursuit en effet un objectif d'information de la caution, qui est rempli par l'officier ministériel lorsque l'acte est notarié.

Le caractère très rigoureux de ces dispositions, souligné par la précision que la mention manuscrite doit être « uniquement celle-ci » a conduit la première chambre civile

et la chambre commerciale à donner à ces textes toute leur portée en les appliquant avec rigueur mais sans rigorisme.

C'est ainsi que, dans la lignée de la jurisprudence de la troisième chambre civile rendue en matière de baux d'habitation (3^e Civ., 8 mars 2006, pourvoi n° 05-11.042, *Bull.* 2006, III, n° 59), la première chambre civile (1^{re} Civ., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-17.411) et la chambre commerciale (Com., 5 avril 2011, pourvoi n° 09-14.358, *Bull.* 2011, IV, n° 55) ont annulé des engagements de caution lorsque la mention manuscrite apposée par la caution n'était pas identique aux mentions légales.

La jurisprudence a néanmoins réservé l'hypothèse de la simple erreur matérielle (Com., 5 avril 2011, préc.), ou d'une erreur n'affectant pas le sens ou la portée de la mention, telle que l'omission de la conjonction de coordination « et » (1^{re} Civ., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-17.028, *Bull.* 2004, I, n° 254), ou l'apposition d'une virgule (Com., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-16.426, *Bull.* 2011, IV, n° 54).

La chambre commerciale a ainsi admis que la désignation du débiteur soit précisée, dès lors que les précisions données « ne modifient en rien la formule légale ni n'en rendent sa compréhension plus difficile pour la caution » (Com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.623, *Bull.* 2012, IV, n° 184).

Quant à la première chambre civile, elle a jugé que n'affecte ni le sens, ni la portée des mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, la mention manuscrite qui évoque le caractère « personnel et solidaire » du cautionnement, et qui substitue le terme « banque » à ceux de « prêteur » et de « créancier » (1^{re} Civ., 10 avril 2013, pourvoi n° 12-18.544, *Bull.* 2013, I, n° 74).

Enfin, la chambre commerciale a décidé que lorsque la mention manuscrite précise que la caution s'engage sur ses revenus et non « sur ses revenus et ses biens » comme l'exige le texte, cette précision n'avait pour conséquence que de limiter le gage de la banque aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement (Com., 1^{er} octobre 2013, pourvoi n° 12-20.278, *Bull.* 2013, IV, n° 143). Il serait en effet paradoxal, alors que le législateur a édicté ce formalisme pour protéger la caution personne physique, de lui interdire de limiter l'assiette du gage du créancier à ses seuls revenus.

Le texte imposant que la signature soit « précédée » de la mention manuscrite, il a également été fait application stricte de cette obligation légale (Com., 17 septembre 2013, pourvoi n° 12-13.577, *Bull.* 2013, IV, n° 132), la chambre commerciale ayant cependant admis que « ne contrevient pas aux dispositions d'ordre public de l'article L. 341-2 du code de la consommation, l'acte de cautionnement solidaire qui, à la suite de la mention prescrite par ce texte, comporte celle prévue par l'article L. 341-3 du même code, suivie de la signature de la caution » (Com., 4 juin 2013, pourvoi n° 12-16.611).

La sanction du non-respect de ce formalisme d'ordre public est la nullité de l'engagement de caution, comme le prescrit le texte légal. S'agissant de la mention manuscrite relative au caractère solidaire de l'engagement, prévue par les articles L. 313-8 et L. 341-3 du code de la consommation, la Cour de cassation a été amenée à préciser que la nullité n'affectait que la seule stipulation de solidarité et non l'engagement de caution dans son ensemble (Com., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-17.671, *Bull.* 2012, IV, n° 92 ; Com., 8 mars 2011, pourvoi n° 10-10.699, *Bull.* 2011, IV, n° 31 ; 1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-12.515, *Bull.* 2012, I, n° 84).

Ces sanctions radicales, applicables même en l'absence de tout grief (3^e Civ., 8 mars 2006, pourvoi n° 05-11.042, *Bull.* 2006, III, n° 59), témoignent du caractère d'ordre public, expressément affirmé par la jurisprudence (Com., 27 mars 2012, pourvoi n° 10-24.698; Com., 22 janvier 2013, pourvoi n° 11-25.887), de ces dispositions, insérées dans des lois d'ordre public de protection.

Elles s'étendent, sous la réserve qu'il s'agisse de personnes physiques, à tous les actes qualifiés de cautionnement, sauf à l'aval, qui, quoiqu'il soit généralement analysé comme une forme particulière de cautionnement, est un engagement de nature cambiaire. Mais dès lors qu'un aval porté sur un billet à ordre irrégulier peut être qualifié de cautionnement, il se trouve soumis à ces dispositions et doit être annulé à défaut de répondre aux prescriptions des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation (Com., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-19.627, *Bull.* 2012, IV, n° 113). La jurisprudence antérieure à la loi du 1^{er} août 2003 précitée, qui permettait de considérer qu'un aval donné sur un billet à ordre irrégulier valait comme simple promesse, et pouvait être considéré comme un cautionnement ordinaire ou comme un commencement de preuve par écrit d'un cautionnement (Com., 24 avril 1990, pourvoi n° 88-15.114, *Bull.* 1990, IV, n° 119; Com., 24 juin 1997, pourvoi n° 95-18.153, *Bull.* 1997, IV, n° 198), se trouve donc *de facto* condamnée par les nouvelles dispositions lorsque la personne qui s'engage est une personne physique et que le créancier est un professionnel.

Le législateur a donné à cet ordre public de protection une force particulière puisque l'article L. 141-4 du code de la consommation, créé par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs permet au juge de soulever d'office (sans toutefois y être obligé) « toutes les dispositions [de ce code] dans les litiges nés de son application ». Une partie de la doctrine y voit donc un ordre public de protection de nature particulière, quasi « disciplinaire » ou « de régulation » visant à la standardisation des documents contractuels (P. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705).

La première chambre civile a toutefois jugé que « l'article L. 341-4 du code de la consommation [...] édicte une norme dont la méconnaissance par le juge étranger n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international » (1^{re} Civ., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-10.588, *Bull.* 2013, I, n° 9).

En outre, ces dispositions ayant pour finalité la protection des cautions personnes physiques, il a été jugé que ces dernières peuvent renoncer à s'en prévaloir, par une exécution volontaire de l'engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant, valant confirmation au sens de l'article 1338 du code civil (Com., 5 février 2013, pourvoi n° 12-11.720, *Bull.* 2013, IV, n° 20).

Une fois formalisé l'engagement de caution, celui-ci doit être exécuté dans des conditions qui relèvent aussi pour la plupart d'entre elles de l'ordre public de protection.

B. Obligations du créancier à l'égard de la caution

Ces obligations sont sous-tendues par l'obligation de loyauté, qui n'est pas spécifique au contrat de cautionnement mais prend une force particulière en cette matière.

Créée par la jurisprudence, dans un arrêt célèbre de 1997 (Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14.105, *Bull.* 1997, IV, n° 188), mais réservée aux seules cautions « non averties » (Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-18.619, *Bull.* 2002, IV, n° 136) et consacrée plus largement par la loi du 1^{er} août 2003 précitée à l'article L. 341-4 du code de la consommation, la première obligation du créancier est celle de ne pas faire souscrire à la caution un engagement disproportionné par rapport à ses biens et ses revenus. Si l'obligation jurisprudentielle n'était sanctionnée que par la réduction de l'engagement à mesure de la disproportion, l'obligation légale reçoit une sanction plus radicale puisqu'elle interdit à tout créancier professionnel de se prévaloir d'un tel cautionnement disproportionné « à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». La jurisprudence a fait application de ces dispositions à toutes les personnes physiques s'engageant envers un créancier professionnel, y compris aux dirigeants sociaux se rendant caution des engagements de la société qu'ils dirigent (Com., 22 juin 2010, pourvoi n° 09-67.814, *Bull.* 2010, IV, n° 112, Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-16.355).

Le législateur a multiplié les obligations d'information dues à la caution, dès la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, obligeant les établissements de crédit à porter annuellement à la connaissance des cautions le montant des encours au 31 décembre de l'année précédente. Puis les lois n° 89-1010 du 31 décembre 1989 précitée, n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions et n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 précitée ont repris cette obligation, sans abroger les précédentes, en l'étendant à tout créancier bénéficiant du cautionnement d'une personne physique et en multipliant les informations nécessaires (premier incident de paiement : articles L. 313-9 du code de la consommation, L. 341-1 du code de la consommation), montant des encours (articles 2293 du code civil, L. 341-6 du code de la consommation). À défaut, la sanction réside dans la déchéance soit des intérêts de retard, soit des pénalités ou intérêts de retard, depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information, avec, ou non, selon les textes, imputations des paiements effectués par le débiteur principal sur le règlement du principal de la dette.

La jurisprudence a donné une large portée à ces obligations qui sont dues à toute caution « fût-elle dirigeante de la société cautionnée » (Com., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-15.895) et jusqu'à extinction de la dette (Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-25.862). La preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information est cependant facilitée s'agissant d'un fait juridique, pour lequel la loi n'impose aucune forme particulière (Com., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-17.015) et les exigences légales adaptées aux particularités des concours cautionnés lorsque l'application textuelle en est impossible (Com., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-25.586, *Bull.* 2012, IV, n° 1).

Le caractère d'ordre public de ces obligations d'information est rappelé expressément par la jurisprudence (Com., 14 décembre 1993, pourvoi n° 91-17.928, *Bull.* 1993, IV, n° 467 ; 1^{re} Civ., 28 novembre 2012, pourvoi n° 10-28.372, *Bull.* 2012, I, n° 251), qui en vérifie le respect (Com., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-19.564).

Au-delà du respect de ces obligations légales, le créancier a l'obligation de ne pas laisser se perdre des droits préférentiels dont la caution aurait pu bénéficier par subrogation, une fois sa propre obligation exécutée. Ainsi, l'article 2314 du code civil dispose

que « la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite ». L'impossibilité pour la caution de renoncer de façon anticipée à invoquer cette disposition témoigne du caractère d'ordre public de cette dernière, applicable à toutes les cautions, dès lors qu'elles établissent la perte d'un droit préférentiel, même si celui-ci ne constituait qu'une simple faculté pour le créancier, sauf pour ce dernier à établir que cette perte n'a causé aucun préjudice à la caution (Com., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.113). Il a été fait application de cette disposition en cas de non-déclaration d'une créance à la procédure collective du débiteur (Com., 19 février 2013, pourvoi n° 11-28.423, *Bull.* 2013, IV, n° 26) lorsque la caution n'a pu « tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes susceptibles de lui être transmis par subrogation ».

§ 5. Du saisi

Droit d'équilibre entre des parties aux intérêts antagonistes, le droit de l'exécution est d'abord un « droit à l'exécution », dont la Cour européenne des droits de l'homme décide qu'il est une partie intégrante du procès au sens de l'article 6, § 1 (CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, § 40). On peut ainsi retenir que la finalité première du droit de l'exécution est la réalisation des droits du créancier. La jurisprudence de la Cour de cassation relative au dispositif de protection des rapatriés en fournit une bonne illustration : l'application de ce dispositif, imposant une suspension des poursuites, a été écartée comme contraire à l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Ass. plén., 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11.519, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 3), en particulier dans le cas où ce dispositif interdit l'exercice de voies d'exécution (2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 07-20.193), avant que le Conseil constitutionnel, sur renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité, ne déclare les dispositions correspondantes non conformes à la Constitution (Cons. const., 27 janvier 2012, décision n° 2011-213 QPC, COFACE [Suspension des poursuites en faveur de certains rapatriés]).

C'est dire que le droit de l'exécution ne peut être exclusivement perçu sous l'angle d'une finalité protectrice du débiteur faisant l'objet de mesures d'exécution. De nombreuses dispositions du code des procédures civiles d'exécution poursuivent en outre une finalité de protection des tiers, qu'il s'agisse des tiers qui entendent revendiquer la propriété d'un bien saisi ou encore des tiers saisis, pour lesquels la Cour de cassation a rappelé, dans le cas de la saisie conservatoire de créance, qu'en l'absence de texte réservant la possibilité de contester une telle mesure de saisie au seul débiteur saisi, ils avaient « qualité à émettre une telle contestation, par voie d'action en mainlevée des saisies conservatoires » (1^{re} Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 11-13.323, *Bull.* 2013, I, n° 64). Enfin, les professeurs Henri Solus et Roger Perrot rattachent à l'ordre public les lois relatives à l'exécution forcée en observant que celle-ci était un attribut de la souveraineté (H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé. Introduction, notions fondamentales, organisations judiciaires*, tome 1, Sirey, 1961, § 22).

La finalité protectrice du saisi – et plus généralement de la personne faisant l'objet d'une mesure d'exécution (telle la personne expulsée) – n'en constitue pas moins une donnée centrale du droit de l'exécution. On pourrait résumer l'équilibre en la matière en considérant que si la contrainte est destinée à la protection des droits du créancier,

les conditions dans lesquelles cette contrainte s'exerce doivent garantir la protection du débiteur (R. Perrot et P. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2^e éd., 2005, § 26 : « [le] caractère d'ordre public [des procédures d'exécution] tient au fait qu'elles répondent à plusieurs préoccupations : assurer la protection du débiteur dans l'exercice de la contrainte, permettre l'égalité de traitement entre [créanciers], maintenir l'ordre public, au sens matériel du terme, en faisant en sorte que la contrainte, parce qu'elle est nécessaire, s'exerce dans le respect d'un certain nombre de principes fondamentaux (par exemple la protection de la vie familiale ou la dignité du débiteur) ». Le Conseil constitutionnel insiste sur cette nécessaire conciliation (Cons. const., 13 juillet 2011, décision n° 2011-151 QPC, M. Jean-Jacques C. [Attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire] : « l'exécution forcée sur les biens du débiteur est au nombre des mesures qui tendent à assurer cette conciliation [entre les droits patrimoniaux des créanciers et ceux des débiteurs] » (considérant 4). François Vinckel fait observer de son côté qu'« il résulte de l'article L. 111-1 du code des procédures civiles d'exécution que tout créancier peut contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses engagements “dans les conditions prévues par la loi”. La contrainte à l'encontre du débiteur n'est légitime que si elle s'exerce conformément à la loi » (F. Vinckel, *JCl. Voies d'exécution*, LexisNexis, fasc. 120, « Droit de l'exécution, présentation générale », mars 2013, § 56).

Cette protection du saisi par le droit de l'exécution peut être présentée selon trois idées forces : l'interdiction de renoncer par anticipation (A), le monopole de l'huissier de justice (B) et l'intervention du juge (C).

A. Interdiction de renoncer par anticipation

Le caractère d'ordre public de ces règles protectrices du débiteur résulte d'abord de l'interdiction qui lui est faite d'y renoncer par anticipation. On peut comprendre en ce sens l'interdiction de la clause de voie parée (Solus et Perrot, § préc. ; F. Vinckel, § préc.), qui consiste à stipuler qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier peut faire vendre les immeubles de son débiteur en dehors des formes prescrites pour la saisie immobilière (article L. 311-3 du code des procédures civiles d'exécution).

Deux tempéraments atténuent toutefois cette interdiction de renoncer aux normes protectrices du droit de l'exécution.

En premier lieu, certaines clauses permettent aux parties d'échapper, au moins partiellement, aux contraintes du droit de l'exécution.

Ainsi, l'autorisation, par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, du pacte comissoire, stipulation en vertu de laquelle le créancier titulaire d'une sûreté réelle devient propriétaire du bien grevé, en donne une première illustration, encore que cela ne remette pas totalement en cause la finalité protectrice du débiteur, si l'on a égard, d'une part, à l'interdiction des clauses portant sur la résidence principale de celui-ci (article 2459 du code civil) et, d'autre part, aux conditions du transfert de propriété, fait sur la base de l'estimation d'un expert, dont il découle que la loi cherche bien à éviter l'expropriation du débiteur dans des conditions déséquilibrées.

Une seconde illustration résulte de la clause de réserve de propriété, encore que l'on puisse observer que l'efficacité de la réserve de propriété n'exclut pas la nécessité

d'appréhender matériellement le bien concerné, ce qui est précisément l'objet de procédures d'exécution, à savoir la saisie-appréhension et la saisie-revendication.

En second lieu, la réforme des procédures civiles d'exécution opérée par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, en déjudiciarisant largement le droit de l'exécution (P. Théry, « La "déjudiciarisation" des voies d'exécution », *PA*, 6 janvier 1993, p. 12), a renvoyé au débiteur l'initiative de saisir le juge de l'exécution. Cette « inversion du contentieux » permet au débiteur, une fois les mesures engagées, de renoncer au bénéfice des dispositions protectrices de cette loi, en ne saisissant pas le juge d'une contestation. Dans un tel cas, la mesure d'exécution produira ses effets.

Cette renonciation du débiteur peut d'ailleurs prendre un tour plus actif. Ainsi le débiteur qui fait l'objet d'une saisie-attribution peut-il déclarer renoncer à contester la saisie et autoriser le créancier à se faire remettre sans délai par le tiers saisi les sommes qui lui sont dues (code des procédures civiles d'exécution, articles R. 211-2 et R. 211-3). La Cour de cassation qualifie l'exercice de cette renonciation d'acquiescement (2^e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-20.655, *Bull.* 2004, II, n° 382 ; 2^e Civ., 24 janvier 2008, pourvoi n° 07-16.857, *Bull.* 2008, II, n° 22 ; 2^e Civ., 1^{er} octobre 2009, pourvoi n° 08-19.051, *Bull.* 2009, II, n° 234), ce qui apparaît impliquer le caractère disponible des droits qui en sont l'objet (article 408 du code de procédure civile). De même, la réforme des procédures civiles d'exécution a-t-elle incité le débiteur à collaborer lui-même à la mesure d'exécution, en disposant de la faculté de vendre à l'amiable le bien faisant l'objet d'une saisie mobilière, ou en pouvant être autorisé à procéder à la vente de gré à gré de son immeuble saisi. Ces dispositions, jugées favorables au débiteur, qui peut ainsi espérer vendre lui-même son bien dans de meilleures conditions, n'en sont pas moins encadrées, de sorte qu'elles ne puissent entraver la bonne fin de la mesure d'exécution. Ainsi, pour la saisie immobilière, procédure délicate et longue pour le créancier poursuivant, la Cour de cassation a-t-elle approuvé un juge de l'exécution d'avoir « retenu qu'il ne peut être dérogé aux délais impératifs fixés par l'article 54 du décret du 27 juillet 2006 [devenu l'article R. 322-21 du code des procédures civiles d'exécution], par un sursis à statuer » (2^e Civ., 13 janvier 2012, pourvoi n° 11-13.495, *Bull.* 2012, II, n° 12). Un tel sursis, qui contournerait le délai maximum imparti par ce texte au débiteur pour lui permettre de vendre son bien à l'amiable, porterait atteinte aux intérêts du créancier.

L'inversion de contentieux n'est toutefois pas généralisée. Il reste des cas dans lesquels le juge de l'exécution doit être saisi, à l'initiative du créancier, en amont de la mesure d'exécution elle-même. Si l'on s'en tient aux mesures d'exécution forcée, sont concernées la saisie immobilière et la saisie des rémunérations. La finalité protectrice de l'intervention judiciaire s'explique dans ces cas par la nature du bien objet de la saisie – immeuble constituant bien souvent le logement du débiteur, voire de sa famille – pour la première et revenu de subsistance pour la seconde. On ne sera donc pas étonné que la loi confère au juge dans ces procédures un office renforcé. Pour la saisie des rémunérations, le juge est tenu de tenter une conciliation – jugée moins brutale et plus discrète à l'égard de l'employeur du débiteur – et, à défaut d'y parvenir, ne peut autoriser la saisie sans avoir au préalable vérifié le montant de la créance (article R. 3252-19 du code du travail ; 2^e Civ., 26 mars 1997, pourvoi n° 95-10.213, *Bull.* 1997, II, n° 98 ; 2^e Civ., 10 février 2011, pourvoi n° 10-12.051), ainsi que le caractère exécutoire du titre invoqué (2^e Civ., 15 février 1995, pourvoi n° 93-18.382, *Bull.* 1995, II, n° 54 ;

voir également 2^e Civ., 5 juin 1996, pourvoi n° 94-15.307, *Bull.* 1996, II, n° 138). Pour la saisie immobilière, le juge de l'exécution est notamment invité à vérifier que le créancier dispose d'un titre exécutoire et à fixer le montant retenu pour la créance du poursuivant (article R. 322-15 du code des procédures civiles d'exécution), obligations dont la Cour de cassation n'a toutefois pas encore eu l'occasion de préciser la portée exacte.

B. Monopole de l'huissier de justice

En outre, si, en dehors de ces deux voies d'exécution, l'inversion de contentieux fait échapper le droit de l'exécution à une intervention judiciaire systématique, la réforme opérée par la loi du 9 juillet 1991 précitée a prévu, avec le monopole conféré à l'huissier de justice pour procéder à une mesure d'exécution forcée, un autre moyen de protéger les droits du débiteur qui omettrait de contester les mesures dont il fait l'objet.

La Cour de cassation veille scrupuleusement au respect, par l'huissier de justice instrumentant pour le créancier, des conditions légales dans lesquelles la contrainte peut avoir lieu. Ainsi, si cet officier ministériel est tenu de prêter son concours à l'exécution des mesures, il doit s'y refuser chaque fois qu'elles lui apparaissent revêtir un caractère illicite ou présenter un coût excédant manifestement le montant de la créance (article L. 122-1 du code des procédures civiles d'exécution); il est en outre responsable des opérations d'exécution (article L. 122-2 du même code). La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité professionnelle démontre combien l'intervention de l'huissier de justice doit participer de la protection des droits du débiteur :

- le secret professionnel auquel l'huissier de justice est tenu couvre, y compris à l'égard de la personne qui l'a requis, les renseignements qu'il peut obtenir auprès de l'administration fiscale, relativement aux comptes bancaires d'un débiteur (1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 10-25.811, *Bull.* 2012, I, n° 65), dont se trouve ainsi préservé le droit au respect de sa vie privée;
- l'huissier de justice sollicité pour pratiquer une mesure conservatoire doit, dans le cas où une autorisation préalable du juge n'est pas requise, s'assurer de lui-même que les conditions légales pour y procéder sont réunies, en particulier que les circonstances sont susceptibles de menacer le recouvrement de la créance alléguée par le requérant (1^{re} Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-15.700);
- lorsqu'il est confronté à une incertitude, l'huissier de justice est tenu, soit de s'abstenir de procéder au recouvrement, soit de soumettre la difficulté au juge de l'exécution (1^{re} Civ., 22 mars 2012, préc., l'incertitude concernait en l'espèce la portée rétroactive de l'ordonnance d'un conseiller de la mise en état assortissant de l'exécution provisoire la décision de première instance qui avait omis de l'ordonner);
- les huissiers de justice, qui ont seuls qualité pour ramener à exécution les décisions de justice, doivent personnellement procéder aux vérifications nécessaires à l'identification de la personne contre laquelle l'exécution de la décision est dirigée, sans pouvoir ainsi se retrancher derrière les instructions données par l'avocat du créancier (1^{re} Civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.660, *Bull.* 2000, I, n° 188).

C. Intervention du juge

C'est toutefois dans le cas où le débiteur saisit le juge d'une contestation qu'il sera à même de revendiquer l'entier bénéfice des règles protectrices prévues par le droit de l'exécution. Cette vocation protectrice peut être observée à plusieurs égards.

En premier lieu, la protection des droits, voire de la dignité du débiteur, guide de nombreuses dispositions du code des procédures civiles d'exécution. Il en va ainsi par exemple des dispositions prohibant la saisie de certains biens ou de certaines créances, en particulier les biens de première nécessité listés par l'article R. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution (vêtements, literie, etc.). Écartant d'ailleurs une approche trop littérale de cette énumération, la Cour de cassation s'est ainsi attachée, dans un arrêt du 28 juin 2012, à une lecture compréhensive de l'insaisissabilité «des instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité professionnelle» (article R. 112-2 susmentionné, 16°), en retenant «qu'un ordinateur utilisé pour la recherche d'un emploi doit être assimilé à un [tel] instrument» (2^e Civ., 28 juin 2012, pourvoi n° 11-15.055, *Bull.* 2012, II, n° 126). De même la Cour de cassation, qui veille à garantir l'insaisissabilité prévue par la loi de certaines prestations, seraient-elles versées sur un compte bancaire, peut être amenée à relever d'office un moyen de cassation tiré de cette insaisissabilité (2^e Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 11-19.622, *Bull.* 2012, II, n° 103).

En deuxième lieu, le droit de l'exécution, composante du droit processuel, se caractérise nécessairement par un formalisme marqué, dont la vocation est, en l'occurrence, notamment la protection du débiteur saisi. Ainsi en va-t-il en particulier pour les mentions devant figurer dans les actes signifiés par l'huissier de justice. Parmi les nombreuses illustrations jurisprudentielles, on peut évoquer la mention du délai pour agir en contestation de la mesure, indication essentielle pour que l'inversion de contentieux ne prive pas le débiteur de la faculté de contester les mesures. Ainsi a-t-il été jugé, dans le cas où «l'acte de dénonciation de la saisie[attribution] comportait une erreur sur le délai pour élever une contestation, [que] l'irrégularité commise avait eu nécessairement pour effet de persuader [le débiteur saisi] qu'il était forclo pour agir avant l'expiration du délai», de sorte qu'a été censuré l'arrêt ayant déclaré le débiteur forclo pour agir après avoir rejeté l'exception de nullité de cette dénonciation en considération du fait que l'erreur de computation du délai de recours portant sur deux jours était inopérante au regard du délai de sept mois pris pour former la contestation (2^e Civ., 2 décembre 2004, pourvoi n° 02-20.622, *Bull.* 2004, II, n° 515 ; 2^e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.828).

Il incombe toutefois au débiteur de développer les moyens propres au succès de son action. Le code des procédures civiles d'exécution rend en particulier applicables aux mesures d'exécution les règles du code de procédure civile régissant la nullité des actes de procédure (article R. 121-5 du code des procédures civiles d'exécution). Nombre d'arrêts font ainsi application des règles «pas de nullité sans texte» (2^e Civ., 30 avril 2002, pourvoi n° 99-17.111, *Bull.* 2002, II, n° 86), «pas de nullité sans grief» (2^e Civ., 7 novembre 2002, pourvoi n° 01-00.379, *Bull.* 2002, II, n° 245 ; 2^e Civ., 27 mai 2004, pourvoi n° 02-20.160, *Bull.* 2004, II, n° 249 ; 3^e Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-15.203, *Bull.* 2009, III, n° 208 ; 2^e Civ., 27 septembre 2012, pourvoi n° 11-18.770), ou retiennent l'irrecevabilité des exceptions de nullité tardives (2^e Civ., 1^{er} octobre 2009, pourvoi n° 08-19.104, *Bull.* 2009, II, n° 235 ; 2^e Civ., 14 avril 2005, pourvoi n° 03-16.682, *Bull.* 2005, II, n° 95). Cette application scrupuleuse aux actes de

l'exécution du régime de la nullité pour vice de forme atténue la portée, sur ce point, de la dimension protectrice du droit de l'exécution, d'autant que le juge ne peut relever d'office une exception de nullité pour vice de forme, serait-elle d'ordre public ou substantielle (voir, parmi une jurisprudence nourrie, 2^e Civ., 20 mars 2003, pourvoi n° 01-03.218, *Bull.* 2003, II, n° 71). On peut toutefois observer un tempérament, résultant de la place importante, en droit de l'exécution, de la caducité des mesures venant sanctionner le défaut d'accomplissement d'un acte informatif, caducité dont le prononcé n'est pas assujéti aux conditions restrictives régissant les exceptions de procédure (2^e Civ., 2 février 2012, pourvoi n° 11-12.308, *Bull.* 2012, II, n° 21).

§ 6. Du surendetté

Ayant leur siège au sein du code de la consommation, les dispositions relatives au traitement des situations de surendettement sont imprégnées de l'ordre public dont relève ce code. La procédure de surendettement des particuliers a marqué une évolution de la conception de l'ordre public (A), et, si elle est imprégnée par l'ordre public à chacun de ses stades (B), elle est cependant laissée à la discrétion absolue du débiteur (C).

A. Conception renouvelée de l'ordre public en la matière

Dans un avis du 16 décembre 1994 (n° 09-40.020, *Bull.* 1994, Avis, n° 25), la Cour de cassation avait nettement pris parti sur la nature de l'ordre public en la matière en indiquant que les dispositions de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, qui a introduit en droit français le dispositif de traitement du surendettement, « relèvent de l'ordre public économique de protection sociale », expression qui a été reprise par la jurisprudence ultérieure (1^{re} Civ., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-04.183). De manière conforme à cet ordre public, la Cour de cassation jugeait traditionnellement que la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi ne pouvait pas être relevée d'office par le juge (voir l'analyse de Gilles Paisant, commentant 1^{re} Civ., 13 juin 1995, pourvoi n° 93-04.208, *Bull.* 1995, I, n° 262, *RTD com.* 1995, p. 653).

Les fondements de cette analyse ont été singulièrement modifiés par la suite. En effet, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, en introduisant dans le code de la consommation l'article L. 141-4 qui dispose que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application », a rénové le droit du surendettement au même titre que le reste du droit de la consommation. En effet, dès lors que désormais le juge peut soulever d'office l'ensemble des règles du droit du surendettement, celles-ci ne sauraient plus être considérées comme relevant d'un ordre public de protection, ne pouvant être invoqué que par la partie intéressée, mais d'un ordre public de direction.

La jurisprudence de la Cour de cassation postérieure à cette loi témoigne de cette conception renouvelée de l'ordre public : désormais, s'agissant de la déchéance de la procédure de traitement du surendettement, la Cour de cassation a indiqué qu'elle pouvait être relevée d'office (2^e Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-12.160, *Bull.* 2012, II, n° 76, *D.* 2012, p. 1119, note V. Avena-Robardet). La déchéance constituant « une forme qualifiée de mauvaise foi » (selon l'expression de Vincent Vigneau, Guillaume-Xavier Bourin et Cyril Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis,

2^e éd., 2012, p. 123, § 173), appréciée après que le débiteur a franchi le cap de la recevabilité du dispositif de traitement, la question devrait se poser à l'avenir de la possibilité pour le juge du tribunal d'instance de relever d'office la mauvaise foi, ce que l'avis précité du 16 décembre 1994 avait exclu. En effet, dès 2005, le Comité de suivi de la loi sur le rétablissement personnel, qui s'est réuni à la Cour de cassation sous l'autorité de son premier président, avait préconisé que le juge se voie reconnaître la possibilité de cette extension de ses pouvoirs à tous les stades de la procédure (voir le Rapport du Comité, p. 29 et 30, disponible sur le site internet de La Documentation française). À ce jour, la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de dire si le juge peut désormais relever d'office la mauvaise foi du débiteur, sauf lors de l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire où le texte de l'article L. 332-6 le prévoit expressément (2^e Civ., 14 décembre 2006, pourvoi n° 05-04.051, *Bull.* 2006, II, n° 355). Cependant, on peut relever que la Cour de cassation s'est abstenue de relever d'office le moyen tiré de ce que le juge de l'exécution avait lui-même relevé d'office cette fin de non-recevoir (2^e Civ., 11 mars 2010, pourvoi n° 08-20.949).

B. Procédure marquée par l'ordre public à chacun de ses stades

Conçu en premier lieu et au fil des réformes qui l'ont enrichi périodiquement depuis 1989 dans l'intérêt du débiteur, ce dispositif vise avant tout à protéger celui-ci. Les règles d'ordre public dont il procède postulent que le débiteur, en position de faiblesse face à ses créanciers, doit être protégé de ces derniers, voire de sa propre propension à négliger ses intérêts, dans l'espoir de résorber le passif. L'encadrement de la liberté contractuelle qui devrait présider à l'élaboration du plan conventionnel de désendettement est à cet égard particulièrement éloquent. En effet, si le plan conventionnel est en principe soumis à la liberté des parties, le code de la consommation prévoit un encadrement de ce champ contractuel.

Ainsi, le montant des remboursements ne peut-il pas excéder la somme fixée en considération du code de la consommation, l'article L. 331-2, alinéa 2, qui permet de déterminer ce montant, indiquant s'appliquer dans l'hypothèse de l'article L. 331-6 relative au plan conventionnel. Cependant, la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires a assoupli le caractère d'ordre public en la matière : à compter du 1^{er} janvier 2014, le montant des remboursements, « avec l'accord du débiteur et dans des limites raisonnables », peut empiéter sur le minimum vital dès lors que le plan de désendettement permet ainsi d'éviter la cession de la résidence principale.

De même, sauf exception cantonnée au remboursement de certains prêts immobiliers, les parties n'ont pas la possibilité de conclure un plan d'une durée supérieure à huit années.

Enfin, l'article L. 333-1-1 prévoit une règle d'ordre public, au demeurant floue dans son énoncé, en indiquant que les créances des bailleurs doivent être réglées prioritairement à celles des établissements de crédit, sans toutefois indiquer si cette priorité est absolue ou ne consiste qu'en une recommandation dans la priorité à donner à certains créanciers.

L'ensemble de ces règles d'ordre public n'irrigue pas seulement la phase conventionnelle, mais aussi les plans de désendettement, établis par la commission de surendettement sous le contrôle du juge, ou par le juge lui-même.

C. Limite absolue à l'ordre public : procédure laissée à la discrétion du débiteur

Pour autant, il existe en la matière une limite absolue à l'emprise de l'ordre public, qui laisse au débiteur la faculté de le réduire à néant : l'application de ce dispositif est laissée à la discrétion du débiteur. Contrairement au droit des procédures collectives dont la mise en œuvre peut être imposée au débiteur défaillant, le débiteur n'est soumis au dispositif de traitement du surendettement que pour autant qu'il le veuille bien.

Même une fois entré dans ce dispositif, rien ne lui interdit d'en sortir. De même peut-il cesser l'exécution d'un plan de désendettement, conventionnel ou imposé, sans autre sanction que de devoir faire face seul à ses créanciers. Plus encore, même une fois franchi le point d'entrée de la recevabilité à la procédure, le code de la consommation prévoit que le débiteur doit renouveler sa demande de traitement à plusieurs étapes de la procédure. Ainsi, en cas d'échec de la tentative de conciliation, c'est au débiteur de solliciter les mesures imposées ou recommandées par la commission de surendettement (article R. 334-4 du code de la consommation). De même, le rétablissement personnel avec liquidation judiciaire suppose un renouvellement formel de l'accord du débiteur (articles L. 331-3 et R. 324-28 du même code).

En raison de ce caractère facultatif du dispositif, une personne peut solliciter des mesures de désendettement sans que son conjoint soit tenu de le faire, quand bien même les dettes seraient communes aux deux époux (1^{re} Civ., 17 mai 1993, pourvoi n° 92-04.075, *Bull.* 1993, I, n° 181) et la Cour de cassation s'attache à ce que la bonne ou mauvaise foi soit analysée individuellement pour chacun des membres du couple, celle de l'un ne rejaillissant pas sur l'autre (2^e Civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-19.961). Lorsqu'au sein d'un couple, un seul des conjoints forme une demande de traitement de sa situation de surendettement, les ressources de l'époux *in bonis* ne peuvent pas être prises en compte au titre de la capacité de remboursement du conjoint surendetté (2^e Civ., 8 décembre 2011, pourvoi n° 10-24.220).

Section 2 – Dans les relations professionnelles

Le monde du travail, de l'activité professionnelle, est au cœur de l'activité économique, de la production et de l'échange de biens et de services. Ces relations professionnelles se doivent d'être aussi équilibrées que possible alors que les forces en présence sont parfois inégales. Il est ainsi nécessaire de protéger le sujet de droit, dans le cadre de son activité professionnelle, par des normes d'ordre public, des abus que pourraient commettre ou être tentés de commettre les différents acteurs du monde professionnel. Cette protection vise tout aussi bien le professionnel en tant que tel (§ 1), que l'exploitant agricole (§ 2), le commerçant (§ 3) et bien sûr le salarié (§ 4).

§ 1. Protection du professionnel

Qu'il soit emprunteur ou caution, le professionnel, le commerçant est habituellement exclu de la protection jurisprudentielle accordée aux personnes physiques. Ainsi la Cour de cassation opère-t-elle, en matière de responsabilité bancaire, par exemple pour déterminer si une mise en garde est ou non due par la banque, une distinction selon que l'emprunteur ou la caution est ou non « averti(e) ». Cette qualité se détermine en fonction de critères personnels, tels que l'expérience ou la formation de l'emprunteur pour déterminer son aptitude à saisir la portée de son engagement, mais également au regard de la complexité de l'opération souscrite et du risque qu'elle lui fait courir.

Le dirigeant qui se rend caution de son entreprise est le plus souvent, mais pas systématiquement, considéré comme une caution ou un emprunteur averti, car il apparaît le plus apte à connaître la situation de la société qu'il dirige et cautionne et à évaluer les risques présentés par l'opération envisagée. Néanmoins, lorsque son inexpérience est patente, il peut être regardé comme un emprunteur ou une caution non averti(e) (Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-25.904, *Bull.* 2012, IV, n° 76).

On a vu que le législateur avait délaissé cette distinction entre personne « avertie » ou « non avertie » s'agissant de la formation du cautionnement, que ce soit pour imposer une mention manuscrite à peine de nullité de l'acte de cautionnement, ou pour dissuader de la conclusion d'un engagement de caution disproportionné aux biens et revenus de la caution, le créancier ne pouvant pas s'en prévaloir. Toutes les personnes physiques relèvent désormais de la protection instituée par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, sans considération de leur qualité de commerçant, de dirigeant de l'entreprise cautionnée, ou de leur compétence effective.

Ces évolutions s'inscrivent, selon certains auteurs, dans la transformation du droit de la consommation vers un « droit de la régulation du marché au même titre que peut l'être le droit de la concurrence » (G. Raymond, « Le Livre vert sur le droit communautaire de la consommation », *C.C.C.* n° 4, avril 2007, Étude 5, n° 2).

Ne peut-on déceler cette même évolution dans les arrêts de chambre mixte du 17 mai 2013 (Ch. mixte, 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22.768 et pourvoi n° 11-22.927, *Bull.* 2013, Ch. mixte, n° 1), qui ont apporté des précisions sur les éléments permettant de caractériser l'interdépendance contractuelle de contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière, et jugé qu'étaient réputées non écrites les clauses de divisibilité contractuelle inconciliables avec cette interdépendance ?

Quand bien même elles seraient stipulées entre professionnels, par un commerçant personne physique pour l'exercice de son activité ou par une société commerciale, les stipulations contractuelles affirmant la divisibilité des contrats sont écartées lorsque les conditions de l'interdépendance des contrats sont remplies et qu'une location financière assure la mise à disposition du matériel nécessaire à la réalisation d'une prestation de service. La jurisprudence offre de nombreuses illustrations de ces montages : une offre est présentée par une société de services à un professionnel (opticien, hôpital, bar...) en vue de lui fournir un ensemble de services orientés, par exemple, vers l'affichage lumineux d'annonces et publicités pour animer ses vitrines, vers la télésauvegarde informatique, ou la téléphonie filaire afin de faire des économies sur le coût des communications. Cette offre comprend une installation de matériels et la mise à disposition

de services successifs ainsi que la maintenance du tout. Le matériel est financé par une location financière, une société de location financière, qui n'est pas nécessairement un établissement de crédit, étant proposée par le prestataire de service pour l'acquisition du matériel et sa location au professionnel. Lorsque le prestataire de service cesse ses prestations, le plus souvent parce qu'il est en liquidation, le professionnel cesse lui aussi de payer les loyers d'un matériel qui ne lui est plus d'aucune utilité et le bailleur financier lui oppose la stipulation d'indépendance des deux contrats, clause qui doit être écartée selon le principe dégagé par les arrêts de chambre mixte du 17 mai 2013.

Ne s'agit-il pas ici également d'ordre public, de création prétorienne cette fois, puisque des clauses contractuelles acceptées par des professionnels sont écartées sans qu'il soit porté atteinte à la validité du contrat, comme le sont les clauses abusives dans les contrats soumis au code de la consommation ? À l'instar de Laure Lestienne-Sauvé à propos de la directive européenne de 2011 sur les droits des consommateurs et le droit européen des contrats (*JCP* éd. E n° 4, 26 janvier 2012, 1072), on observe que, plus que la recherche d'un remède à un éventuel déséquilibre contractuel, en principe inexistant entre professionnels, il s'agit en réalité de pallier l'absence de liberté du cocontractant lors de la conclusion de ces groupes de contrats, proposés globalement et présentés comme un tout, mais comportant des clauses préétablies contredisant cette unité apparente, et de protéger « le cocontractant “pivot de l'opération” qui, bien que professionnel, est généralement la partie faible à la relation contractuelle, afin qu'il puisse se délier du contrat de location financière qui a cessé d'être utile pour lui, parce que le contrat de prestation de services qui lui est indissociable a été anéanti » (X. Delpech, « Indépendance contractuelle : mise en échec de la clause de divisibilité », *Dalloz actualité*, 22 mai 2013).

Cet ordre public est également de régulation, cette fois à l'initiative de la Cour de cassation, qui, comme le souligne le communiqué relatif aux arrêts précités, « remplit pleinement son rôle normatif, de création prétorienne du droit, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire ».

§ 2. Exploitant agricole

La protection de l'exploitant agricole passe par l'ouverture, au profit des locataires (A) et des SAFER (B), de droits impératifs que les premiers peuvent parfois abdiquer.

A. Protection des locataires de biens ruraux

1. Multiples droits impératifs

Il a été indiqué (partie 2, titre 2, chapitre 3, section 2, § 3, A) que le statut du fermage, pour n'être pas exactement (ou pas seulement) un ordre public de protection, ne ménageait pas moins au locataire, réputé partie faible, un grand nombre de droits que la liberté contractuelle ne lui avait guère assurés avant que le statut ne soit institué, en 1945.

Le législateur entend en effet, par l'octroi de multiples prérogatives aux locataires, rendre d'autorité plus performantes leurs exploitations et, par voie de conséquence, l'agriculture française (étant indiqué que près des trois quarts de la surface agricole

utile de la France sont mis en valeur par des locataires, ce que l'on appelle, dans le langage du droit rural, le « faire-valoir indirect »).

Il fallait que les droits ainsi octroyés aux locataires fussent impératifs pour éviter qu'ils soient susceptibles d'être chassés par une simple stipulation *ad hoc* du bail, et les dispositions qui les portent bien rédigées pour traquer, derrière les montages contractuels dont le monde agricole est assez friand, les fraudes ourdies contre le statut du fermage.

La sanction qui frappe la violation de ces droits statutaires mérite d'être soulignée. Conformément à la disposition générale de l'article L. 415-12 du code rural et de la pêche maritime déjà évoquée, les clauses qui heurtent l'ordre public sont « réputées non écrites ». Cette « frappe chirurgicale » permet de maintenir en vigueur le bail débarrassé de la clause qui l'infectait, dans l'intérêt du locataire qui n'aurait rien à gagner à l'anéantissement d'un titre nécessaire à l'exercice de son activité professionnelle. Une telle sanction limitée serait, selon la doctrine, plutôt la marque d'un ordre public de protection (voir, en ce sens, Th. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'Ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 52 et 53).

Il ne saurait être question de passer tous ces droits en revue. Leur exercice par leurs titulaires suscite un contentieux assez abondant et âpre, dans la mesure où les bailleurs le ressentent souvent comme une atteinte difficilement supportable à leurs droits, qu'ils estiment absolus, de disposer de leur bien à leur guise ou de choisir librement leur locataire.

Les exemples suivants constituent des illustrations marquantes, au gré des pourvois, d'atteintes portées par la voie contractuelle aux droits statutaires et des sanctions qui leur ont été infligées.

Il a été indiqué (partie 2, titre 2, chapitre 3, section 2, § 3, B) que le champ d'application du statut du fermage était, depuis la loi n° 80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole, circonscrit assez largement par des dispositions d'ordre public.

Aux termes du premier alinéa de l'article L. 411-1 du code rural et de la pêche maritime, qui circonscrit le champ d'application de principe du statut du fermage, celui-ci est applicable de plein droit à « toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter et d'y exercer une activité agricole définie à l'article L. 311-1 [du même code] ». Il énonce également que « cette disposition est d'ordre public ».

S'appuyant sur ces deux dispositions combinées, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a, pour prendre deux exemples caractéristiques des tentatives de fraude au champ d'application du statut du fermage, soumis à celui-ci des conventions qui, qualifiées par les parties de « prêt à usage » ou de « bail emphytéotique », ne répondaient pas aux conditions requises pour de telles qualifications mais entraient dans les prévisions de l'article L. 411-1 du code rural et de la pêche maritime (pour le prêt à usage : 3^e Civ., 8 mars 2011, pourvoi n° 10-14.533 ; 3^e Civ., 22 juillet 1992, pourvoi n° 90-19.086 ; pour le bail emphytéotique : 3^e Civ., 7 avril 2004, pourvoi n° 02-19.870, *Bull.* 2004, III, n° 72 ; 3^e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-17.169, *Bull.* 2011, III, n° 102).

Le caractère d'ordre public du champ d'application du statut du fermage a pour conséquence visible que, pour reprendre une formule parfois employée dans des arrêts de la Cour de cassation, le juge doit donner au contrat litigieux son exacte qualification

«peu important la qualification donnée par les parties» (voir, par exemple, 3^e Civ., 19 mai 1999, pourvoi n° 97-19.650).

Le loyer stipulé dans le cadre d'un bail soumis au statut du fermage fait l'objet d'un encadrement, organisé par les articles L. 411-11 et suivants du code rural et de la pêche maritime, original : la loi donne les critères généraux de l'encadrement, lequel est fixé concrètement dans chaque département par le préfet en fonction du rendement des terres et des cultures.

Ce dispositif est expressément, aux termes de l'article L. 411-14 du code rural et de la pêche maritime, d'«ordre public».

Cet encadrement prend la forme de ce que l'on appelle «une fourchette», avec un minimum et un maximum. S'il est constaté que le loyer stipulé se situe en dehors de la fourchette (dans l'immense majorité des cas, cette violation est commise à la hausse, au détriment du locataire), le juge du bail devra lui substituer, éventuellement après expertise, un loyer conforme aux prescriptions légales et administratives (voir, par exemple, 3^e Civ., 13 décembre 2000, pourvoi n° 99-14.903, *Bull.* 2000, III, n° 188 ; 3^e Civ., 19 mars 1997, pourvoi n° 95-12.261, *Bull.* 1997, III, n° 64).

Il ressort de l'article L. 411-69 du code rural et de la pêche maritime que le locataire sortant peut prétendre, lorsqu'il a amélioré le bien loué durant sa jouissance selon des critères fixés par la loi, à une indemnité dite de «sortie» payée par le bailleur en titre au moment de l'expiration du bail. Toute clause restreignant ou supprimant ce droit à indemnité est expressément réputée non écrite selon l'article L. 411-77 du même code.

Ont été, par exemple, déclarées nulles les clauses de baux mettant cette indemnité à la charge du locataire entrant (3^e Civ., 16 février 2000, pourvoi n° 98-13.873, *Bull.* 2000, III, n° 37) ou fixant un mode de calcul moins favorable au locataire que celui prescrit par la loi (3^e Civ., 30 mai 1996, pourvoi n° 94-13.607 ; 3^e Civ., 18 novembre 1998, pourvoi n° 96-22.192).

Aux termes de l'article L. 411-5 du code rural et de la pêche maritime, «[...] la durée du bail ne peut être inférieure à neuf ans, nonobstant toute clause ou convention contraire».

S'il constate qu'un bail est d'une durée inférieure à neuf années, le juge du bail doit la déclarer nulle et imposer aux parties la durée minimale légale (Soc., 13 juin 1958, *Bull.* 1958, pourvoi n° 46.397, IV, n° 725).

2. Limite prétorienne à la protection du locataire rural : la renonciation aux droits acquis

a. Admission de la renonciation du locataire à ses droits

Pour protecteur du locataire que soit le statut du fermage, la troisième chambre civile n'admet pas moins depuis longtemps que le locataire en vertu d'un bail rural puisse renoncer, dans certaines conditions, à telle ou telle de ses prérogatives statutaires. Soit une véritable limite opposée à l'«ordre public rural» ayant pour seule source – est là toute l'originalité de cette institution prétorienne – la volonté d'une partie contractante.

Cette admission de la renonciation à des droits d'ordre public n'est certes pas réservée au locataire rural. La troisième chambre civile accueille en effet pareillement les renonciations émanant de locataires en vertu de baux commerciaux (voir, par exemple, 3^e Civ., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-16.456 : « Attendu qu'ayant relevé que la locataire avait, une fois acquis, au terme de chacun des baux dérogatoires successifs, le droit de bénéficier du statut des baux commerciaux, renoncé à ce droit en signant un nouveau bail dérogatoire comportant une clause expresse, précise et non équivoque, sur le sens et la portée de laquelle elle ne pouvait se méprendre, et qu'une telle clause se suffisant à elle-même, la critique de la validité d'avenants établis par ailleurs était inopérante, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » ; 3^e Civ., 7 novembre 1968, *Bull.* 1968, III, n° 442 ; 3^e Civ., 29 octobre 1970, pourvoi n° 69-11.287, *Bull.* 1970, III, n° 553, dont il résulte que si toute clause emportant par avance renonciation au bénéfice d'une protection légale est nulle, toute partie peut faire abandon d'un droit prévu dans son intérêt, lorsqu'il est définitivement acquis), et de baux d'habitation (voir, par exemple, 3^e Civ., 6 mars 2013, pourvoi n° 11-28.064 : « Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la renonciation sans équivoque de chacun des époux X... à se prévaloir du non-respect des règles protectrices en matière de renouvellement de bail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé »). La première chambre civile accueille pour sa part les renonciations émanant de ceux qui souscrivent un contrat de prêt faisant l'objet d'une réglementation impérative (1^{re} Civ., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-13.972, *Bull.* 1998, I, n° 120 [crédit immobilier] : « S'il est interdit de renoncer, par avance, aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles »).

Mais c'est à propos du statut de fermage que la Cour de cassation a, pour la première fois, appliqué ce qui n'était, à l'origine, qu'une théorie doctrinale imaginée au début du siècle dernier et qu'elle a développée, au regard du grand nombre des renonciations et des litiges en cette matière, le corps de jurisprudence le plus complet. Les règles de validité des renonciations qu'elle y a dégagées dans le cadre de ce statut ont ensuite été « exportées » vers les autres institutions.

Il peut paraître paradoxal d'accueillir une renonciation de la part d'une partie – le locataire – qu'une loi impérative tend précisément à protéger. Mais, selon la doctrine, la possibilité de renoncer à des droits d'ordre public acquis est précisément la marque d'un ordre public de protection.

Tous les droits ouverts au locataire par le statut du fermage sont ainsi susceptibles d'être abdiqués par leur titulaire. Pour prendre en exemple les droits le plus souvent objet d'une renonciation de la part du locataire rural, on citera :

– le droit au renouvellement du bail (voir, par exemple, 3^e Civ., 3 octobre 1968, *Bull.* 1968, III, n° 355 : « Attendu, dès lors, que la cour d'appel, analysant et interprétant cet acte du 1^{er} février 1957 [où] X... prend l'engagement unilatéral de renoncer à son droit au renouvellement qui lui était pourtant acquis à cette date, a pu, sans dénaturation et alors qu'aucune obligation d'user de son droit au renouvellement de son bail ne pèse sur le preneur, décider que les termes de cet acte constituaient une renonciation valable et certaine au renouvellement et qu'il n'en résultait aucune manœuvre frauduleuse du bailleur pour l'obtenir » ;

- le droit à indemnité de sortie (voir, par exemple, 3^e Civ., 4 mars 1998, pourvoi n° 96-16.868);
- le droit de préemption (voir, par exemple, 3^e Civ., 21 mars 1984, pourvoi n° 82-17.000, *Bull.* 1984, III, n° 74);
- le droit de céder un bail à un proche (voir, par exemple, 3^e Civ., 23 avril 1975, pourvoi n° 74-12.058, *Bull.* 1975, III, n° 135 : « En acceptant, postérieurement au renouvellement tacite de leur bail, de remettre, à son expiration, les lieux à [un tiers] et en reconnaissant à celui-ci la qualité de futur fermier entrant, [les preneurs] quel que fût leur âge, ont renoncé au droit qu'ils avaient acquis de se prévaloir des dispositions légales leur permettant de céder leur bail [à un descendant majeur] »).

b. Encadrement de la renonciation du locataire à ses droits

La jurisprudence encadre la renonciation à un droit d'ordre public par deux conditions relativement strictes, destinées à s'assurer qu'elle intervient dans des conditions respectueuses des droits et de la volonté de son auteur.

Il est requis, en premier lieu, que la renonciation soit exprimée « de manière certaine et sans équivoque » par le locataire (Soc., 3 novembre 1961, *Bull.* 1961, IV, n° 897 : « Mais attendu qu'ayant exactement énoncé que la renonciation au droit de renouvellement du bail ne se présument pas, devait pour être valablement exprimée, l'avoir été de manière non ambiguë, l'arrêt attaqué a implicitement mais nécessairement admis que les faits "positifs" allégués par les époux X... ne constituaient pas la preuve d'une telle renonciation et qu'il a ainsi répondu aux conclusions des bailleurs »; 3^e Civ., 16 octobre 2007, pourvoi n° 07-12.748).

À son origine doctrinale, la théorie de la renonciation aux droits acquis reposait sur cette idée qu'il n'y a pas d'inconvénient à autoriser une partie protégée par un droit comme réputée faible, serait-il d'ordre public, à y renoncer, dès lors que ce droit lui est acquis, généralement par l'effet de la conclusion du contrat. En ce cas, opinaient les auteurs, la partie faible est remise en situation d'égalité avec son cocontractant, en sorte qu'il n'y a pas à craindre pour sa protection de lui permettre de disposer de ses prérogatives légales. La Cour de cassation a repris ce raisonnement, qui subordonne strictement la validité de la renonciation à son intervention postérieurement à l'acquisition du droit qui en fait l'objet, ainsi qu'il ressort des décisions déjà citées. L'examen de la jurisprudence enseigne que le moment de cette acquisition peut différer selon les droits abdiqués. Pour la plupart d'entre eux, ce moment coïncide avec la conclusion du bail (ou avec son renouvellement). Le locataire rural peut ainsi renoncer valablement, dès le lendemain de la conclusion du bail, à son droit au renouvellement (3^e Civ., 8 décembre 1982, pourvoi n° 81-11.101, *Bull.* 1982, III, n° 247, dont il résulte que la renonciation du preneur à son droit au renouvellement dans un écrit postérieur à la signature du bail est valable), à la durée minimale de neuf ans (sous forme d'une résiliation d'un commun accord, voir, par exemple, 3^e Civ., 14 mai 1991, pourvoi n° 90-10.022), au loyer plafonné (voir, par exemple, 3^e Civ., 27 septembre 2011, pourvoi n° 09-71.788), etc.

La troisième chambre civile se montre parfois plus exigeante, s'agissant de droits conditionnés par des éléments de fait non encore existants à la date de conclusion du bail. Elle juge avec constance que le locataire ne peut valablement renoncer à son droit de préemption qu'après s'être vu notifier les conditions de la vente (voir, par exemple,

3^e Civ., 21 mars 1984, pourvoi n° 82-17.000, *Bull.* 1984, III, n° 74, dont il résulte que ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour débouter un preneur en ferme de sa demande en nullité d'une vente passée au mépris de son droit de préemption, retient que le preneur connaissait l'existence de l'acte de vente lorsqu'il a renoncé à son action, sans préciser s'il connaissait le prix, les conditions et les modalités de la vente ; Soc., 27 mai 1949, *JCP* 1949, II, 5144, note P. Ourliac et M. de Juglart : la renonciation du locataire au droit de préemption « doit intervenir avec l'exacte connaissance des conditions de la vente » et à son droit à indemnité qu'après réalisation des travaux correspondants (voir, par exemple, 3^e Civ., 21 février 1990, pourvoi n° 88-13.622, *Bull.* 1990, III, n° 55 : « La cour d'appel, qui [...] s'est justement placée à la date d'expiration du bail pour fixer l'indemnité de sortie, a exactement retenu que les actes de renonciation signés [...], alors que les améliorations qu'ils concernaient n'étaient pas encore réalisées, étaient nuls et non écrits »). Le locataire mesure alors parfaitement la portée de sa renonciation.

B. Protection du droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural

Il n'est pas excessif ni artificiel de regarder les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) comme de véritables agents de protection des exploitants agricoles, considérant les multiples missions qui leur sont assignées par la loi (précisément par l'article L. 141-1 du code rural et de la pêche maritime) parmi lesquelles l'installation des exploitants, le maintien de leur exploitation en état de productivité et l'aménagement du territoire rural. Pour mener à bien ces missions, les SAFER, dont l'action n'est pas toujours bien acceptée par les acteurs du monde agricole, se voient dotées d'un droit de préemption (étant quand même précisé que la grande majorité des acquisitions auxquelles elles procèdent prend la voie amiable).

Pour n'être pas expressément déclaré d'« ordre public » par la loi (en l'occurrence, les articles L. 143-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime), ce droit de préemption, variété de prérogative de puissance publique, est incontestablement tel, en sorte que les SAFER sont en droit de faire annuler les ventes conclues au mépris de ce droit (combinaison des articles L. 143-8, L. 412-10 et L. 412-12 du code rural et de la pêche maritime).

La troisième chambre civile est très régulièrement amenée à sanctionner par la nullité des ventes, éventuellement inscrites dans un montage plus ou moins sophistiqué, méconnaissant le droit de préemption d'une SAFER.

Pour prendre quelques exemples caractéristiques de ces victoires du droit de préemption sur les volontés des contractants :

- la SAFER est en droit de préempter un immeuble à utilisation agricole, peu important l'engagement de l'acquéreur de l'affecter à un usage autre (Ass. plén., 5 décembre 1986, pourvoi n° 85-10.335, *Bull.* 1986, Ass. plén., n° 13) ;
- les parties à la vente ne sauraient, pour tenir en échec le droit de préemption, faire valoir qu'il se trouve des parcelles boisées parmi celles vendues alors que l'article L. 143-4 du code rural et de la pêche maritime permet aux SAFER de préempter des ensembles de parcelles agricoles et boisées (3^e Civ., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-11.383, *Bull.* 2008, III, n° 50) ;

- une SAFER peut, nonobstant la règle légale le réservant aux seules acquisitions en propriété, exercer son droit de préemption pour acquérir des droits démembrés portant sur des immeubles à utilisation agricole si elle démontre que le démembrement est intervenu dans l'intention de frauder son droit (3^e Civ., 6 février 1974, pourvoi n° 72-14.595, *Bull.* 1974, III, n° 66);
- doit être requalifié en vente avec l'exposition au droit de préemption de la SAFER que cela engendre l'échange portant sur des biens ruraux, lorsque les valeurs des biens échangés sont disproportionnées au point que l'un des coéchangistes (celui qui acquiert le bien agricole) doit verser une soulte très importante (3^e Civ., 15 mars 1977, pourvoi n° 75-14.664, *Bull.* 1977, III, n° 120).

§ 3. Commerçant

Les normes d'ordre public qui protègent le commerçant concernent au premier chef le bail commercial, même si l'on peut noter que le statut des baux commerciaux ne présente pas un dispositif d'ordre public aussi complet et généralisé que celui ayant cours dans le statut du fermage.

Au fil des droits ouverts par ce statut au locataire de biens commerciaux (ou, plus rarement, au bailleur), le législateur indique de temps à autre que tel ou tel est d'ordre public ou, ce qui revient au même, qu'on ne peut y déroger par des conventions particulières. Il assure ainsi au commerce du locataire des conditions d'exercice favorables et, au-delà, à l'économie, un tissu commercial prospère. En cela, on peut dire qu'à l'instar de son homologue des champs, le statut des baux commerciaux est, au regard de la *summa divisio*, hybride : il s'agit d'un ordre public à la fois de direction et de protection ou, pour dire les choses autrement, il organise la direction (de l'économie) par la protection (du locataire commerçant).

Il est proposé de s'intéresser à plusieurs aspects du bail commercial, entre sa conclusion (A) et son achèvement (C), en passant par son exécution (B), pour apprécier les manifestations de cet ordre public.

A. Conclusion du bail

Le champ d'application du statut des baux commerciaux tel que circonscrit par les articles L. 145-1 et suivants du code de commerce est à la fois précis (le législateur ayant tiré les leçons du statut du fermage) et impératif, et le juge du bail commercial ne saurait se plier à des prévisions contractuelles ayant pour effet de soustraire leur convention au statut (voir, par exemple, 3^e Civ., 15 mai 1973, pourvoi n° 72-11.841, *Bull.* 1973, III, n° 336 : requalification d'un « commodat » portant sur des locaux commerciaux en bail commercial, constatation faite de l'existence d'une redevance; 3^e Civ., 19 novembre 2003, pourvoi n° 02-15.887, *Bull.* 2003, III, n° 202 : requalification d'une « convention d'occupation précaire » en bail commercial en l'absence de circonstances exceptionnelles la justifiant).

De la même manière, si elle reconnaît en principe l'efficacité de la soumission volontaire au statut des baux commerciaux, comme indiqué partie 1, titre 3, chapitre 2, section 3, la Cour de cassation n'admet pas que, les parties le stipuleraient-elles, ce statut s'applique à une convention qui ne saurait, de par la loi, entrer dans son champ

d'application. C'est ainsi qu'elle refuse la qualification de bail commercial retenue par les parties à une location portant sur un bien dépendant du domaine public en conséquence des dispositions de l'article L. 145-2, I, 3°, du code de commerce (voir, par exemple, 3^e Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 11-10.372, *Bull.* 2012, III, n° 191, dont il résulte que le statut des baux commerciaux ne s'applique pas aux conventions ayant pour objet des biens du domaine public). En conséquence, lorsqu'une commune consent un bail emphytéotique sur de tels biens, la sous-location consentie par le preneur sur ces mêmes biens ne peut être soumise au statut (3^e Civ., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-12.714, *Bull.* 2010, III, n° 58).

B. Exécution du bail

1. Loyer

Parmi les clauses destinées à régir cette période contractuelle, celles relatives au loyer font l'objet de l'attention toute particulière du législateur.

C'est particulièrement au moment du renouvellement du bail que les relations contractuelles peuvent se tendre à cet égard, chacune des parties avançant des raisons à l'appui de demandes tendant, pour l'une à une majoration, pour l'autre à la réduction du loyer du bail renouvelé. L'article R. 145-23 du code de commerce prescrit aux parties, en cas de litige sur le loyer du bail renouvelé, de sacrifier à une procédure lourde et contraignante, dont elles ne peuvent s'évader même d'un commun accord. Il a été récemment jugé que les parties ne sauraient convenir dans ce cadre de procéder par simple échange de conclusions au lieu des mémoires requis par le texte. C'est là une manifestation d'un ordre public processuel, hors d'atteinte des parties concernées, ainsi qu'il ressort de la motivation de l'arrêt (3^e Civ., 14 septembre 2011, pourvoi n° 10-10.032, *Bull.* 2011, III, n° 148 : « Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, que la procédure des articles R. 145-23 et suivants du code de commerce, selon laquelle le juge des loyers ne peut, à peine d'irrecevabilité, être saisi avant l'expiration d'un délai d'un mois suivant la réception par son destinataire du premier mémoire établi, s'imposait, en ce qu'elle était relative au dépôt des mémoires et à leur notification, aux justiciables comme ayant été édictée dans le cadre de l'organisation judiciaire et dans l'intérêt d'une meilleure administration de la justice et non dans l'intérêt de l'une ou l'autre des parties, la cour d'appel, qui a exactement retenu que les parties étant renvoyées devant le juge des loyers commerciaux, il leur incombait de procéder conformément aux textes ci-dessus mentionnés, et qui a constaté qu'après la décision d'incompétence, il avait été procédé par simples conclusions sans notification de mémoires, en a justement déduit que la procédure était irrégulière »).

2. Clauses du bail

Les clauses susceptibles d'entraver la liberté économique du locataire sont regardées avec une grande défiance.

La troisième chambre civile a été amenée à retenir que quoique librement consentie, une clause de non-concurrence ne pouvait priver le locataire du droit à déspecialisation qu'il tient – impérativement – de la loi (3^e Civ., 15 février 2012, pourvoi n° 11-17.213, *Bull.* 2012, III, n° 29).

C. Achèvement du bail

L'achèvement du bail est, dans les différents statuts locatifs, une période sous haute surveillance, pour éviter que le locataire, surtout s'il a respecté ses obligations, ne soit trop facilement exposé à perdre un titre qui lui assure, selon les cas, son outil de travail ou son habitation. On citera deux exemples récents et marquants de cet encadrement législatif :

Il a été jugé, en premier lieu, que doit être annulée la clause résolutoire du bail prévoyant un délai de commandement inférieur à celui prescrit impérativement par l'article L. 145-41 du code de commerce, quand bien même ce délai aurait été respecté dans les faits (3^e Civ., 8 décembre 2010, pourvoi n° 09-16.939, *Bull.* 2010, III, n° 215, dont il résulte que la mention, dans la clause résolutoire d'un bail commercial, d'un délai de quinze jours après commandement resté infructueux pour que la clause joue, tient en échec les dispositions d'ordre public de l'article L. 145-41 du code de commerce aux termes duquel toute clause résolutoire ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux, et que la clause est donc nulle en son entier, par application de l'article L. 145-15 du même code).

La troisième chambre civile a retenu, en second lieu, que le juge de la procédure collective dont est l'objet un locataire bénéficiant du statut des baux commerciaux doit appliquer d'office la suspension des poursuites, même si celle-ci n'est pas demandée par le représentant de la procédure (3^e Civ., 18 septembre 2012, pourvoi n° 11-19.571).

§ 4. Salarié

Le salarié est nécessairement placé sous la direction de l'employeur, ce lien hiérarchique étant une des composantes de la définition même du salariat. C'est la nécessité de compenser cet état de dépendance qui a présidé au développement du droit du travail et à l'instauration de règles d'ordre public à même de protéger le salarié d'éventuels abus commis par l'employeur. Cette protection se retrouve à différentes étapes de la vie du contrat de travail, que ce soit dans les rapports entre le salarié et l'employeur concernant le temps de travail (A), lors de la survenance d'un accident du travail (B), lors du transfert du contrat de travail qui accompagne le transfert de l'entreprise (C) ou encore dans les relations avec la collectivité du travail (D).

A. Temps de travail et relations avec l'employeur

La relation de travail se définit d'abord par le temps que doit consacrer le salarié au service de son employeur et, réciproquement, par le travail que ce dernier doit lui fournir. Mais ce temps n'est pas laissé totalement à la discrétion des parties, pas plus que des partenaires sociaux. Le code du travail fixe l'ensemble des limites et seuils relatifs à la durée du travail des salariés, de la même façon qu'il définit strictement les hypothèses d'exception ou de dérogation, comme les conditions dans lesquelles l'organisation du travail peut être déterminée par accord collectif ou par le contrat de travail. Eu égard aux exigences, notamment constitutionnelles et communautaires, en matière de santé et de repos, l'ordre public imprègne naturellement l'ensemble du dispositif.

1. Cadres dirigeants

Cet ordre public pèse en premier lieu sur le contrat de travail. Ainsi, si les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée du travail, cette catégorie juridique n'est pas disponible. Seuls les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement, en relèvent (article L. 3111-2 du code du travail). La chambre sociale a en outre précisé que ces trois critères cumulatifs impliquaient que seuls les cadres qui participaient à la direction de l'entreprise pouvaient être qualifiés de cadres dirigeants (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.412, *Bull.* 2002, V, n° 45). Le salarié recruté en qualité de « responsable collection homme » d'une entreprise de mode, qui percevait pourtant une rémunération parmi les plus importantes, ne pouvait pas être regardé comme un cadre dirigeant car s'il jouissait à la fois d'autonomie et d'indépendance dans son activité créatrice au sein de l'entreprise, il ne participait en rien à la direction de l'entreprise. Les juges du fond doivent donc rechercher si les critères légaux sont réunis pour déterminer si un salarié a effectivement la qualité de cadre dirigeant et les qualifications adoptées par les parties doivent céder face à la réalité de leur situation (Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-10.945). Ainsi, la qualité de cadre dirigeant doit être écartée lorsqu'il apparaît que le salarié concerné ne peut refuser d'exécuter les heures supplémentaires et qu'il est soumis aux horaires de l'entreprise (Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 11-19.734, *Bull.* 2013, V, n° 95), de telles contraintes étant exclusives de la grande indépendance dans l'organisation du travail imposée par l'article L. 3111-2 du code du travail.

2. Forfait en jours

Les exigences de l'ordre public sont encore plus fortes en cas de fixation de la durée de travail sous forme de forfait en jours. Dans une telle hypothèse, le travail n'est plus mesuré en heures, mais en jours, ce qui conduit à laisser au salarié une grande latitude dans l'organisation de son travail, mais aussi à un moindre contrôle de la part de l'employeur, avec un risque d'inadéquation de la charge de travail avec le temps disponible pour l'accomplir. Aussi, la loi encadre strictement les salariés concernés et en limite l'application, d'une part, aux cadres autonomes dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable et, d'autre part, aux salariés dont le temps de travail ne peut pas être prédéterminé et qui bénéficient d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des missions qui leur sont confiées (article L. 3121-43 du code du travail). L'article L. 3121-48 du code du travail dispose que les salariés ayant conclu une telle convention ne sont pas soumis aux dispositions relatives aux durées quotidiennes maximales de travail (dix heures sauf dérogation) et hebdomadaires maximales (quarante-huit heures ou quarante-quatre heures sur une période de douze semaines consécutives). Les derniers seuils subsistants, relatifs aux repos quotidiens et hebdomadaires, laissent malgré tout la possibilité d'une durée hebdomadaire de soixante-dix-huit heures, qui ne peut être regardée comme raisonnable. Aussi le législateur a encadré strictement la convention de forfait en jours en prévoyant que son recours devait être prévu par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut par une convention ou un accord de branche (article L. 3121-39 du code du travail). En outre, cet accord collectif doit assurer la garantie du respect des

durées maximales de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181). Cette obligation, qui repose sur les exigences constitutionnelles du droit à la santé et au repos, et sur les principes du droit social de l'Union revêtant une importance particulière dégagés par le droit communautaire, conduit à invalider les conventions collectives qui ne contiennent pas de telles garanties, comme cela a été le cas pour la convention collective des industries chimiques (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43), pour celle des commerces de gros (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250) et celle des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil (Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, *Bull.* 2013, V, n° 117). En l'absence de convention collective valable, la convention de forfait en jours est nulle (Soc. 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28.398, préc.) et les règles de droit commun de la durée du travail sont applicables à la relation de travail. En application du principe d'effectivité, une sanction voisine est encourue lorsque l'employeur ne met pas en œuvre les garanties stipulées dans la convention collective : la convention de forfait en jours est privée d'effet (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181). Comme le notait déjà le commentaire au *Rapport annuel* 2007 (p. 345) de l'arrêt « Blue green » (Soc., 31 octobre 2007, pourvoi n° 06-43.876, *Bull.* 2007, V, n° 180), la chambre sociale a instauré, même en l'absence de demande formelle des parties en ce sens, un contrôle préalable sur la qualité de bénéficiaire potentiel d'une convention de forfait en jours du salarié et invite les juges du fond à exercer une surveillance renforcée du régime du forfait en jours. L'office du juge en la matière conduit naturellement à vérifier la validité de la convention collective sur laquelle repose la convention de forfait en jours, ainsi que l'a fait la Cour de cassation à l'occasion des arrêts rendus les 31 janvier 2012, 26 septembre 2012 et 24 avril 2013 précités.

3. Temps de pause

Les temps de pause offrent une autre illustration du poids de l'ordre public dans l'application des règles relatives à la durée du travail. Par deux arrêts du 20 février 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'il résultait de l'article L. 3121-33 du code du travail qu'après six heures de travail effectif, le salarié devait bénéficier d'une pause d'au moins vingt minutes (Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-26.793, *Bull.* 2013, V, n° 50) consécutives (Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-28.612, *Bull.* 2013, V, n° 49). Dès lors, l'accord collectif qui prévoit l'octroi de deux pauses d'une durée inférieure à vingt minutes contrevient aux dispositions légales, peu important que le temps de travail soit fractionné par une interruption de quinze minutes. Le salarié doit disposer en toutes hypothèses d'un temps de pause de vingt minutes. Sauf à être dénaturé, ce temps de sécurité ne peut pas être éclaté en plusieurs séquences. Son octroi ne peut pas davantage être éludé par une interruption du temps de travail effectif, dès lors que cette interruption est inférieure à la durée de vingt minutes. L'ordre public s'exprime également avec force pour assurer le respect des limites et divers plafonds de durée du travail. Cette exigence se traduit dans la règle de preuve applicable puisque les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail, relatives à la répartition de la charge de la preuve des heures de travail effectuées entre l'employeur et le salarié, ne sont applicables ni à la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne, ni à la preuve de ceux prévus par les articles L. 3121-34 et L. 3131-35 du code du travail, qui incombent à l'employeur (Soc., 17 décembre 2012, pourvoi n° 10-17.370,

Bull. 2012, V, n° 267 ; Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-28.811, *Bull.* 2013, V, n° 52). C'est donc à l'employeur, sur qui pèse une obligation de sécurité de résultat, de prouver qu'il a bien respecté les divers seuils et limites à la durée du travail.

4. Travail intermittent

L'ordre public n'est pas nécessairement lié aux impératifs de santé, de sécurité et de repos. Les conditions d'organisation du travail des salariés peuvent aussi prévaloir, notamment dans le cadre de contrats qui peuvent les placer dans des situations de précarité. Il en est ainsi des salariés à temps partiel ou ayant conclu un contrat de travail intermittent, pour lesquels la possibilité d'obtenir des temps de travail, et donc des revenus, complémentaires peut être essentielle. Les contraintes imposées par le travail intermittent ont conduit le législateur à en conditionner le recours à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement (article L. 3123-31 du code du travail) qui doit en outre désigner de façon précise les emplois permanents qui peuvent être ainsi pourvus (Soc., 27 juin 2007, pourvoi n° 06-41.818, *Bull.* 2007, V, n° 113). La sanction est à la mesure de cette exigence légale : le contrat de travail intermittent conclu en l'absence d'un tel accord est illicite et doit être requalifié en contrat à temps complet (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-15.087, *Bull.* 2011, V, n° 150 ; Soc. 21 mars 2012, pourvoi n° 10-21.588 ; Soc., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-14.795). Une question prioritaire de constitutionnalité qui contestait cette jurisprudence au motif que l'employeur ne pouvait pas rapporter la preuve contraire et que cette situation constituait une atteinte à son droit de propriété a été rejetée, la requalification judiciaire d'un contrat de travail intermittent en contrat à temps complet et le rappel de salaire subséquent n'étant que la conséquence de l'illicéité résultant de l'absence de convention collective ou d'accord collectif prévoyant le recours à un tel contrat et de la durée pendant laquelle l'employeur a maintenu cette situation (Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 13-10.759, *Bull.* 2013, V, n° 185). C'est en s'appuyant sur la définition légale du contrat de travail intermittent que la chambre sociale a retenu qu'à défaut de précision des périodes travaillées et non travaillées, le contrat devait également être requalifié en contrat à temps plein sans que l'employeur puisse rapporter la preuve qu'il s'agit bien d'un travail intermittent (Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-24.531).

5. Temps de travail

C'est aussi pour assurer le respect de l'équilibre initialement fixé par le législateur en matière de travail à temps partiel que la chambre sociale a jugé qu'il ne pouvait être dérogé aux dispositions des articles L. 3123-14 4°, L. 3123-17 et L. 3123-18 du code du travail qui ont pour objet de limiter le nombre d'heures que peut réaliser un salarié à temps partiel au-delà de la durée prévue à son contrat. Il en résultait que toutes les heures effectuées au-delà de la durée fixée au contrat, qu'elles fussent imposées par l'employeur ou fixées dans un avenant en application d'un accord collectif, étaient des heures complémentaires et pouvaient donner lieu aux majorations éventuellement applicables (Soc., 7 décembre 2010, pourvoi n° 09-42.315, *Bull.* 2010, V, n° 282). Le législateur en a tiré les conséquences en modifiant la loi pour introduire, avec l'article 12 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, la possibilité pour une convention ou un accord de branche étendu d'ouvrir la faculté d'une augmentation temporaire du temps de travail par avenant, mais dans le cadre

d'un dispositif organisant les conditions de recours à de tels avenants, et prévoyant par ailleurs la mise en place d'une durée minimale de travail à temps partiel. Il incombera sans nul doute à la Cour de cassation de préciser si ces nouvelles dispositions relèvent également de l'ordre public.

B. Accident du travail

La législation professionnelle est d'ordre public et l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale fait échec à ce que la victime demande réparation de son préjudice devant la juridiction de droit commun, y compris pour obtenir le complément d'indemnisation qui n'est pas réparé par le code de la sécurité sociale. L'ordre public joue de la manière la plus classique, par effet d'éviction, et de substitution, que ce soit dans un sens favorable ou défavorable à la victime, s'agissant plus d'ordre public de direction (le compromis historique entre les partenaires sociaux) que d'ordre public de protection (l'argument selon lequel la victime est moins bien indemnisée mais systématiquement et sans charge de la preuve d'un fait générateur étant de moins en moins pertinent compte tenu des évolutions du droit commun de la responsabilité depuis un siècle au moins).

1. Spécificités du régime d'indemnisation

L'exclusion du « droit commun » ne doit pas créer de malentendu : il ne s'agit pas de droit commun de la responsabilité mais de droit commun de la réparation, autrement dit du principe de la réparation intégrale. De ce fait, la règle joue aussi pour la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI), tenue au principe de la réparation intégrale.

La Cour de cassation rappelle donc régulièrement, et en dernier lieu encore en 2013 par un arrêt non publié, que « les dispositions légales d'ordre public sur la réparation des accidents du travail excluent les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infraction » (2^e Civ., 7 mai 2003, pourvoi n° 01-00.815, *Bull.* 2003, II, n° 138 ; 2^e Civ., 30 juin 2005, pourvoi n° 03-19.207, *Bull.* 2005, II, n° 177 ; 2^e Civ., 23 octobre 2003, pourvoi n° 02-16.580, *Bull.* 2003, II, n° 322, relevant spécialement l'application de l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale ; et, en dernier lieu, 2^e Civ., 4 juillet 2013, pourvoi n° 12-18.867).

Se référant toujours au code de la sécurité sociale qui prévoit lui-même les cas où le retour au droit commun est possible, la Cour de cassation a admis que la victime d'un accident du travail également qualifiable d'infraction pénale pouvait saisir la CIVI en cas de fait du tiers (article L. 454-1 du code de la sécurité sociale : 2^e Civ., 29 avril 2004, pourvoi n° 02-13.050, *Bull.* 2004, II, n° 197 ; 2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.974, *Bull.* 2009, II, n° 25), dont l'accident de trajet, pour lequel la victime est admise à demander un complément d'indemnisation devant la juridiction de droit commun, n'est finalement qu'une variété (article L. 455-1-1 du code de la sécurité sociale), ou en cas de faute intentionnelle commise par le copréposé ou l'employeur (article L. 452-5 du code de la sécurité sociale : 2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-15.738, *Bull.* 2009, II, n° 116 ; 2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-15.739 ; 2^e Civ., 17 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.311).

Dans ce dernier cas, la deuxième chambre civile a admis que « l'employeur » pouvait être le gérant de la société (2^e Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 09-13.332, *Bull.* 2010,

II, n° 24) ou encore qu'il n'y avait pas lieu d'exclure les accidents de service (2^e Civ., 18 mars 2010, pourvoi n° 09-14.394; 2^e Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-16.288, pour un préposé agent de service communal).

La deuxième chambre civile a également admis que la règle d'ordre public ne joue pas à l'égard de la victime par ricochet – qui n'est pas ayant droit de la victime directe au sens du code de la sécurité sociale – de sorte que celle-ci relève du droit commun (2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 07-19.365, *Bull.* 2009, II, n° 115).

2. Indemnisation des victimes de l'amiante

En revanche, en matière d'indemnisation par le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, le législateur a sans doute entendu, au terme de l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 ayant notamment créé le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), conférer à la victime un droit d'option entre la saisine de la juridiction de sécurité sociale et celle du FIVA. La deuxième chambre civile en a tiré les conséquences quant à ce qui est interdit (2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-21.633, *Bull.* 2006, II, n° 368), tout en se montrant très libérale quant au délai durant lequel l'option doit être exercée, la victime pouvant maintenir deux actions en parallèle jusqu'à ce que l'une d'elles s'achève par une décision juridictionnelle devenue irrévocable, et non seulement une décision définitive, c'est-à-dire encore susceptible d'un pourvoi en cassation (2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-14.782, *Bull.* 2009, II, n° 114).

Elle a ensuite apporté des assouplissements à la règle de l'option en permettant à la victime de saisir le FIVA dans des cas où la juridiction de sécurité sociale n'avait pas formellement rejeté au fond la demande de la victime, qu'il s'agisse d'une irrecevabilité pour prescription (2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.560, *Bull.* 2011, II, n° 9) ou d'un désistement (2^e Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-23.339). Il a cependant été mis fin en 2013 à ce libéralisme que le législateur, en dépit d'une rédaction des textes sujette à interprétation, n'avait sans doute pas voulu (2^e Civ., 7 février 2013, pourvoi n° 11-28.974, *Bull.* 2013, II, n° 24). En accordant à la victime un droit d'option, le législateur a en effet par là même fixé la frontière de l'atteinte au caractère d'ordre public de la législation professionnelle.

C. Transfert du contrat de travail

Écartant le principe de l'effet relatif des contrats affirmé par l'article 1165 du code civil, l'article L. 1224-1 du code du travail, qui a succédé à l'article L. 122-12, alinéa 2, du même code, prévoit que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». Cette règle du maintien des contrats de travail lorsque l'entreprise est transférée et qu'elle change de mains est d'ordre public (Soc., 13 juin 1990, pourvoi n° 86-45.216, *Bull.* 1990, V, n° 273; Soc., 13 juin 1990, pourvoi n° 86-45.217; Soc., 22 juin 1993, pourvoi n° 90-44.705, *Bull.* 1993, V, n° 171).

Ce caractère impératif répond au souci premier d'assurer le maintien des droits des travailleurs en dépit du « transfert d'entreprise » pouvant recouvrir des situations très

diverses telles que la vente de l'entreprise, la fusion de sociétés, la mise en location-gérance, mais aussi, dans certains cas, la cession d'une branche d'activité, le recours à la sous-traitance ou à un prestataire de services, la reprise par une collectivité publique d'une activité précédemment gérée par une personne de droit privé.

À la stabilité recherchée du contrat de travail s'ajoute un objectif économique de stabilité des emplois sur un site donné, de maintien des activités transférées et d'organisation concurrentielle des entreprises. Ainsi, dès la loi du 19 juillet 1928 modifiant l'article 23 du livre 1^{er} du code du travail, dont il ne subsiste aujourd'hui que les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail (succédant à l'article L. 122-12), le législateur français s'est préoccupé du sort des contrats de travail en cas de modification affectant « la situation juridique de l'entreprise ». Son inspiration première est issue d'une proposition de Guy de Wendel, maître des forges et député de la Moselle, marquant le souci des sidérurgistes d'Alsace-Lorraine d'inciter à la stabilisation de la main-d'œuvre sur les sites de production. Par la suite, le droit communautaire s'est à son tour intéressé à la question afin d'assurer une harmonisation partielle des droits nationaux. La directive d'origine, n° 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (modifiée par la directive n° 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998, puis abrogée par la directive n° 2001/23 du Conseil du 12 mars 2001 qui a codifié ses dispositions), visait dans son préambule les raisons de l'intervention du législateur communautaire : maintenir les droits des travailleurs en cas de transfert total ou partiel d'entreprise ; supprimer des différences de législation pouvant exercer une influence directe sur le marché commun, en contrariant la libre circulation des marchandises et des personnes, garantie par le Traité de Rome.

Autrement dit, le droit des transferts n'est pas uniquement conçu en termes d'ordre public de protection des salariés, mais peut aussi répondre à un ordre public de direction, relevant du droit économique. Aussi, la Cour de cassation affirme que le changement d'employeur qui résulte du transfert d'une entité économique autonome s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés (Soc., 11 mars 2003, pourvoi n° 01-41.842, *Bull.* 2003, V, n° 86 ; Soc., 14 décembre 2004, pourvoi n° 03-41.713, *Bull.* 2004, V, n° 331). Dès lors que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 sont remplies, à savoir en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise (voir, par exemple, Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 08-44.636), le transfert du contrat de travail du salarié attaché à l'entité transférée s'effectue de plein droit par l'effet de la loi (Soc., 26 septembre 1990, pourvoi n° 87-41.092, *Bull.* 1990, V, n° 392). Le transfert de plein droit était également requis par la directive du 14 février 1977, reprise par celle du 12 mars 2001, précitées (CJCE, arrêt du 14 novembre 1996, Rotsart de Hertaing/Benoit et IGC Housing, C-305/94).

Le transfert de plein droit du contrat s'impose en premier lieu au nouvel employeur, qui doit en poursuivre l'exécution. Le refus du nouvel employeur de fournir du travail au salarié constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser, le contrat de travail se poursuivant de plein droit et le salarié pouvant donc obtenir sa réintégration (Soc., 5 juillet 2006, pourvoi n° 05-44.127). Cette poursuite du contrat de travail doit s'effectuer dans les conditions en vigueur chez le précédent employeur au

moment du transfert (Soc., 24 janvier 1990, pourvoi n° 86-41.497, *Bull.* 1990, V, n° 23). Ainsi, la Cour de cassation juge que le contrat ne peut être modifié unilatéralement par le nouvel employeur, qui n'a pas le pouvoir d'imposer une nouvelle période d'essai (Soc., 13 novembre 2001, pourvoi n° 99-43.016, *Bull.* 2001, V, n° 341) ou de rétrograder le salarié repris dans un emploi inférieur (Soc., 14 janvier 2004, pourvoi n° 01-45.126, *Bull.* 2004, V, n° 9) sans s'exposer alors à une rupture de fait du contrat. De même, le salarié, dont le contrat subsiste avec le nouvel employeur, conserve le bénéfice de l'ancienneté acquise au service du précédent, en sorte que sont jugées inopposables au salarié, comme étant contraires aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1, les dispositions d'un accord d'entreprise instituant une prime d'ancienneté pour l'ancienneté acquise dans l'entreprise, hors ancienneté de reprise (Soc., 7 mars 2012, pourvoi n° 10-16.362 ; voir également CJUE, arrêt du 6 septembre 2011, Scattolon, C-108/10). Il n'est pas exclu pour autant que le contrat de travail soit modifié d'un commun accord entre le salarié et son nouvel employeur, mais cette modification ne peut avoir pour but d'éluder les dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1, ce que la proximité de cette modification par rapport à la date de transfert pourra faire présumer (Soc., 9 mars 2004, pourvoi n° 02-42.140).

S'agissant du cas particulier du transfert impliquant un organisme public, notamment en cas de reprise de l'entité économique employant des salariés de droit privé par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, s'est posée la question de l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 (ancien L. 122-12) du code du travail. Opérant un revirement de jurisprudence pour tenir compte des solutions retenues par la Cour de justice en ce qui concerne le champ d'application de la directive du 14 février 1977 précitée (CJCE, arrêt du 26 septembre 2000, Mayeur, C-175/99), la Cour de cassation a jugé que la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement à caractère administratif, lié à son personnel par des rapports de droit public, ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée (Soc., 25 juin 2002, pourvoi n° 01-43.497, *Bull.* 2002, V, n° 209). Par la suite le législateur est intervenu pour organiser le transfert du personnel appelé à passer sous un statut de droit public. Suivant l'article L. 1224-3 du code du travail, issu de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, il revient à la personne publique de proposer aux salariés un contrat de droit public aussi proche que possible du contrat de droit privé en cours au jour du transfert et, dans la dernière rédaction du texte, issue de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, il est prévu que le contrat de travail prend fin « de plein droit » à la suite du refus des salariés d'accepter le contrat proposé. Bien qu'il s'agisse d'une rupture de plein droit, le même article précise que la personne publique applique « les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat ». Cette solution, posant des difficultés de mise en œuvre, paraît néanmoins en accord avec la position de la Cour de justice (CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, Delahaye, C-425/02, et, pour une application récente Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-19.208). Le législateur a également organisé l'hypothèse du transfert d'une entité économique du secteur public administratif vers le secteur privé (article L. 1224-3-1 issu de la loi du 3 août 2009 précitée).

La protection des salariés organisée par le droit des transferts est non seulement individuelle mais également collective. L'article L. 1224-1 est applicable à tous les

contrats en cours au jour de la modification, notamment les contrats d'apprentissage (Soc., 28 mars 1996, pourvoi n° 93-40.716, *Bull.* 1996, V, n° 125). Aussi, il a été jugé que la clause d'une convention de cession d'une entité économique autonome, qui ne prévoit que la reprise d'une partie des salariés, est contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1224-1, sans qu'en soit affectée entre les parties la validité de la convention de cession (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-14.788, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 5). Dans les effets collectifs des transferts, il est également prévu, lors d'un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, que le transfert de certains salariés « protégés » (article L. 2414-1) ne peut intervenir sans l'autorisation de l'inspecteur du travail. Cette intervention est motivée par le fait qu'il existe un risque de discrimination dans le choix des salariés appelés à changer d'employeur, qui doit être soumis au contrôle de cette autorité administrative. Faute d'autorisation préalable, le transfert du contrat est atteint de nullité et le salarié peut alors obtenir sa réintégration dans l'entreprise qu'il a quittée (Soc., 28 mai 2003, pourvoi n° 01-40.512, *Bull.* 2003, V, n° 181) ou une indemnisation (Soc., 24 novembre 1992, pourvoi n° 89-44.977, *Bull.* 1992, V, n° 571). S'agissant de dispositions d'ordre public, le salarié protégé ne peut renoncer en ce cas à la procédure d'autorisation nécessaire au changement d'employeur (Soc., 6 avril 2004, pourvoi n° 02-41.953), même si par ailleurs lui seul peut se prévaloir dans un litige d'une absence d'autorisation de transfert (Soc., 29 avril 2009, pourvoi n° 07-45.653).

Un autre effet collectif du transfert intéresse les conventions et accords collectifs dont relevait l'entité transférée. Le code du travail (article L. 2261-14), en harmonie avec la directive européenne précitée, envisage la mise en cause de la convention collective, consécutive au transfert, qu'il distingue de la dénonciation volontaire de la convention. Il impose au nouvel employeur d'engager une négociation pour adapter les dispositions conventionnelles qui s'appliqueront désormais au personnel repris ou pour conclure un nouvel accord. En attendant, la convention ou l'accord applicable aux salariés repris avant le transfert continuera de produire ses effets pendant une année, augmentée du délai de préavis, soit quinze mois, s'il n'est pas prévu d'autre délai de préavis conventionnel. Cette règle du maintien temporaire du statut conventionnel mis en cause étant d'ordre public, il est jugé que le salarié repris ne pourra pas être licencié pour avoir refusé une application immédiate du statut collectif en vigueur dans l'entreprise d'accueil (Soc., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-42.090 ; Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-45.344, *Bull.* 2009, V, n° 58). De même qu'il n'est pas possible au nouvel employeur et au salarié repris de convenir, par un avenant au contrat de travail, d'une renonciation immédiate aux effets de la convention collective pendant la durée de son maintien provisoire, lorsque ses dispositions sont plus favorables (Soc., 2 juillet 2003, pourvoi n° 01-43.711). À l'expiration du délai de transition et si aucun nouvel accord n'est conclu, les salariés transférés conservent les avantages individuels acquis, c'est-à-dire ceux dont ils bénéficiaient déjà personnellement et effectivement avant le transfert, du chef des dispositions conventionnelles antérieures (Soc., 1^{er} décembre 1993, pourvoi n° 90-42.963, *Bull.* 1993, V, n° 296). Compte tenu des effets que les normes nationale et européenne (directive 2001/23/CE, article 3, § 1) attachent ainsi au transfert, la Cour de cassation juge que le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues par le code du travail ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal », que ce maintien résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord (Soc., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.041, *Bull.* 2007, V, n° 203). De même que l'obligation à laquelle est légalement

tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-14.622, *Bull.* 2012, V, n° 15).

Malgré ces règles impératives de protection des droits des travailleurs en cas de transfert légal d'entreprise, l'essentiel du contentieux porte sur le traitement de licenciements économiques à l'occasion du transfert. Ceux-ci, prononcés avant le transfert, demeurent un obstacle à la poursuite de plein droit des contrats de travail. Dans le silence de l'article L. 1224-1 du code du travail, il était envisageable de concevoir, sur le fondement de l'article 6 du code civil ou des articles 1131 et 1133 de ce code, la nullité de l'acte par lequel l'employeur met fin au contrat de travail en violation de ce texte, qui, ayant pour objet d'assurer la stabilité de l'emploi, est d'ordre public. Cependant, la Cour de cassation n'a jamais dit qu'un licenciement prononcé en méconnaissance de l'article L. 1224-1 (L. 122-12 ancien) était nul, mais seulement qu'il était « sans effet » ou « privé d'effet » (Soc., 20 mars 2002, pourvoi n° 00-41.651, *Bull.* 2002, V, n° 94), la nullité n'étant prévue par aucun texte et à défaut d'atteinte à une liberté ou à un droit fondamental du salarié (Soc., 31 mars 2004, pourvoi n° 01-46.960, *Bull.* 2004, V, n° 101). C'est aussi ce qu'a retenu la CJCE, en disant que les travailleurs licenciés peu avant un transfert doivent « être considérés comme étant toujours employés de l'entreprise à la date du transfert » (CJCE, arrêt du 15 juin 1988, *Bork International/Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, C-101/87 [point 18] ; CJCE, arrêt du 12 mars 1998, *Dethier Équipement/Dassy et Sovam*, C-319/94 [point 35]). Tout doit donc se passer comme s'il n'y avait pas eu de licenciement, le cessionnaire étant en conséquence tenu de poursuivre le contrat de travail, de sorte que, s'il ne le fait pas, il s'expose à devoir supporter les conséquences d'une rupture de fait. Depuis l'arrêt de la chambre sociale du 20 mars 2002 précité, la Cour de cassation admet que le salarié licencié au mépris de l'article L. 1224-1 a le choix de diriger son action contre le cédant qui l'a licencié, ou contre le cessionnaire qui s'est opposé à la poursuite du contrat, sauf recours en garantie éventuel de l'un contre l'autre. Il n'est pas non plus exclu que l'action du salarié soit dirigée contre les deux et qu'elle conduise à une condamnation *in solidum*, si du moins le cessionnaire a refusé de le reprendre puisqu'en ce cas la faute commune du cédant et du cessionnaire aura contribué à l'entier dommage (Soc., 19 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.317). Ce recours contre le cédant qui a licencié est par ailleurs ouvert alors même que le licenciement a été prononcé par un liquidateur judiciaire, avant la cession d'une entité économique. Cependant, dès lors que le changement d'employeur s'impose aussi au salarié, la Cour de cassation a précisé qu'aucune indemnisation liée à la rupture du contrat ne pourra être accordée si le cessionnaire a vainement proposé au salarié licencié de poursuivre son contrat de travail, sans modification, avant l'expiration du préavis (Soc., 11 mars 2003, pourvoi n° 01-41.842, *Bull.* 2003, V, n° 86 ; Soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 10-15.393).

Ce dernier point soulève la question de la position du salarié à l'égard du changement d'employeur. Le principe posé par la Cour de cassation suivant lequel, lorsque les conditions du transfert d'une entité économique sont remplies, le changement d'employeur s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés, lesquels ne peuvent refuser cette modification sans avoir alors à supporter les conséquences d'une rupture du contrat de travail, a été critiqué. Au nom des droits fondamentaux du travailleur qui doit être libre de choisir son employeur, et par référence à la position de

la Cour de justice qui, dans des arrêts, a admis que les travailleurs pouvaient se placer librement et en pleine connaissance de cause hors du champ d'application de la directive européenne (CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, Katsikas e.a./Konstantinidis e.a., C-132/91 ; CJCE, 12 novembre 1998, Européennes/Sanders et Automative Industries Holding Company, C-399/96), il a été soutenu que le salarié devait pouvoir refuser le changement d'employeur pouvant comporter pour lui des conséquences défavorables. Dans l'arrêt de la chambre sociale du 11 mars 2003 précité, le salarié entendait faire juger qu'il était en droit de refuser le changement d'employeur dès lors que l'article L. 122-12 ancien du code du travail procédait d'un ordre public de protection, auquel il était permis de renoncer. Cependant, la juridiction européenne, tenant compte du caractère partiel de l'harmonisation que doit assurer la directive de 1977, codifiée depuis, laisse à la loi nationale le soin de déterminer les conséquences d'un refus du salarié, permettant en ce cas aux États de prévoir notamment que la rupture est imputable au salarié. Aussi, il ressort de la position tenue par la Cour de cassation que l'article L. 1224-1 relève d'un ordre public de direction plutôt que de protection auquel il n'est pas possible de se soustraire, sauf dans le cas particulier où le salarié a été licencié avant le transfert et où la poursuite de son contrat de travail ne lui a pas été proposée par le cessionnaire avant la fin du préavis. La Cour de cassation admet néanmoins que le salarié puisse s'opposer à l'application de l'article L. 1224-1 lorsque le transfert entraîne une modification du contrat autre que le changement d'employeur (Soc., 30 mars 2010, pourvoi n° 08-44.227, *Bull.* 2010, V, n° 79). Ainsi, en droit français, l'issue normale du refus d'un salarié de poursuivre le contrat de travail, sans que sa décision soit inspirée par un manquement de l'employeur à ses obligations, est la démission. De même que la Cour de cassation juge qu'il ne peut être dérogé aux effets de l'article L. 1224-1 par des conventions particulières, subordonnant le changement d'employeur à l'accord préalable du salarié (Soc., 20 avril 2005, pourvoi n° 03-42.096).

Cet arbitrage est à rattacher au caractère d'ordre public de l'article L. 1224-1 du code du travail, dont la finalité est de garantir la stabilité de l'emploi non seulement au bénéfice du personnel relevant de l'entité transférée, protégé contre un risque de rupture ou de modification du contrat de travail, mais aussi à l'égard de l'entreprise elle-même, qui constitue une communauté de travail et qui doit être en mesure de poursuivre son activité, avec le personnel nécessaire. La reconnaissance d'un droit d'opposition au changement d'employeur porte en soi le risque d'une remise en cause du projet économique dans lequel s'inscrit le transfert d'entreprise et, par là, d'une atteinte à la pérennité de cette entreprise (voir P. Bailly, « À propos de deux applications controversées de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail », *RJS* février 2007, *Chr.*, p. 115).

D. Relations avec la collectivité du travail

Le droit, énoncé par le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, des salariés à participer à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise s'exerce grâce à l'intervention des représentants de ces salariés, dont on sait qu'ils ont pour mission, d'une part d'être les intermédiaires entre les salariés et l'employeur pour que ce dernier puisse connaître les revendications et les demandes des travailleurs de son entreprise, et d'autre part de participer à la négociation collective permettant de déterminer les règles applicables aux salariés.

Dans ce cadre, les conditions dans lesquelles peut s'effectuer la désignation des représentants sont fondamentales, et la jurisprudence leur reconnaît pour l'essentiel un caractère d'ordre public.

Le droit français admet qu'il puisse y avoir, au sein de l'entreprise, à la fois des représentants élus et des représentants désignés par les organisations syndicales. Dans les deux cas, la jurisprudence veille à ce qu'il ne puisse être dérogé aux règles d'ordre public.

Mais la caractérisation de ce qui ressortit ou non à l'ordre public est parfois complexe.

1. Élection des représentants du personnel

En matière d'élections professionnelles, le principe est que, comme en matière d'élections politiques, la matière entière est d'ordre public. La chambre sociale en a tiré pour conséquences, d'une part, qu'il existait des principes généraux de droit électoral d'ordre public qui, même non repris expressément dans le code du travail, devaient s'appliquer aux élections professionnelles, et, d'autre part, que les règles spécifiques aux élections en entreprise étaient elles aussi d'ordre public. Cependant, pour tenir compte des spécificités du déroulement des élections en entreprise, elle a admis en certaines circonstances des aménagements possibles.

a. Élections professionnelles, application du droit électoral d'ordre public

Le code du travail a prévu des règles spécifiques aux élections professionnelles en entreprise. Mais il n'a pas, ou peu, évoqué les règles générales applicables à ces élections. La chambre sociale en a déduit que, dans le silence du code du travail, s'appliquaient en conséquence aux élections professionnelles ce qu'elle a appelé les « principes généraux de droit électoral » et dont elle a progressivement détaillé la liste (voir F. Petit, « L'émergence d'un droit électoral professionnel », *Dr. soc.* 2013, p. 480).

Ces principes généraux, considérés comme suffisamment universels au domaine électoral, et donc au fonctionnement démocratique du système, pour s'appliquer obligatoirement même sans être énoncés par le code du travail, sont évidemment d'ordre public absolu. Ils se répartissent en deux grandes catégories :

- les principes qui permettent d'assurer le respect du secret du vote : jurisprudence sur la possibilité de s'isoler (Soc., 12 octobre 2000, pourvoi n° 99-60.368) ou jurisprudence sur la confidentialité en matière de vote électronique par exemple (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-25.029, *Bull.* 2012, V, n° 140) ;
- les principes qui assurent la sincérité du vote : information sur les conditions du vote (Soc., 1^{er} juin 1983, pourvoi n° 82-60.609, *Bull.* 1983, V, n° 302), composition du bureau de vote (Soc., 21 mai 1980, pourvoi n° 80-60.008, *Bull.* 1980, V, n° 455), etc.

Le caractère d'ordre public de ces principes a une conséquence importante : alors qu'en matière électorale les irrégularités ne sont normalement susceptibles d'entraîner l'annulation du scrutin que si elles ont été de nature à fausser les résultats, elles donnent lieu à annulation de plein droit lorsqu'elles sont « directement contraires aux principes généraux du droit électoral » (Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 09-60.203, *Bull.* 2010, V, n° 7).

b. Élections professionnelles, application d'un droit spécifique d'ordre public

Le code du travail contient par ailleurs des dispositions qui s'appliquent spécifiquement aux élections professionnelles, et dont certaines sont considérées également comme étant d'ordre public.

Ainsi en est-il des conditions d'invitation des organisations syndicales à la négociation préélectorale (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-60.201, *Bull.* 2011, V, n° 61), des conditions d'éligibilité (Soc., 20 mars 2013, pourvoi n° 12-11.702, *Bull.* 2013, V, n° 79), ou encore de l'information donnée aux électeurs en cas de liste syndicale commune (Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 09-60.208, *Bull.* 2010, V, n° 6; Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-17.603, *Bull.* 2011, V, n° 59; Soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-61.166, *Bull.* 2012, V, n° 275).

En réalité, cette classification des règles d'ordre public repose sur les mêmes critères que ceux qui conduisent à appliquer, comme étant d'ordre public, les textes électoraux aux élections professionnelles : sont d'ordre public les règles qui gouvernent la confidentialité du scrutin et sa sincérité, ce qui inclut le concept de transparence (sur le sujet, voir L. Pécaut-Rivolier, « L'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise, *Dr. soc.* 2013, p. 502).

Le guide de lecture est donc simple : les règles en matière électorale, dès lors qu'elles permettent d'assurer la sincérité et le secret du vote, sont d'ordre public absolu. Et, lorsque les textes sur les élections professionnelles sont silencieux, la nécessité d'assurer efficacement la sincérité et la confidentialité permettent de recourir à l'application des textes du code électoral de droit commun.

Cependant, dans le même temps que le droit électoral professionnel s'inscrit dans le cadre de l'ordre public électoral de droit commun, il admet pour certains principes, afin de tenir compte des particularités de la matière, des aménagements possibles.

c. Élections professionnelles, application aménagée d'un droit d'ordre public

Si, en matière de droit électoral, toutes les règles ou presque sont d'ordre public, le régime que leur reconnaît la jurisprudence peut cependant varier. On peut classer en trois catégories ces régimes.

Certaines règles, d'une part, sont d'ordre public absolu et totalement intangibles. Ce sont notamment, comme on l'a vu précédemment, les règles qui assurent un scrutin secret, et l'absence d'altération du vote.

D'autres sont d'ordre public mais peuvent recevoir des aménagements dans des conditions strictement prédéfinies.

Il en est ainsi, par exemple, de la durée des mandats. Nul doute que la durée des mandats, telle que prévue par les textes légaux, est d'ordre public, et la chambre sociale l'a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises (Soc., 8 novembre 1994, pourvoi n° 94-60.113, *Bull.* 1994, V, n° 296), déniait même au juge la possibilité d'augmenter la durée des mandats pour des raisons légitimes tenant à la date des élections (Soc., 21 mai 2003, pourvoi n° 01-60.742, *Bull.* 2003, V, n° 170). Pourtant, le législateur a admis qu'il puisse être dérogé à la durée légale des mandats par un accord collectif (loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, article 96, VIII) et

la jurisprudence autorise la prorogation conventionnelle de la durée des mandats... à la double condition que l'accord soit signé à l'unanimité (Soc., 12 mars 2003, pourvoi n° 01-60.771, *Bull.* 2003, V, n° 96) et que le mandat n'ait pas expiré avant sa prorogation (évidence que le Conseil d'État a dû pourtant préciser dans une décision du 3 juillet 2013 (n° 342291, publiée au *Recueil Lebon*). La condition d'unanimité a d'ailleurs été réitérée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-60.246, *Bull.* 2013, V, n° 172).

Le même régime s'applique au nombre de collèges électoraux qui doivent être mis en place à l'occasion des élections. Ni le juge, ni le protocole préélectoral ne peuvent modifier le nombre légal, alors même que la configuration des effectifs de l'entreprise rendrait cette modification réellement opportune (Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-27.480, *Bull.* 2013, V, n° 168). En revanche, le code du travail prévoit que la modification du nombre de collèges est possible par un accord collectif signé entre l'employeur et toutes les organisations syndicales représentatives (même arrêt).

On le voit, pour éviter des situations de blocage que pourrait engendrer l'application trop rigide de certaines règles, la jurisprudence en admet l'aménagement exceptionnel, en cantonnant cette possibilité par le recours à des règles strictes, nécessairement admises parce qu'adoptées par les acteurs sociaux eux-mêmes.

La dernière catégorie comprend les règles qui, bien qu'expressément qualifiées de « principes généraux », sont susceptibles de dérogations. L'exemple le plus parlant est celui du vote par correspondance. Dérogeant au principe général du « vote physique », le vote par correspondance est traditionnellement admis pour les élections professionnelles, mais à la condition d'être exceptionnel, et justifié par la situation particulière de certains salariés (Soc., 5 janvier 1978, pourvoi n° 77-60.610, *Bull.* 1978, V, n° 17). Le juge doit vérifier que le caractère exceptionnel de la dérogation est bien respecté. Mais la jurisprudence admet néanmoins que le recours au vote par correspondance puisse être décidé par les négociateurs du protocole préélectoral, et que lorsque celui-ci répond à la double condition de majorité prévue par la loi, ce recours ne puisse pas être remis en cause ensuite dans ses modalités (Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-25.696, *Bull.* 2013, V, n° 38). Et cela, alors même que la jurisprudence affirme par ailleurs qu'un protocole préélectoral valide peut être contesté devant le juge s'il contient des clauses contraires à l'ordre public (Soc., 6 octobre 2011, pourvoi n° 11-60.035, *Bull.* 2011, V, n° 228). Il y aurait donc une catégorie de principes, proches de l'ordre public, mais n'en relevant pas totalement en ce que les parties sont autorisées à en disposer dans certaines conditions.

2. Désignation des représentants syndicaux

Au croisement entre les principes constitutionnels de droit de participation des travailleurs et de liberté syndicale, les règles sur la désignation des représentants syndicaux sont incontestablement d'ordre public. La question qui s'est posée était de savoir si, néanmoins, cette classification d'ordre public faisait totalement échec au principe de faveur, si important en droit du travail et reconnu explicitement par le législateur s'agissant du droit syndical (dispositions de l'article 16 de la loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, reprises à l'article L. 2141-10 du code du travail).

Le code du travail en effet prévoit qu'« une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public » (article L. 2251-1 du code du travail). Les conséquences que la jurisprudence a tirées de cette conjonction de principes suivent une ligne frontière connue : les règles en matière de désignation des représentants du personnel, qui sont d'ordre public, peuvent néanmoins être aménagées lorsqu'elles constituent un avantage minimal, qui n'est révisé qu'en tant que tel. En dehors de cette hypothèse, elles ne peuvent pas être modifiées.

a. Aménagements autorisés

De manière traditionnelle, la jurisprudence admet qu'il est possible d'aménager par voie d'accord collectif, ou même d'engagement unilatéral, la règle légale lorsque deux conditions sont réunies :

- l'aménagement constitue un avantage incontestable, et compatible avec le principe d'égalité ;
- l'aménagement ne porte que sur une modalité afférente à la désignation, et non sur une de ses conditions essentielles.

La chambre sociale admet ainsi, de longue date, deux sortes d'aménagements conventionnels à la règle légale :

– d'abord, la possibilité de désigner des représentants syndicaux en nombre plus élevé que celui qui est prévu par la loi. Cette possibilité traditionnelle a été précisée dans ses contours par une jurisprudence importante. Pourvu que les conditions mêmes de désignation ne soient pas remises en cause, il est toujours possible de prévoir par accord collectif ou engagement unilatéral que le nombre de représentants syndicaux sera plus élevé que celui qui est fixé par les textes. À une condition cependant : que cet aménagement ne rompe pas le principe d'égalité. Il en résulte que l'augmentation doit pouvoir bénéficier à tous les syndicats qui se trouvent à égalité de situation, et que si elle résulte d'un engagement unilatéral de l'employeur, ce dernier ne peut revenir sur sa tolérance que pour l'avenir, en prévenant à l'avance et de manière égalitaire tous les syndicats (Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 08-60.401 ; Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 08-60.436, *Bull.* 2009, V, n° 62). Toutefois, la règle d'égalité ne s'impose qu'à situation égale : elle n'oblige pas à augmenter le nombre de représentants syndicaux qui accomplissent des missions différentes (par exemple, à augmenter le nombre de représentants syndicaux de section syndicale parce que est admise l'augmentation du nombre de délégués syndicaux : Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.243, *Bull.* 2010, V, n° 115), et elle autorise même à prendre en considération des raisons objectives, matériellement vérifiables, liées à l'influence de chaque syndicat en rapport avec l'objet de l'avantage conventionnel (Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-26.955, *Bull.* 2013, V, n° 142) ;

– ensuite, la possibilité de désigner des représentants syndicaux conventionnels, c'est-à-dire dont la désignation n'est pas prévue par un texte légal. Dans ce domaine, la jurisprudence administrative et judiciaire opère une distinction : si le fait pour un accord collectif de prévoir des représentants syndicaux purement conventionnels n'est pas en soi une inégalité qui pourrait remettre en cause la validité de l'accord et des désignations opérées en application de cet accord, cette désignation ne peut donner lieu à application du statut protecteur, d'ordre public absolu, que si le mandat du représentant

est de même nature qu'un mandat prévu par le code du travail (Soc., 20 février 1991, pourvoi n° 89-42.288, *Bull.* 1991, V, n° 85);

– à ces deux sources d'aménagement, il convient d'ajouter désormais la possibilité de déroger au périmètre de désignation des délégués syndicaux, à la condition que cette dérogation se fasse dans un sens plus avantageux (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.383, *Bull.* 2011, V, n° 120).

b. Aménagements exclus

En dehors de ces aménagements, la jurisprudence exclut qu'il puisse être dérogé aux règles qui régissent la désignation des représentants syndicaux en entreprise.

Cette exclusion a une double raison d'être :

- la première, c'est que ces règles ne sont pas seulement d'ordre public social, elles résultent d'un choix du législateur pour structurer la représentation en entreprise, et elles ne peuvent en conséquence être laissées à la disposition des parties;
- la seconde, plus pragmatique mais néanmoins réelle, est qu'en la matière, il est extrêmement difficile de déterminer ce qui peut constituer une faveur, tant l'avantage consenti aux uns peut venir directement affecter les droits des autres. Ainsi, s'il était admis de pouvoir déroger aux conditions de représentativité d'un syndicat, certains pourraient accéder plus facilement à la table des négociations, modifiant alors en profondeur le calcul des majorités à établir.

Avant et plus encore après la réforme de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, la chambre sociale affirme donc que les conditions de désignation des représentants syndicaux sont d'ordre public et ne peuvent recevoir d'aménagement. Il en est ainsi notamment :

- des conditions de représentativité syndicale (Soc., 6 janvier 2011, pourvoi n° 10-18.205, *Bull.* 2011, V, n° 9);
- des conditions fixées par la loi pour la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise (Soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-16.071, *Bull.* 2012, V, n° 277).

Relèvent ainsi de l'ordre public absolu les « paramètres fondamentaux » du statut du représentant syndical, qui non seulement ne peuvent être modifiés par accord collectif, mais s'imposent, y compris lorsque, sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 20 août 2008 précitée, des accords collectifs avaient pu alors valablement consentir des avantages aux organisations syndicales au regard de cette législation. Ainsi, si un accord collectif avait pu valablement reconnaître le droit de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise à un syndicat représentatif ayant obtenu des élus aux élections des délégués du personnel, les dispositions introduites par la loi du 20 août 2008, subordonnant ce droit à la condition que le syndicat, représentatif ou non, ait obtenu au moins deux élus aux élections des membres du comité d'entreprise, ont pour effet, en raison de leur caractère d'ordre public absolu, de remettre en cause sur ce point les stipulations de l'accord.

Ainsi, en matière de relations collectives de travail, l'ordre public est constamment présent. Mais sa nature juridique – absolu ou relatif, susceptible ou non d'aménagements, notamment par voie conventionnelle – dépend d'un ensemble de considérations

dont le point commun est de tendre à la réalisation d'un même objectif : parvenir, dans les meilleures conditions, à assurer réellement le droit de participation des salariés.

3. Protection des représentants du personnel

La jurisprudence de la Cour de cassation repose sur la conception selon laquelle le statut des représentants du personnel, dont l'existence répond à une exigence constitutionnelle (Cons. const., 6 novembre 1996, décision n° 96-383 DC, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective), assure aux intéressés une protection contre le licenciement, subordonnée à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, non dans l'intérêt personnel du salarié qui en bénéficie, mais dans « l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'il représente ». Le statut est justifié par un motif d'intérêt général – assurer la représentation de la « communauté de travail » et l'effectivité du droit constitutionnel de participation ; sa violation est sanctionnée pénalement (articles L. 2431-1 et s. du code du travail).

Toutefois, le statut protecteur, construit progressivement au lendemain de la seconde guerre mondiale, n'a longtemps revêtu qu'un caractère d'ordre public relatif dès lors qu'il était admis par la jurisprudence que l'employeur pouvait saisir le juge d'une action en résolution du contrat de travail du représentant du personnel. La voie de la procédure administrative n'était donc pas exclusive.

Ce sont les arrêts *Perrier* du 21 juin 1974 qui ont définitivement fait prévaloir le caractère d'ordre public du statut en faisant interdiction à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens que la voie administrative la rupture du contrat de travail (Ch. mixte, 21 juin 1974, pourvoi n° 71-91.225, *Bull.* 1974, Ch. mixte, n° 3, *Dr. soc.* 1974, p. 4254, ccl. Touffait). Ces arrêts ont conduit le Conseil d'État à modifier en profondeur le contrôle exercé par le juge administratif sur la légalité des décisions de l'inspecteur du travail (CE, Ass., 5 mai 1976, n° 98647, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 18 février 1977, n° 95354, publié au *Recueil Lebon*).

Par la suite, la jurisprudence s'est attachée à consacrer le caractère exclusif de la procédure administrative dès lors que l'employeur est à l'initiative de la rupture du contrat de travail. Ainsi, a été jugée comme constitutive du délit d'entrave la prise d'acte par l'employeur de la rupture du contrat (Crim., 31 janvier 1989, pourvoi n° 88-81.623, *Bull. crim.* 1989, n° 41). Dans la même logique, fut abandonnée la jurisprudence permettant à l'employeur de prendre acte de la rupture du contrat en cas de refus par le salarié d'une modification de ses conditions de travail ne portant pas sur un élément essentiel de son contrat de travail (Soc., 15 octobre 1981, pourvoi n° 79-41.537, *Bull.* 1981, V, n° 791), l'employeur étant tenu, en présence du refus par un salarié protégé d'un changement de ses conditions de travail, de saisir l'inspecteur du travail ou de renoncer au changement envisagé (Soc., 30 avril 1997, pourvoi n° 95-40.573, *Bull.* 1997, V, n° 154). Cette évolution a été prise en compte par la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 9 mars 2005, n° 257768).

La nature d'ordre public du statut a conduit la Cour de cassation à étendre son bénéfice dans des hypothèses non prévues par la loi telles que la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai (Soc., 26 octobre 2005, pourvoi n° 03-44.751, *Bull.* 2005, V, n° 306) ou la mise à la retraite (Soc., 5 mars 1996, pourvoi n° 92-42.490,

Bull. 1996, V, n° 84), en accord sur ce point avec le Conseil d'État (CE, 8 février 1995, n° 134963, publié au *Recueil Lebon*). Inversement, la force majeure, qui serait de nature à dispenser l'employeur de respecter la procédure légale, est rarement retenue (Crim., 4 octobre 1977, pourvoi n° 76-93.433, *Bull. crim.* 1977, n° 285).

De même, la Cour de cassation a estimé que bénéficiaient du statut protecteur les représentants du personnel mis en place par voie conventionnelle dès lors qu'ils se rattachent à une institution légale (Soc., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-44.438, *Bull.* 2007, V, n° 174, s'agissant du délégué syndical de groupe suppléant).

La chambre sociale, se fondant sur le caractère d'ordre public du statut, qui est le corollaire de l'exercice de fonctions représentatives, a étendu le statut protecteur à des catégories de représentants qui ne bénéficiaient pas expressément de celui-ci (Soc., 30 avril 2003, pourvoi n° 00-46.787, *Bull.* 2003, V, n° 154).

Le statut d'ordre public du statut protecteur a justifié son application aux salariés qui présentent leur candidature individuelle avant même l'organisation du premier tour du scrutin, alors même que ce type de candidature n'est valable que pour le second tour (Soc., 4 juillet 1990, pourvoi n° 87-44.840, *Bull.* 1990, V, n° 348; Soc., 18 novembre 1992, pourvoi n° 88-44.905, *Bull.* 1992, V, n° 556). Sur cette question, si la chambre criminelle avait adopté une solution en sens contraire (Crim., 21 novembre 1989, pourvoi n° 89-80.847, *Bull. crim.* 1989, n° 435), elle a finalement fait converger sa jurisprudence avec celle de la chambre sociale (Crim., 3 décembre 1996, pourvoi n° 94-82.953, *Bull. crim.* 1996, n° 444). Le Conseil d'État s'est également rallié à cette position (CE, 28 mars 2013, n° 338289).

C'est le caractère d'ordre public du statut qui sous-tend la jurisprudence de la chambre sociale selon laquelle l'annulation d'une candidature ou d'une désignation pour fraude n'a pas pour effet de priver le salarié du bénéfice de la protection pendant la période comprise entre la date d'effet de la candidature ou de la désignation et le prononcé du jugement d'annulation : dès lors que le salarié a exercé des fonctions représentatives, il doit, à ce titre, bénéficier de la protection liée à l'exercice de ces fonctions (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 98-42.019, *Bull.* 2000, V, n° 396; solution en sens contraire de la chambre criminelle en cas de fraude avérée du salarié, Crim., 6 novembre 1979, pourvoi n° 78-92.862, *Bull. crim.* 1979, n° 308).

Recherchant un équilibre entre le statut et les droits nés du contrat de travail, la chambre sociale a finalement admis que le salarié protégé pouvait, comme tout salarié, soit saisir le juge d'une action en résiliation de son contrat (Soc., 16 mars 2005, pourvoi n° 03-40.251, *Bull.* 2005, V, n° 94), soit prendre acte de la rupture de son contrat de travail (Soc., 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-46.009, *Bull.* 2006, V, n° 237), en invoquant tant la méconnaissance par l'employeur des obligations découlant de la législation et du contrat de travail que celles résultant de son statut de représentant du personnel. Si ces évolutions ont pu être perçues comme une remise en cause de la jurisprudence *Perrier* (P. Waquet, « Coup de vent sur la jurisprudence *Perrier* », *RJS* juin 2005, chr., p. 419), elles se justifient par la nécessité de mieux articuler statut et contrat en offrant au salarié une autre alternative que la démission ou le *statu quo* dans des cas de figure où il était patent que le représentant du personnel faisait l'objet d'une hostilité certaine de la part de son employeur se refusant, par exemple, à le réintégrer postérieurement à un licenciement prononcé sans autorisation administrative préalable et ultérieurement annulé par le juge (Soc., 25 janvier 2006, pourvoi n° 04-40.789, *Bull.* 2006, V, n° 28).

Section 3 – Dans les relations d'affaires

La vie des affaires est également l'occasion d'échanges, de concurrence, voire de lutte entre acteurs économiques. La fixation de normes d'ordre public est nécessaire pour assurer la vitalité du marché, lui-même fondement de l'organisation économique des sociétés occidentales. Les acteurs les plus faibles de ce marché, ou réputés tels, sont protégés tout au long de la chaîne de production qui va du financement à la commercialisation en passant par la recherche. C'est ainsi que sont particulièrement protégés l'associé ou l'actionnaire (§ 1), l'investisseur (§ 2), l'inventeur salarié (§ 3) et l'agent commercial (§ 4).

§ 1. Associé ou actionnaire

Le droit des sociétés fournit de bons exemples de conception de l'ordre public en tant qu'il assure la protection du sujet de droit dans ses relations aux autres. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne l'associé ou l'actionnaire, pour lequel la chambre commerciale, financière et économique a rendu plusieurs décisions notables.

Ainsi cette chambre a-t-elle, en 1988 (Com., 19 avril 1988, pourvoi n° 86-18.492, *Bull.* 1988, IV, n° 135) retenu que « la société anonyme à participation ouvrière est tenue à peine de nullité des actes et délibérations de ses organes de respecter non seulement les dispositions impératives de la loi du 24 juillet 1966 conformément à l'article 360 de ce texte mais encore celles du régime particulier résultant des articles 72 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 » de sorte que la cour d'appel était fondée à prononcer la nullité de la résolution litigieuse.

Par arrêt du 4 décembre 2007 (Com., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.912, *Bull.* 2007, IV, n° 258), elle a encore affirmé que les statuts d'une société qui prévoient, d'une part, le retrait obligatoire des associés ne remplissant plus certaines conditions, d'autre part, les modalités d'évaluation de la valeur des parts de ces derniers, ne sauraient faire obstacle à l'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil, le caractère d'ordre public de ce texte ayant été retenu par la première chambre civile au préalable (1^{re} Civ., 25 novembre 2003, pourvoi n° 00-22.089, *Bull.* 2003, I, n° 243).

En 2010 (Com., 7 avril 2010, pourvoi n° 09-11.196, *Bull.* 2010, IV, n° 75), elle a jugé que l'article L. 228-54 du code de commerce réserve aux seuls représentants de la masse, dûment autorisés par l'assemblée générale des obligataires, qualité pour engager, au nom de ceux-ci, toutes actions ayant pour objet la défense de leurs intérêts communs. Ces dispositions impératives excluent que cette défense soit assurée par une autre personne agissant sur le fondement de la gestion d'affaires.

Toujours en évoquant des « dispositions impératives », dans un arrêt du 10 juillet 2012 (Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-22.898, *Bull.* 2012, IV, n° 158), elle relève incidemment : « Attendu que pour statuer comme il a fait, l'arrêt retient que dès lors qu'en application de l'article L. 228-104 du code de commerce, la violation des dispositions impératives de l'article L. 228-103 du même code est sanctionnée par la nullité, la cour d'appel ne peut que prononcer la nullité des dispositions du plan, adopté par le jugement du 15 juin 2009, et entérinant les délibérations des conseils d'administration du 17 juin 2009 qui a réduit le capital de la société Uni ross à zéro et du 3 juillet 2009 qui

a constaté l'annulation consécutive de la totalité des ORA émises le 31 octobre 2007, sans qu'ait été préalablement consultée l'assemblée générale des obligataires».

Et récemment (Com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 11-27.235, *Bull.* 2013, IV, n° 123), la chambre commerciale a affirmé : « Mais attendu qu'il résulte de l'article 1844, alinéas 1 et 4, du code civil que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ; qu'il résulte encore de l'article 1844-10, alinéa 2, du même code que toute clause statutaire contraire est réputée non écrite ; que l'arrêt constate que l'article 14 des statuts de la société LOG, sur le fondement duquel a été convoquée l'assemblée générale appelée à statuer sur l'exclusion de M. X..., contrevient aux dispositions légales précitées ; qu'il retient qu'il n'entraîne pas dans les pouvoirs du président de la société de modifier à sa guise la stipulation statutaire contestée, une telle modification nécessitant l'accord unanime des associés ; qu'ayant ainsi fait ressortir que l'exclusion de M. X... était intervenue sur le fondement d'une clause statutaire contraire à une disposition légale impérative et donc pour le tout réputée non écrite, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deux premières branches, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer une recherche que ses constatations et appréciations rendaient inopérante, en a déduit à bon droit que la délibération ayant prononcé cette exclusion devait être annulée. »

§ 2. Investisseur

La protection de l'investisseur peut être illustrée au travers de la réglementation relative à l'obligation de couverture des opérations menées sur le marché à terme et sur le marché à règlement mensuel, aujourd'hui remplacé par le système de règlement différé. Alors qu'il avait été, pendant longtemps, considéré qu'elle ne concernait que l'ordre public de régulation du marché financier, il résulte à présent des textes et de la jurisprudence qu'elle relève également de l'ordre public de protection.

Dans un premier temps, la Cour de cassation jugeait « qu'aux termes de l'article 61 du décret du 7 octobre 1890, modifié [...], il est interdit au donneur d'ordre de se prévaloir, à quelque titre que ce soit, des infractions aux règles relatives à la remise d'une couverture » (Com., 5 novembre 1991, pourvoi n° 89-18.005, *Bull.* 1991, IV, n° 327), la réglementation relative à la couverture ayant été édictée dans l'intérêt de l'intermédiaire (Com., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-17.594, *Bull.* 1997, IV, n° 314) et de la sécurité du marché, et non pas dans celui du donneur d'ordre (Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-18.941, *Bull.* 2003, IV, n° 118). Cependant, malgré cette affirmation de principe, elle considérait que « la couverture participe au devoir d'information de l'intermédiaire à l'égard de son client relativement aux risques encourus sur les marchés à terme. Procédant en effet de cette volonté de préserver au maximum les opérateurs des dangers de la spéculation, la jurisprudence a aussi analysé la règle de la couverture, bien qu'édictée dans le seul intérêt des intermédiaires qu'il s'agissait de protéger de l'insolvabilité du client, comme également protectrice des opérateurs, en décidant que sa finalité était aussi de rappeler à ce dernier l'étendue du risque encouru. Ainsi, si le donneur d'ordre ne peut se prévaloir d'un défaut de couverture pour se soustraire à ses engagements, il peut en revanche se fonder, de ce chef, sur le manquement de la banque à son obligation de conseil, laquelle s'exécute aussi en exigeant la couverture complémentaire » (*Rapport* 2004, p. 262). Ainsi, pouvait être retenu un manquement de

la banque à son devoir de conseil, lorsqu'elle avait « négligé de faire appel à la couverture, dont l'exigence constitue pour le client l'occasion de recevoir un renseignement nécessaire, voire une mise en garde » (Com., 23 octobre 1990, pourvoi n° 88-19.216, *Bull.* 1990, IV, n° 243), mais seulement à l'égard de l'investisseur qui n'est pas averti (Com., 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-13.638, *Bull.* 2004, IV, n° 221, *Rapport* 2004, p. 261).

Par un important arrêt du 26 février 2008 (Com., 26 février 2008, pourvoi n° 07-10.761, *Bull.* 2008, IV, n° 42 ; *Rapport* 2008, p. 293), la chambre commerciale effectuait un revirement de jurisprudence conduisant à offrir une meilleure protection à l'investisseur. Elle juge désormais que la réglementation relative à l'obligation de couverture étant édictée tant dans l'intérêt de l'opérateur et de la sécurité du marché que dans celui du donneur d'ordre, ce dernier peut, par application des articles 1147 du code civil et L. 533-4 du code monétaire et financier dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, invoquer à son profit le non-respect de cette obligation pour engager la responsabilité de la banque (Com., 26 février 2008, préc. ; Com., 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-21.481, *Bull.* 2008, IV, n° 185 ; Com., 13 octobre 2009, pourvoi n° 08-13.878 ; Com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-13.295). Cette décision est fondée sur l'application de l'article L. 533-4 dudit code, incluant la protection de l'investisseur, dont il résulte que « le prestataire de services d'investissement est tenu d'exercer son activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché, ainsi que de se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de son activité de manière à promouvoir au mieux les intérêts de son client et l'intégrité du marché » et sur l'inclusion dans les règles de bonne conduite visées par ce texte de l'obligation de couverture prévue par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (actuellement, les articles 516-2 et s. dudit règlement pour les ordres de services de règlement et de livraison différés et 516-15 pour les marchés à terme). Le prestataire de services d'investissement qui s'abstient de demander à son client de fournir une couverture de ses positions doit « répondre de l'aggravation du solde débiteur du compte causé par cette faute » (Com., 22 mai 2012, pourvoi n° 11-17.936, *Bull.* 2012, IV, n° 105).

La protection de l'investisseur est encore accrue par le fait que la chambre commerciale juge que « le prestataire de services d'investissement intervenant pour le compte d'un donneur d'ordre sur le marché à règlement différé est tenu, même sans ordre de liquidation et nonobstant tout ordre contraire de ce dernier, de liquider les positions de son client lorsque celui-ci n'a pas, le lendemain du dernier jour de la liquidation mensuelle, remis les titres ou les fonds nécessaires à la livraison des instruments financiers vendus ou au paiement des instruments financiers achetés, une telle liquidation d'office devant également avoir lieu lorsque les positions du donneur d'ordre ont été reportées et que celui-ci n'a pas, avant la même date, réglé son solde débiteur et constitué ou complété la couverture afférente à l'opération de report », de sorte qu'en cas de défaut de respect de l'obligation de couverture, tant par le prestataire de services d'investissement que par l'investisseur dûment invité à reconstituer la couverture, la faute de ce dernier ne peut être commise en l'absence de celle du prestataire de services d'investissement auprès duquel est ouvert ce compte qui n'a pas procédé à la liquidation des positions de son client dans le délai imparti. Le prestataire ne peut donc être exonéré, même partiellement, de sa responsabilité, par la faute commise par

l'investisseur (Com., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-11.450, *Bull.* 2012, IV, n° 133 ; Com., 26 mars 2013, pourvoi n° 12-13.631, *Bull.* 2013, IV, n° 46 ; Com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 12-20.691). Le rôle du prestataire de service d'investissement dans le respect de la réglementation relative à l'obligation de couverture est donc central, le manquement à ses obligations étant la cause exclusive du préjudice subi par l'investisseur, dont la faute ne peut être, même partiellement, directement à l'origine de son préjudice. Si certains auteurs ont pu critiquer cette décision, dans la mesure où ladite réglementation est édictée dans l'intérêt dudit investisseur (T. Bonneau, « Les investisseurs sont protégés malgré les fautes qu'ils commettent », *JCP* éd. E n° 31, 2 août 2012, 1486 ; S. Torck, « Manquement aux règles sur la couverture : propos dissidents sur la réparation intégrale du préjudice », *Dr. sociétés* n° 3, mars 2013, comm. 51), d'autres l'approuvent en soulignant qu'elle l'est également dans celui de la sécurité du marché à laquelle doivent contribuer lesdits prestataires (A.-C. Muller, « Absence de liquidation d'office », *RD bancaire et financier* n° 6, novembre 2012, comm. 199).

§ 3. Inventeur salarié

Par arrêt du 22 février 2005 (pourvoi n° 03-11.027, *Bull.* 2005, IV, n° 35), la chambre commerciale s'est assurée du respect des droits dont bénéficie l'inventeur salarié en matière de rémunération des inventions, en affirmant que doit être réputé non écrit, dès lors que les clauses d'une convention collective ne peuvent restreindre les droits que le salarié tient de la loi, l'article 26 de la Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, excluant la rémunération supplémentaire pour les inventions du salarié ne présentant pas pour l'entreprise un intérêt exceptionnel dont l'importance serait sans commune mesure avec le salaire de l'inventeur, qui est contraire à l'article L. 611-7 du code de la propriété intellectuelle, lequel est d'ordre public, dans sa rédaction issue de la loi du 26 novembre 1990, modifiant l'article 1^{er} ter de la loi du 13 juillet 1978, disposant que le salarié, auteur d'une invention de mission, doit dorénavant bénéficier d'une rémunération supplémentaire.

§ 4. Agent commercial

Particulièrement vigilante au sort des agents commerciaux, la chambre commerciale a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que « les articles 12 et 13 de la loi du 25 juin 1991 sont d'ordre public et qu'en l'absence de définition légale, il appartient au seul juge de qualifier de faute grave les faits qui lui sont soumis » pour en déduire « à bon droit que les parties ne peuvent décider qu'un comportement déterminé constituera une faute grave et que la clause contractuelle, qui définit la non-atteinte du chiffre d'affaires minimum à réaliser comme une faute grave justifiant le non-renouvellement du contrat sans indemnité, doit être réputée non écrite par application de l'article 16 de la même loi qui répute non écrites les clauses contrevenant notamment aux articles 12 et 13 » (Com., 28 mai 2002, pourvoi n° 00-16.857, *Bull.* 2002, IV, n° 91).

Elle avait au préalable (Com., 14 octobre 1974, pourvoi n° 73-12.189, *Bull.* 1974, IV, n° 244) mis en évidence le caractère d'ordre public du statut d'agent commercial, énonçant en effet que les « dispositions [...] de l'article 3 du décret du 23 décembre 1958, qui prévoit que la résiliation du contrat d'agent commercial, si elle n'est pas justifiée par une faute du mandataire, ouvre droit au profit de ce dernier, "nonobstant toute clause contraire, à une indemnité compensatrice de préjudice subi" » sont « d'ordre

public», et encore rappelé ce caractère par un arrêt du 28 novembre 2000 (Com., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-11.335, *Bull.* 2000, IV, n° 183, *Rapport annuel* 2000 p. 367) dont il résulte que la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, devenue les articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international ; il en résulte qu'un agent commercial ne peut prétendre à l'indemnité de rupture prévue par cette loi dès lors que le contrat de droit international qui le lie à son mandant a été expressément soumis par les parties au droit d'un État étranger qui ne prévoit pas l'attribution d'une telle indemnité.

Dans cette dernière affaire, une société de droit américain ayant résilié le contrat d'agence internationale qui la liait à une société française, celle-ci lui a demandé, notamment, une indemnité de fin de contrat. La cour d'appel a rejeté la demande. Il lui était reproché d'avoir ainsi violé les articles 12 et 16 de la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 précitée, loi applicable dans l'ordre international à titre de loi de police.

Par l'arrêt du 28 novembre 2000, la chambre commerciale a donc jugé que si la loi du 25 juin 1991 était une loi protectrice d'ordre interne, elle n'était pas une loi de police applicable dans l'ordre international. Cependant, cette décision, conforme aux principes applicables en droit français, est remise en cause par un arrêt rendu le 9 novembre 2000 par la Cour de justice des Communautés européennes (Ingmar, C-381/98) qui a jugé que les articles 17 et 18 de la directive européenne n° 86-653 du 18 décembre 1986 s'appliquent dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre, même lorsque le mandant est établi dans un pays tiers à la Communauté européenne et qu'en vertu d'une clause du contrat ce dernier est régi par la loi de ce pays. L'indemnisation de l'agent commercial présente un caractère impératif car le régime instauré par la directive vise, à travers la catégorie des agents commerciaux, à protéger la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur. L'observation desdites dispositions sur le territoire de la Communauté apparaît, de ce fait, nécessaire pour la réalisation de ces objectifs du traité.

Chapitre 3 – Dans le cadre du procès

À travers le procès il est demandé au juge de trancher un litige. Il s'agit de la gestion pacifique d'un conflit. Mais il n'en demeure pas moins que ce conflit, cette opposition d'intérêts, peut être l'occasion d'une confrontation entre acteurs d'inégale force. Les risques d'une telle disparité de situations sont bien connus : « Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de Cour vous rendront blanc ou noir » (Jean de La Fontaine, *Les Fables*, « Les animaux victimes de la peste »). Pour éviter cette difficulté, et faire mentir la fable, les normes d'ordre public tendent à protéger les acteurs les plus faibles du procès, ceux les moins à même de défendre leur cause. Cette faiblesse, qui nécessite protection, résulte de l'état de soumission de certaines parties, du fait qu'elles subissent une situation dont elles ne sont pas à l'origine. Sont ainsi particulièrement protégées les victimes (section 1), les personnes dont les facultés sont affectées (section 2) et celles qui sont appelées à être remises à des autorités étrangères (section 3).

Section 1 – Victime

Par définition la victime subit personnellement un préjudice. Elle s'en trouve affectée et bénéficie en retour d'une protection particulière dans le cours du procès. Il en est ainsi de la victime d'un accident de la circulation (§ 1), de la victime d'une infraction (§ 2) et tout particulièrement de la victime mineure, doublement affaiblie (§ 3).

§ 1. Victime d'un accident de la circulation

La protection particulière de la victime d'un accident de la circulation en procédure résulte à titre principal de l'application 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, dite «loi Badinter». La jurisprudence proclame donc qu'elle est d'ordre public, en ce sens qu'elle est non seulement autonome, mais surtout qu'elle a seule vocation à régir les accidents de la circulation, à l'exclusion de tout autre fondement sur lequel on ne peut donc assigner (pour un cas original où l'article 1385 du code civil était en cause, voir 2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.224, *Bull.* 2009, II, n° 145), fût-il contractuel (2^e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-18.311). On peut également expliquer par ce biais le fait que, dans le silence de la «loi Badinter», les recours entre coobligés, qui concernent les assureurs après indemnisation des victimes, ne relèvent plus de la «loi Badinter» mais du droit commun (2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.196, *Bull.* 2011, II, n° 8; 2^e Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-20.036, *Bull.* 2011, II, n° 121).

C'est dire que, dans une conception téléologique de la loi, seule la protection de la victime peut justifier des aménagements ponctuels de l'exclusivité de la «loi Badinter». Il n'y a pas à proprement parler exception à ce principe d'exclusivité dans les hypothèses où le véhicule n'est qu'une arme utile à la commission d'une infraction ou que sa présence est une circonstance indifférente à la caractérisation de cette dernière (Crim., 8 février 2011, pourvoi n° 10-81.568, *Bull. crim.* 2011, n° 20 : un mineur vole un véhicule et cause un accident dont ses parents, et leur assureur responsabilité civile, seront civilement responsables sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, du code civil). Mais lorsque la «loi Badinter» a été confrontée au principe d'immunité du préposé (résultant de l'article 1384, alinéa 5, du code civil), la deuxième chambre civile a fait prévaloir ce dernier principe (2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-13.310, *Bull.* 2009, II, n° 128) : l'entreprise commettante étant en liquidation judiciaire, et son assureur absent des débats, le salarié conducteur aurait dû être actionné par la victime, étant précisé qu'il n'était pas assuré, n'ayant aucune raison de l'être pour un véhicule appartenant à son employeur. L'intérêt de la victime n'était pas atteint par la solution, en raison de la vocation du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) à intervenir en pareil cas.

Pour autant, l'intérêt de la victime d'un dommage corporel, dont est imprégnée la «loi Badinter», se conçoit dans les termes et selon les distinctions de la loi (articles 3 et 4). Plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité (parmi elles, voir 2^e Civ., 16 décembre 2010, QPC n° 10-17.096, *Bull.* 2010, II, QPC, n° 10) ont critiqué la distinction entre les victimes dites privilégiées, qui ne peuvent se voir opposer pour limiter ou exclure leur droit à indemnisation qu'une faute qualifiée, et les victimes conductrices, à qui toute faute peut être opposée dans les termes du droit commun. C'est oublier

que la loi ne fait aucune distinction quant au droit à indemnisation lui-même, seules les limitations étant en cause. Il était, sur ce point, loisible au législateur de considérer, pour des raisons d'intérêt général, notamment de sécurité routière, que c'étaient les conducteurs qui introduisaient le risque dans la circulation. Dès lors, l'article 4 de la loi, simple reprise du droit commun, ne pouvait être considéré comme portant une atteinte disproportionnée au droit à indemnisation des conducteurs, dès lors qu'il s'exerçait sous le contrôle du juge.

La jurisprudence est également intervenue sur le terrain de l'office du juge pour éviter que les circonstances indéterminées d'un accident de la circulation ne fassent échec à l'intérêt de la victime. La deuxième chambre civile a décidé, faisant application des règles classiques de droit commun de la preuve en cas de doute persistant, que le doute sur la catégorie à laquelle appartient la victime d'un dommage corporel (piéton ou conducteur) fait présumer qu'elle était piéton, catégorie la plus favorable (2^e Civ., 18 février 2010, pourvoi n° 09-12.278).

On relèvera également que lorsqu'un accident du travail prend la forme d'un accident de la circulation (accident de trajet), le législateur, ensuite de la jurisprudence, a consacré dans ce cas le principe de réparation intégrale du préjudice de la victime (article L. 455-5-1 du code de la sécurité sociale) par dérogation au plafonnement de l'indemnisation inhérent à la législation professionnelle. Les règles procédurales sont alors successivement celles de la juridiction de sécurité sociale et celles du droit commun puisque le législateur a choisi de procéder par voie de complément d'indemnisation.

§ 2. Victime d'une infraction

La partie lésée se voit reconnaître, par l'article premier du code de procédure pénale, le droit de mettre en mouvement l'action publique (A). Elle bénéficie par ailleurs d'un droit à indemnisation particulier (B).

A. Mise en mouvement de l'action publique

À cette fin, elle peut traduire l'auteur de l'infraction devant la juridiction correctionnelle ou contraventionnelle par la voie de la citation directe, ou se constituer partie civile devant le juge d'instruction en le saisissant d'une plainte du chef de crime ou de délit.

Alors qu'il est acquis que ce droit constitue, désormais, une pièce maîtresse de la procédure pénale, il fut initialement reconnu et consacré par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, confrontée au silence des textes sur cette question, pour mettre la victime de l'infraction en mesure d'obtenir réparation de son préjudice en accédant au juge pénal en dépit de l'inertie ou de l'opposition du ministère public.

Ainsi, dès le début du XIX^e siècle, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé qu'une citation directe devant la juridiction de jugement délivrée par la partie lésée mettait automatiquement en mouvement l'action publique (Crim., 17 août 1809, *Bull. crim.* 1809, n° 141, p. 299). Puis, au début du XX^e siècle, dans un célèbre arrêt rendu le 8 décembre 1906, connu sous le nom du conseiller rapporteur, Laurent Atthalin (*D.* 1907, 1, 207, note F. T. et rapp. L. Atthalin; *S.* 1907, 1, 377, note R. Demogue), elle reconnaissait à la victime d'un crime ou d'un délit le droit de mettre en mouvement l'action publique en saisissant un juge d'instruction.

Le droit reconnu à la partie lésée de mettre en mouvement l'action publique, en se constituant partie civile par la voie de l'action, est un droit présentant une nature particulière car s'il lui confère la qualité de partie civile, il ne tend pas exclusivement à lui permettre d'obtenir réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de l'infraction.

En effet, interprétant l'article 418 du code de procédure pénale disposant que la partie civile *peut*, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé, la chambre criminelle de la Cour de cassation en a déduit que la demande de dommages-intérêts est « une simple faculté dont [la partie civile] est libre de ne pas user » (Crim., 10 octobre 1968, pourvoi n° 67-92.262, *Bull. crim.* 1968, n° 248). Ainsi, la constitution de partie civile peut tendre exclusivement à corroborer l'action publique en faisant établir la culpabilité présumée de l'auteur de l'infraction (Crim., 16 décembre 1980, pourvoi n° 79-95.039, *Bull. crim.* 1980, n° 348).

C'est incontestablement la constitution de partie civile devant le juge d'instruction, par voie d'action, qui donne lieu à une très abondante jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, laquelle témoigne de son souci constant de préserver ce droit, dont l'article 85 du code de procédure pénale encadre strictement l'exercice, et dont il convient, ici, d'évoquer les développements les plus récents.

La personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit n'est pas admise à se constituer partie civile si elle n'est pas en mesure de justifier, au juge d'instruction, de l'existence d'une plainte préalable déposée devant le procureur de la République ou un service de police judiciaire (article 85, alinéa 2, du code de procédure pénale). En l'absence d'une telle justification, la plainte avec constitution de partie civile est irrecevable (Crim., 9 juin 2009, pourvoi n° 09-80.081).

Par ailleurs, afin d'éviter les plaintes dilatoires, abusives ou encore fantaisistes, le législateur a accordé au ministère public, dès le dépôt de la plainte avec constitution de partie civile, la possibilité de prendre des réquisitions de non informer si, pour des raisons affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter aucune poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale (article 86 du code de procédure pénale).

En outre, depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, le procureur de la République, en application de l'article 86, alinéa 4, du code de procédure pénale, peut prendre des réquisitions de non-lieu dans le cas où il est établi, de façon manifeste, que les faits dénoncés n'ont pas été commis, y compris au vu d'investigations qui ont pu être réalisées sur plainte préalable déposée devant ce magistrat (Crim., 3 mars 2009, pourvoi n° 08-84.521, *Bull. crim.* 2009, n° 49), mettant fin, ainsi, à la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation selon laquelle un juge d'instruction ne pouvait se fonder sur les conclusions d'une enquête préliminaire antérieure pour, en l'absence de tout acte d'instruction propre à l'affaire en cours, refuser d'instruire (Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-86.611, *Bull. crim.* 2006, n° 185).

Pour autant, et pour rendre effective l'idée exprimée par l'arrêt *Laurent Attbalin* selon laquelle la garantie des droits des victimes d'infractions était assurée, avant toute chose, par le droit d'accéder au juge pénal, nonobstant l'inertie ou l'opposition du ministère public, la chambre criminelle de la Cour de cassation juge, de manière traditionnelle et constante, que le seul examen abstrait d'une plainte avec constitution de partie civile ne peut justifier le refus d'informer. La juridiction d'instruction régulièrement

saisie d'une telle plainte a donc le devoir d'instruire, quelles que soient les réquisitions du ministère public, cette obligation ne cessant que si, pour des raisons affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent comporter légalement une poursuite ou si, à supposer les faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale (Crim., 4 janvier 2005, pourvoi n° 03-84.652, *Bull. crim.* 2005, n° 1).

Rappelant cette solution, la chambre criminelle a censuré la décision d'une chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à informer sur la plainte avec constitution de partie civile, portée contre personne non dénommée du chef de favoritisme, et contestant la légalité d'une convention de prestation de service signée par le directeur de cabinet du Président de la République et une société commerciale, avait retenu, notamment, que le statut du chef de l'État s'opposait à toute investigation, alors qu'aucune disposition constitutionnelle, légale ou conventionnelle ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du Président de la République (Crim., 19 décembre 2012, pourvoi n° 12-81.043, *Bull. crim.* 2012, n° 285).

De même, elle a censuré la décision d'une chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à informer sur la plainte avec constitution de partie civile portée, contre personne non dénommée, par une plaignante invoquant sa nationalité française, à raison de ses conditions de détention dans un pays étranger, avait retenu que la coutume internationale, qui s'oppose à la poursuite des États et de leurs dirigeants devant les juridictions pénales d'un État étranger, s'étend à ses organes et agents pour les actes relevant de la souveraineté de l'État concerné, alors que l'obligation faite au juge d'instruction d'informer sur tous les faits résultant de la plainte et sous toutes les qualifications possibles n'est pas contraire, en son principe, à l'immunité de juridiction des États étrangers et de leurs représentants (Crim., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-81.676, *Bull. crim.* 2013, n° 65).

La chambre criminelle a admis la recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile, déposée contre personne non dénommée, des chefs de mise en danger d'autrui et non-empêchement de crimes, par les parents de militaires français, appartenant à la Force d'intervention internationale d'assistance et de sécurité mandatée par l'Organisation des Nations unies (ONU), tués en Afghanistan au cours d'une offensive ennemie, au motif, notamment, « qu'il n'existe aucune exonération de principe pour les actes involontaires réalisés par des militaires pendant des opérations en temps de paix, l'article L. 4111-1 du code de la défense ne pouvant être compris en ce sens » (Crim., 10 mai 2012, pourvoi n° 12-81.197, *Bull. crim.* 2012, n° 115).

Pour qu'une plainte avec constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et le lien direct de celui-ci avec la commission d'une infraction pénale. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi estimé recevable, dans l'affaire dite des « biens mal acquis », la constitution de partie civile de l'association Transparence International France, dont l'objet statutaire est de combattre et de prévenir la corruption à l'échelle nationale et internationale, après avoir relevé que les délits poursuivis, objet de la plainte, à savoir le recel et le blanchiment de biens, en France, financés par des détournements de fonds publics, eux-mêmes favorisés par des pratiques de corruption mais distincts de cette infraction, étaient de nature à lui causer un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission (Crim., 9 novembre 2010, pourvoi n° 09-88.272).

La chambre criminelle a également rappelé que le préjudice allégué, par la partie lésée, au soutien de sa plainte, peut n'être que moral. Ainsi, des syndicats de la profession bancaire ont été admis à se constituer partie civile du chef de prise illégale d'intérêt, au nom des intérêts moraux de cette profession, pour faire enquêter sur les conditions dans lesquelles un haut fonctionnaire de la présidence de la République est devenu le dirigeant, à sa sortie de fonctions, d'un groupe bancaire dont il avait surveillé la formation dans l'exercice de ses fonctions (Crim., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-86.920, *Bull. crim.* 2012, n° 160).

Enfin, en application de la théorie de l'indivisibilité, la chambre criminelle a admis la recevabilité de la constitution de partie civile sur des faits pouvant constituer les mobiles de faits principaux pour lesquels les parties civiles étaient déjà constituées. C'est ainsi qu'elle a considéré que les familles de victimes d'un attentat, constituées des chefs d'assassinats, devaient être admises à mettre en mouvement l'action publique pour des faits qualifiés d'abus de biens sociaux, corruption d'agent public français et recel aggravé, susceptibles de se rattacher par un lien d'indivisibilité avec le crime pour lequel elles étaient déjà constituées (Crim., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-81.124, *Bull. crim.* 2012, n° 86).

B. Indemnisation de la victime

L'article 706-3 du code de procédure pénale n'impose comme critère de recevabilité de la demande adressée à la CIVI que la nationalité de la victime (article 706-3, 3°, du code de procédure pénale) ou la commission de l'apparence d'infraction en France.

Il s'ensuit, par dérogation à la règle de conflit désignant la loi du lieu du délit, que la loi française sur la CIVI institue un droit à réparation du dommage résultant d'une infraction commise à l'étranger (2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 02-12.989, *Bull.* 2004, II, n° 265), sans référence au droit pénal étranger (2^e Civ., 25 janvier 2007, pourvoi n° 06-10.514, *Bull.* 2007, II, n° 18), notamment lorsqu'est en cause un accident de la circulation, dès lors que, par hypothèse, la loi française 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 n'est pas applicable (2^e Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-15.634).

À titre d'exemple, un ressortissant marocain ne peut pas demander à la CIVI une indemnisation pour un accident de la circulation survenu à l'étranger avant sa naturalisation, et auquel la loi du 5 juillet 1985 ne s'applique pas (2^e Civ., 12 février 2009, pourvoi n° 08-12.987, *Bull.* 2009, II, n° 40).

La deuxième chambre civile est allée plus loin dans l'admission de la recevabilité des demandes des ressortissants étrangers devenus français au jour de la requête ou résidant en situation régulière sur le territoire français. Elle a admis la recevabilité d'une requête d'une victime qui n'était en séjour régulier ni le jour des faits, ni lors de sa première demande, mais qui l'était à la date de sa seconde requête (2^e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-16.949, *Bull.* 2010, II, n° 210). En se fondant sur l'autonomie de la victime par ricochet, elle a également jugé qu'était recevable à obtenir une indemnité de la CIVI la victime par ricochet étrangère en séjour régulier en France, alors que la victime directe était, quant à elle, en séjour irrégulier, et dépourvue à ce titre de droit à indemnisation sur le fondement de l'article 706-3 du code de procédure pénale (2^e Civ.,

2 mars 1994, pourvoi n° 92-12.462, *Bull.* 1994, II, n° 80; 2^e Civ., 21 juillet 1992, pourvoi n° 91-20.622, *Bull.* 1992, II, n° 224).

Le dernier alinéa de l'article 706-3 du code de procédure pénale prévoit que le droit à indemnisation de la victime peut être limité ou exclu par sa propre faute, laquelle agit donc, en fonction de sa gravité, comme une cause légale de déchéance totale ou partielle du droit à indemnisation que la victime tient de l'article 706-3. En pareil cas, comme en droit commun ou en application de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 précitée, la Cour de cassation opère un contrôle léger de la qualification de faute et abandonne au pouvoir souverain des juges le quantum de la limitation du droit à indemnisation, le cas échéant jusqu'à exclusion de ce dernier.

La deuxième chambre civile a précisé que la faute de la victime, préalablement caractérisée (2^e Civ., 12 mai 2010, pourvoi n° 09-11.360), doit avoir contribué à causer son préjudice (2^e Civ., 10 juin 2004, pourvoi n° 03-12.133, *Bull.* 2004, II, n° 284; 2^e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.975, *Bull.* 2009, II, n° 147; 2^e Civ., 4 décembre 2008, pourvoi n° 08-10.647), en lien de causalité direct et certain avec le dommage (2^e Civ., 13 juin 2013, pourvoi n° 12-20.218).

Les textes régissant la CIVI prévoyant que l'aggravation du dommage est une cause de relevé de forclusion, il a été jugé qu'une telle aggravation permet le relevé de forclusion non seulement pour l'aggravation, mais également pour le préjudice initial (2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-68.578). En effet, en application de l'article 706-5 du code de procédure pénale, le préjudice nouveau subi par la victime par ricochet du fait du décès de la victime directe, survenu après l'expiration du délai de forclusion, étant indissociable de son préjudice initial, le relevé de forclusion prévu par ce texte à son profit lorsqu'elle n'a pas agi dans le délai initial requis lui permet de faire valoir ses droits à indemnisation pour l'ensemble de son préjudice dès lors que l'aggravation du préjudice que constitue ce décès est en relation de causalité directe et certaine avec les faits ayant causé le dommage initial (2^e Civ., 28 juin 2012, pourvoi n° 11-13.948, *Bull.* 2012, II, n° 121). Cette jurisprudence favorable à la victime sur le plan procédural ne remet pas en cause le pouvoir souverain du juge du fond quant au motif de relevé de forclusion (2^e Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 12-16.393).

C'est une jurisprudence cousine de celle qui admet, en droit commun, que l'autorité de la chose jugée ou la règle de l'immutabilité du litige ne soit que rarement opposée à la victime d'un dommage corporel.

L'article 554 du code de procédure civile dispose que « peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité » à condition de ne pas soumettre à la cour d'appel un litige nouveau. La deuxième chambre civile avait déjà jugé, avant même le nouveau droit du recours des tiers payeurs issu de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, que l'intervention en cause d'appel d'un tiers payeur en vue d'obtenir le remboursement des prestations qu'il a versées ne soumet pas à la cour d'appel un litige nouveau (2^e Civ., 4 mars 1999, pourvoi n° 97-10.888, *Bull.* 1999, II, n° 36). Une telle jurisprudence n'existe pas en matière pénale, faute d'équivalent, en procédure pénale, au profit de la victime partie civile, de l'article 554 du code de procédure civile tel qu'interprété par la deuxième chambre civile. L'intervention d'une caisse de sécurité sociale pour la première fois en cause d'appel y est donc irrecevable (Crim., 26 novembre 1991, pourvoi

n° 90-83.008, *Bull. crim.* 1991, n° 437 ; Crim., 4 novembre 1992, pourvoi n° 91-84.370, *Bull. crim.* 1992, n° 358).

La règle est favorable avant tout aux tiers payeurs, mais elle s'inscrit dans le cadre de l'élargissement jurisprudentiel des possibilités d'évocation dont dispose une cour d'appel pour liquider le dommage corporel de la victime. La deuxième chambre civile retient en effet, au titre des cas d'évocation prévus par l'article 568 du code de procédure civile, qu'une mesure d'instruction peut être caractérisée par le simple renvoi destiné à permettre aux parties de fournir au juge des éléments de fait nécessaires à la solution du litige (2^e Civ., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-19.156, *Bull.* 2006, II, n° 171).

La deuxième chambre civile n'a pas *a priori* eu l'occasion de trancher directement la question de savoir si une victime ayant assigné en indemnisation de son dommage corporel peut demander pour la première fois devant la cour d'appel réparation d'un poste de préjudice omis en première instance [se bornant à dire que l'article 566 du code de procédure civile ne permet pas à une partie de « présenter pour la première fois devant la cour d'appel des prétentions qui seraient le prolongement ou l'accessoire des demandes formées en première instance par une autre partie » (2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-23.537, *Bull.* 2011, II, n° 144)] ; elle a en revanche admis que la victime qui a omis de présenter une demande d'indemnisation d'un poste de préjudice en première instance peut former cette demande à nouveau devant la juridiction du premier degré (sous réserve de la prescription), à l'occasion d'une nouvelle instance en aggravation (2^e Civ., 28 mars 2002, pourvoi n° 00-12.079).

Seule en définitive l'aggravation dite « situationnelle », qui ne correspond pas à une aggravation de l'état de santé de la victime d'ordre médical, conduit à opposer à la victime l'autorité de la chose jugée. Le contentieux est sensible en matière de besoin de tierce personne où les dommages-intérêts alloués à une certaine époque ne permettent plus, vingt ans après, de faire face au même besoin en aide humaine. L'indexation des rentes étant de plein droit dans le code de la sécurité sociale, la dépréciation monétaire est en quelque sorte réputée être déjà compensée par ce mécanisme, même si la réalité est autre.

§ 3. Mineur victime d'une infraction

L'article 87-1 ancien du code de procédure pénale permettait au juge d'instruction ou à la juridiction de jugement de désigner un administrateur *ad hoc* pour exercer, au nom de l'enfant victime, les droits reconnus à la partie civile, mais à la condition que la personne poursuivie soit titulaire de l'autorité parentale.

Ces dispositions apparaissaient insuffisantes dans les situations dans lesquelles les représentants légaux du mineur victime, ni auteurs ni complices de l'infraction poursuivie, n'assuraient pas une protection effective de ses intérêts.

Ce constat devait amener la chambre criminelle de la Cour de cassation à admettre la possibilité, pour une juridiction répressive, de désigner un administrateur *ad hoc* sur le fondement de l'article 388-2 du code civil (Crim., 28 février 1996, pourvoi n° 95-81.565, *Bull. crim.* 1996, n° 98 ; Crim., 14 avril 1999, pourvoi n° 99-80.478), disposition, créée par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, dont l'objectif était de renforcer la participation du mineur aux procédures judiciaires en permettant

la désignation d'un administrateur *ad hoc* lorsque, dans une procédure, les intérêts de l'enfant apparaissent en opposition avec ceux de ses parents.

Mais une fois de plus, la loi n'apportait pas de solutions satisfaisantes aux situations dans lesquelles les représentants légaux du mineur, sans adopter une attitude contraire à ses intérêts, se montraient hésitants sur la conduite à tenir dans la procédure pénale, dépassés, incapables d'assumer leurs responsabilités, notamment lorsque l'auteur de l'infraction appartenait à un cercle familial, amical ou affectif proche.

La loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs a remédié à l'ensemble de ces imperfections et a instauré, au bénéfice des mineurs victimes d'infractions sexuelles, un véritable statut protecteur, dépassant largement la question de la représentation du mineur dans la procédure pénale [voir R. Rolland, « La protection du mineur victime d'infraction sexuelle (loi n° 98-468 du 17 juin 1998) », *RD sanit. soc.* 1998, p. 892].

Abrogeant les dispositions de l'article 87-1 du code de procédure pénale précité, elle a créé l'article 706-50 du même code, qui fixe le cadre dans lequel un administrateur *ad hoc* peut être désigné.

Aux termes du nouveau texte, le procureur de la République ou le juge d'instruction (ces dispositions étant applicables devant la juridiction de jugement), saisi de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur *ad hoc* lorsque « la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ».

Si les procédures suivies du chef d'infraction de nature sexuelle constituent le terrain de prédilection pour l'intervention de l'administrateur *ad hoc*, la loi ne la limite pas à cette seule matière mais l'étend, au contraire, à toute infraction intentionnelle commise à l'encontre d'un mineur. La désignation d'un administrateur *ad hoc* ne peut, cependant, intervenir qu'en faveur d'un mineur vivant (Crim., 15 juin 2000, pourvoi n° 99-87.322, *Bull. crim.* 2000, n° 230).

Par ailleurs, l'intervention de l'administrateur *ad hoc*, en procédure pénale, n'est subordonnée qu'à l'existence d'un défaut de protection des intérêts du mineur par ses représentants légaux tel qu'apprécié par les autorités de poursuite, d'instruction ou de jugement et non à une opposition des intérêts en présence.

La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux avait modifié l'article 706-50 précité et prévu la désignation obligatoire de l'administrateur *ad hoc* lorsque les faits poursuivis étaient qualifiés d'incestueux au sens des articles 222-31-1 ou 222-27-2 du code pénal, sauf décision spécialement motivée du procureur de la République, du juge d'instruction ou de la juridiction de jugement.

La loi reposait donc sur la présomption que le statut de suspect d'infraction incestueuse planant sur le représentant légal était incompatible avec l'exercice des droits reconnus aux mineurs victimes (voir D. Germain, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Rev. sc. crim.* 2010, p. 599).

Le Conseil constitutionnel, à l'occasion de deux questions prioritaires de constitutionnalité (Cons. const., 16 septembre 2011, décision n° 2011-163 QPC, M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux] ; Cons. const., 17 février 2012, décision

n° 2011-222 QPC, M. Bruno L. [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses]), a censuré les articles 222-31-1 et 222-27-2 du code pénal de sorte que les modifications apportées à l'article 706-50 du code de procédure pénale sont désormais abrogées.

L'administrateur *ad hoc* est désigné soit parmi les proches du mineur, soit parmi les personnalités inscrites sur une liste de la cour d'appel et désignées par l'assemblée générale de la cour selon les modalités prévues par les articles R. 53 et suivants du code de procédure pénale. Une personne morale peut également solliciter son inscription sur cette liste. Lorsqu'une telle liste n'a pas été constituée, et jusqu'à sa constitution, l'administrateur *ad hoc* peut être désigné, à titre provisoire, parmi les personnalités réunissant les qualités requises pour y être inscrites telles que précisées par les articles R. 53-1 et R. 53-2 du code de procédure pénale.

Les représentants légaux du mineur, auxquels la désignation d'un administrateur *ad hoc* doit être notifiée, peuvent la contester par la voie de l'appel porté dans les dix jours de la notification devant la chambre de l'instruction ou la chambre des appels correctionnels.

Ce droit d'appel relève des dispositions spécifiques de l'article R. 53-7 du même code. Dès lors, commet un excès de pouvoir le président d'une chambre de l'instruction qui décide de ne pas soumettre l'appel de représentants légaux d'une ordonnance du juge d'instruction désignant un administrateur *ad hoc* à la chambre de l'instruction, en relevant qu'une telle ordonnance n'entre pas dans les prévisions de l'article 186 du code de procédure pénale (Crim., 16 mars 2005, pourvoi n° 04-83.300, *Bull. crim.* 2005, n° 93).

Aux termes de l'article 706-50 du code de procédure pénale, l'administrateur *ad hoc* a pour mission d'assurer la protection des intérêts du mineur et d'exercer, s'il y a lieu, en son nom, les droits reconnus à la partie civile.

Sa désignation fait obstacle à ce que le représentant légal du mineur puisse également intervenir afin d'exercer au nom de celui-ci les droits reconnus à la partie civile (Crim., 12 septembre 2000, pourvoi n° 00-81.971, *Bull. crim.* 2000, n° 266 ; Crim., 12 février 2003, pourvoi n° 02-81.328), sauf à ce qu'il puisse invoquer l'existence d'un préjudice personnel et direct né de l'infraction (Crim., 16 décembre 2003, pourvoi n° 03-85.984).

La mission de l'administrateur *ad hoc* est donc double : assurer la protection du mineur et exercer, en son nom, s'il y a lieu, les droits reconnus à la partie civile.

Le second volet de cette mission est parfaitement identifiable et les termes de la loi suffisent en soi.

La réalité du premier volet est, en revanche, moins saisissable.

Il est toutefois acquis que cette mission de protection recouvre tout à la fois la désignation d'un avocat, l'évaluation des demandes de réparation, l'accompagnement du mineur à tous les actes de procédure et d'audience le concernant, son accompagnement lors des entretiens avec son conseil. Bref, il se doit d'être, pour le mineur, un soutien lui permettant de se préparer à la procédure tout en y prenant une part active (sur la question, voir M.-P. Porchy, « L'administrateur *ad hoc* en matière pénale », *D.* 2004, p. 2732). Dans les trois mois de l'achèvement de sa mission, l'administrateur *ad hoc* transmet à l'autorité qui l'a désigné un rapport dans lequel sont détaillées les démarches effectuées pour l'exercice de ses missions.

Si les textes ne prévoient pas de rémunération spécifique pour l'administrateur *ad hoc* lorsqu'il est désigné parmi les proches du mineur, il n'en est pas de même pour l'administrateur *ad hoc* désigné sur une liste de personnalités prévue à l'article R. 53 précité.

Cette rémunération étant modulée suivant le déroulement de la procédure, comme le prévoit l'article A. 43-8 du code de procédure pénale, chaque phase de celle-ci donne lieu à indemnité (Crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-85.031).

Section 2 – Majeur protégé

Le majeur protégé l'est également lors du procès, que ce soit dans le cadre d'un litige de droit commun (§ 1) ou encore, et tout particulièrement, lorsqu'il est poursuivi au pénal (§ 2).

§ 1. Majeur protégé en justice

Par un arrêt du 4 juillet 2012, la première chambre civile (pourvoi n° 11-18.475, *Bull.* 2012, I, n° 154) a tiré les conséquences du caractère impératif des dispositions de l'article 468 du code civil dont il résulte que la personne en curatelle ne peut introduire une action en justice ou y défendre sans l'assistance du curateur. Les circonstances de l'espèce illustrent parfaitement l'importance du principe : après avoir formé appel à l'encontre du jugement qui avait prononcé la résiliation du bail, ordonné l'expulsion de la locataire et condamné cette dernière au paiement d'une somme d'argent, celle-ci a été placée sous curatelle renforcée. La cour d'appel, statuant postérieurement à l'ouverture de cette mesure de protection, a confirmé le jugement qui lui était déféré sans qu'il résulte des énonciations de son arrêt, ni d'aucune autre pièce de la procédure, que l'intéressée ait été assistée de son curateur, ce qui a justifié la censure de l'arrêt.

Cette décision doit être rapprochée du précédent arrêt (1^{re} Civ., 23 février 2011, pourvoi n° 09-13.867, *Bull.* 2011, I, n° 37) rendu par la chambre dans lequel elle avait jugé que le défaut de signification d'une assignation au curateur constituait une irrégularité de fond, et non pas seulement de forme.

§ 2. Majeur protégé poursuivi

La même obligation d'information du curateur doit être respectée en procédure pénale, puisque le curateur doit également être avisé des éventuelles poursuites pénales dont la personne sous curatelle fait l'objet. La chambre criminelle veille elle aussi à l'application stricte de cette règle (Crim., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-88.725, *Bull. crim.* 2012, n° 105, *AJ Famille* 2012, p. 409, obs. T. Verheyde).

A. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'arrêt Vaudelle c. France du 30 janvier 2001

Antérieurement à l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit applicable au majeur protégé connaissait une profonde césure selon que l'intéressé était partie à une procédure civile ayant des incidences sur ses intérêts patrimoniaux – auquel cas il bénéficiait de la protection de la loi – ou selon qu'il était poursuivi

pénalement – auquel cas sa situation civile était sans incidence sur la procédure applicable, et en particulier sur la protection des droits de la défense.

C'est de cette situation que la Cour européenne des droits de l'homme eut à connaître dans l'arrêt *Vaudelle c. France* du 30 janvier 2001 (n° 35683/97). Dans cette affaire, le requérant, qui faisait l'objet d'une mesure de curatelle, avait été condamné à une peine d'emprisonnement ferme pour avoir commis des faits d'atteinte sexuelle. Quoique régulièrement cité, il ne s'était pas présenté devant le tribunal correctionnel et n'avait pas informé les autorités poursuivantes de la mesure de protection judiciaire dont il bénéficiait.

La Cour, condamnant la France, exposa que l'équité exigeait que le tribunal, confronté à un faisceau d'éléments graves, notamment l'enjeu de la poursuite, accomplisse, avant de statuer, des diligences supplémentaires pour assurer au requérant la jouissance effective des droits qui lui sont garantis par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a rappelé que «des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte» (point 60). Elle indiquait ainsi que le curateur aurait dû être informé de la procédure pénale diligentée contre le majeur dont il assurait la protection (points 12 à 15 et 20, 21).

B. Réaction de la Cour de cassation

Sans attendre l'intervention du législateur que cette décision appelait, la chambre criminelle, en tirant les conséquences utiles, jugea par un arrêt du 16 janvier 2008 (Crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-81.611), au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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». Elle a adopté une formulation proche dans un nouvel arrêt de cassation du 2 février 2010 (Crim., 2 février 2010, pourvoi n° 08-86.406).

Il convient pour autant de préciser qu'indépendamment de la situation juridique du majeur protégé, la situation de fait où se trouve la personne poursuivie peut entraîner certaines conséquences procédurales. Il se déduit en effet de l'article 6 de la Convention que «lorsque l'altération des facultés d'une personne mise en examen est telle que celle-ci se trouve dans l'impossibilité absolue d'assurer effectivement sa défense, [serait-elle assistée d'un avocat], il doit être sursis à son renvoi devant la juridiction de jugement» (Crim., 11 juillet 2007, pourvoi n° 07-83.056, *Bull. crim.* 2007, n° 185, *Rapport* 2007, p. 458).

C. Réaction du législateur

C'est par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs que le législateur a aménagé la procédure pénale par suite de l'arrêt *Vaudelle*. L'ensemble du dispositif a été introduit dans le livre IV du code de procédure pénale «De quelques procédures particulières», sous la forme d'un titre XXVII «De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions commises par des majeurs protégés».

Ce sont désormais les articles 706-112 à 706-118 du code de procédure pénale qui régissent la matière. Ces dispositions ont été complétées par les articles D. 47-14 à D. 47-26 du code de procédure pénale (décret n° 2007-1658 du 23 novembre 2007).

C'est principalement au regard de l'article 706-113 que la chambre criminelle a précisé sa jurisprudence, et, ce faisant, manifesté une conception exigeante de l'ordre public.

D. Régime des nullités tel qu'il ressort de la jurisprudence de la chambre criminelle

1. Nullités substantielles

Conformément à l'article 112-2 du code pénal, selon lequel les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure sont applicables à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur, la chambre criminelle, par un arrêt de censure, a énoncé, dans une espèce où le jugement était antérieur à la loi, le principe selon lequel le tuteur d'une personne majeure protégée doit être avisé des poursuites exercées contre elle, des décisions de condamnation dont elle a fait l'objet, ainsi que de la date d'audience, en application de l'article 706-113 du code de procédure pénale (Crim., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-83.503, *Bull. crim.* 2010, n° 74, *Rapport* 2010, p. 432).

La chambre criminelle a eu depuis lors plusieurs occasions de rappeler ce principe. Ainsi en est-il de son arrêt du 3 mai 2012 (Crim., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-88.725, *Bull. crim.* 2012, n° 105) où elle rappelle que lorsqu'il est établi, au cours de la procédure, qu'une personne majeure fait l'objet d'une mesure de protection juridique, le procureur de la République ou le juge d'instruction doit aviser des poursuites son curateur ou son tuteur. Ce faisant, la Cour a jugé que le majeur protégé devait bénéficier de la protection de la loi au cours de l'instruction préparatoire, conformément à la lettre de la loi.

Par un arrêt du 29 janvier 2013 (pourvoi n° 12-82.100, *Bull. crim.* 2013, n° 32), la chambre criminelle a encore censuré une cour d'appel, rappelant que méconnaît le sens et la portée de l'article 706-113 du code de procédure pénale la cour d'appel qui condamne la prévenue alors que son curateur 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 de l'audience.

Par un arrêt du 27 novembre 2012 (pourvoi n° 11-88.678, *Bull. crim.* 2012, n° 258), la chambre criminelle a censuré une cour d'appel qui avait condamné un majeur protégé à une peine de dix-huit ans d'emprisonnement pour violences aggravées en récidive et avait retenu que le curateur, avisé de l'audience, n'était ni présent, ni représenté. La Cour de cassation a rappelé que le curateur d'une personne protégée doit, en application de l'article 706-113 du code de procédure pénale, être avisé des poursuites exercées contre elle et des décisions de condamnation dont elle a fait l'objet. Il ne suffit donc pas qu'il soit avisé de l'audience.

Il ressort ainsi de ces premières décisions que les nullités tirées du non-respect des dispositions de l'article 706-113 ont un caractère substantiel lorsqu'elles impliquent une atteinte aux droits de la défense. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 27 novembre 2012, le prévenu avait-il bénéficié de l'assistance d'un avocat, lequel n'avait pas, devant la cour d'appel, protesté de la violation de l'article 706-113. La chambre criminelle a pourtant jugé le pourvoi recevable, alors que le moyen était

nouveau. Elle a ainsi clairement indiqué que le moyen pris de la violation des dispositions précitées de cet article était d'ordre public.

À ce jour, elle n'a pas encore eu l'occasion d'en tirer les conséquences dans le cas du non-respect des dispositions de l'article 706-113 lors du placement en détention provisoire d'un majeur protégé.

2. Nullités sous réserve de grief

Pour autant, le non-respect de certaines formalités prévues par le législateur n'est pas susceptible de porter, sauf preuve contraire, atteinte aux droits de la défense. Tel est le cas de l'obligation d'informer le juge des tutelles des poursuites dont la personne fait l'objet (article 706-113, alinéa 1). En conséquence, la chambre criminelle, par un arrêt du 28 septembre 2010 (Crim., 28 septembre 2010, pourvoi n° 10-83.283, *Bull. crim.* 2010, n° 144), a rejeté un pourvoi au motif que « le retard apporté à transmettre l'avis au juge des tutelles n'a pas eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne mise en examen ».

L'article 706-112 précise que le titre XXVII du code de procédure pénale précité « est applicable à toute personne majeure dont il est établi au cours de la procédure qu'elle fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans les conditions prévues au titre XI du livre I^{er} du code civil ». Et il est vrai que l'information du juge des tutelles peut être utile s'il y a lieu de désigner un mandataire spécial, dans le cas où la personne poursuivie bénéficie d'une mesure de sauvegarde de justice. Mais, dans un tel cas, l'information du juge des tutelles est prévue par l'article 706-117 du code de procédure pénale.

E. Limites de l'intervention du curateur ou tuteur

Le tuteur ou curateur a vocation à assister le prévenu, mais pas à le représenter devant les juridictions pénales, ou à rapporter sur les faits poursuivis. On peut donc s'interroger sur la portée du non-respect de la prestation de serment qui se déduit de l'audition du tuteur ou curateur en qualité de témoin (article 706-113, dernier alinéa).

S'agissant plus particulièrement du curateur, la chambre criminelle a rappelé que si l'article 706-113 prévoit que le curateur est informé des poursuites, la loi ne lui accorde pas pour autant le droit d'appel (Crim., 2 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.008). Cet arrêt s'inscrit dans le fil d'une jurisprudence constante. Il ressort ainsi d'un arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} juin 1994 (pourvoi n° 87-80.278, *Bull. crim.* 1994, n° 216), que le curateur n'a pas le pouvoir, en cette seule qualité, de représenter en justice le majeur en curatelle, ni d'exercer en son nom les voies de recours.

F. Situation du majeur protégé pénalement irresponsable

Sur le plan des principes, un majeur protégé peut ne pas être irresponsable des faits pour lesquels il est poursuivi, et, réciproquement, un prévenu qui apparaîtrait irresponsable sur le plan pénal, ou dont la responsabilité serait atténuée au sens de l'article 122-1 du code pénal, peut ne pas avoir bénéficié d'une mesure de protection juridique. Il est des cas cependant où l'article 122-1 du code pénal trouve à s'appliquer à un majeur protégé.

C'est afin de vérifier cette hypothèse que l'article 706-115 du code de procédure pénale prévoit que la personne poursuivie doit être soumise avant tout jugement au fond à une expertise médicale. L'article D. 47-23 du même code précise que le juge d'instruction ou le président du tribunal correctionnel peut, sauf opposition de l'intéressé et de son avocat, dire n'y avoir lieu de soumettre le majeur protégé à une expertise s'il apparaît des certificats médicaux et expertises issus de la procédure civile ayant conduit à la mise en œuvre de la mesure de protection des indications suffisantes pour apprécier si l'intéressé était ou non atteint d'un trouble au sens de l'article 122-1 du code pénal. À ce jour, la chambre criminelle n'a pas eu à statuer sur l'application de ces textes.

Section 3. Personne poursuivie ou condamnée : extradition et mandat d'arrêt européen

La protection de la personne poursuivie ou condamnée passe par la formation d'un « ordre européen de sécurité intérieure » qui tend à la reconnaissance mutuelle et l'exécution des décisions de justice. Cette coopération trouve à s'appliquer dans les procédures d'extradition mais plus encore par le système de remise entre autorités judiciaires, fondé sur un mandat d'arrêt européen (G. Karydis, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire », *RTD eur.* 2002, p. 1).

En effet le droit de l'extradition est subordonné à plusieurs impératifs : le respect de la souveraineté nationale et celui de la territorialité des lois, mais également la garantie des droits et libertés fondamentaux (§ 1).

La mise en place du mandat d'arrêt européen poursuit, quant à elle, deux objectifs. En premier lieu, pour lutter contre la criminalité transfrontières, il est prévu que lorsque l'autorité judiciaire d'un État membre de l'Union sollicite la remise d'une personne, soit en exécution d'une condamnation définitive, soit en raison de poursuites pénales engagées à son encontre, sa décision doit être reconnue et exécutée sur tout le territoire de l'Union. Pour faciliter cette remise, la procédure d'exécution du mandat d'arrêt européen est judiciaire, la phase politique de la procédure d'extradition étant supprimée, et prévoit que tout citoyen de l'Union doit être poursuivi et condamné dans l'État où il a commis l'infraction, quelle que soit sa nationalité. En second lieu, le mécanisme du mandat d'arrêt européen répond aussi aux préoccupations des citoyens de l'Union en matière de garantie des droits et libertés fondamentaux (§ 2).

§ 1. Extradition

Pour assurer la protection de la personne réclamée, trois grands principes gouvernent la matière de l'extradition : le principe de subsidiarité (A), la protection des droits et libertés fondamentaux, y compris évidemment le contrôle des conditions de forme et de fond de l'extradition (B), et le principe de spécialité (C).

A. Principe de subsidiarité

En application du principe de subsidiarité, à défaut de dispositions conventionnelles applicables, les conditions de l'extradition sont déterminées par les articles 696-1 à

696-7 du code de procédure pénale et l'extradition ne peut être accordée si elles ne sont pas réunies.

L'article 696 du code de procédure pénale dispose : « En l'absence de convention internationale en stipulant autrement, les conditions, la procédure et les effets de l'extradition sont déterminés par les dispositions du présent chapitre. Ces dispositions s'appliquent également aux points qui n'auraient pas été réglementés par les conventions internationales ». À cet égard, la Cour de cassation contrôle que l'État qui sollicite l'extradition est bien un État souverain, ce qui n'est pas le cas de Hong Kong (Crim., 14 février 2012, pourvoi n° 11-87.679, *Bull. crim.* 2012, n° 41) : est cassé l'arrêt de la chambre de l'instruction qui donne un avis favorable à l'extradition, « alors que la région administrative spéciale de Hong-Kong de la République populaire de Chine ne constitue pas un État souverain au sens des articles susvisés et qu'aucune convention d'extradition n'existe entre la France et ladite région, pourtant habilitée, en application de l'article 96 de la Loi fondamentale adoptée le 4 avril 1990, à conclure, avec l'aide ou l'autorisation du gouvernement de la République populaire de Chine, de telles conventions ».

B. Protection des droits et libertés fondamentaux *lato sensu*

Le contrôle des conditions de l'extradition incombe à la chambre de l'instruction qui doit vérifier, par un examen *in concreto*, que sont remplies les conditions relatives à la personne concernée, poursuivie ou condamnée (articles 696-1 et 696-3 du code de procédure pénale), à l'infraction (article 696-3 du code de procédure pénale), à la prescription (article 696-4, 5°, du code de procédure pénale) et à l'ordre public français, quant à la peine encourue et aux garanties procédurales offertes (article 696-4, 6°, du code de procédure pénale).

Il est de tradition de rejeter toute demande d'extradition lorsque la décision de condamnation sur laquelle elle s'appuie se révélerait en quelque manière contraire à notre ordre public procédural, notamment par une méconnaissance du principe de la contradiction, ou, plus généralement, par toute violation des garanties des droits de la défense. Cette solution, dégagée par la jurisprudence, puise désormais son fondement légal dans l'article 696-4, 7°, du code de procédure pénale, dont l'application reçoit prolongement pour l'extradition des condamnés et est à rapprocher de l'article 695-32, 1°, du code de procédure pénale, aux termes duquel : « l'exécution du mandat d'arrêt européen peut être subordonnée à la vérification que la personne recherchée peut : 1° Former opposition [...] ».

En effet, aux termes de l'article 696-4° du code de procédure pénale, l'extradition n'est pas accordée :

« 1° Lorsque la personne réclamée a la nationalité française, cette dernière étant appréciée à l'époque de l'infraction pour laquelle l'extradition est requise ;

2° Lorsque le crime ou le délit a un caractère politique ou lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique ;

3° Lorsque les crimes ou délits ont été commis sur le territoire de la République ;

4° Lorsque les crimes ou délits, quoique commis hors du territoire de la République, y ont été poursuivis et jugés définitivement ;

5° Lorsque, d'après la loi de l'État requérant ou la loi française, la prescription de l'action s'est trouvée acquise antérieurement à la demande d'extradition, ou la prescription de la peine antérieurement à l'arrestation de la personne réclamée et d'une façon générale toutes les fois que l'action publique de l'État requérant est éteinte;

6° Lorsque le fait à raison duquel l'extradition a été demandée est puni par la législation de l'État requérant d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français;

7° Lorsque la personne réclamée serait jugée dans l'État requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense;

8° Lorsque le crime ou le délit constitue une infraction militaire prévue par le livre III du code de justice militaire.»

La chambre criminelle, dans l'exercice de son contrôle, a constamment rappelé que «les moyens qui reviennent à critiquer les motifs de l'arrêt qui se rattachent directement et servent de support à l'avis de la chambre de l'instruction sur la suite à donner à la demande d'extradition sont irrecevables» (Crim., 22 juin 2005, pourvoi n° 05-82.106; Crim., 29 janvier 2013, pourvoi n° 12-87.391; voir aussi Crim., 21 septembre 1984, pourvoi n° 84-94.034, *Bull. crim.* 1984, n° 274).

Cependant, la chambre criminelle, dans certaines décisions, ne se contente pas d'examiner la régularité de la procédure suivie devant la chambre de l'instruction et la forme de l'avis mais prend en considération la garantie des droits fondamentaux.

Dans un arrêt du 18 juin 2003 (Crim., 18 juin 2003, pourvoi n° 03-82.131, *Bull. crim.* 2003, n° 128), la chambre criminelle considère que n'a pas satisfait, en la forme, aux conditions de son existence légale, l'arrêt qui, sur deux demandes d'extradition présentées successivement à l'encontre de la même personne, donne un avis favorable à la seconde demande en se bornant à se référer aux motifs de l'arrêt ayant statué sur la première demande pour fixer le point de départ de la prescription et pour écarter l'argumentation du demandeur sur l'absence d'échange de lettres en matière d'infractions fiscales.

Sur le contrôle de la prescription, il convient de noter que sous l'empire de la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers, la chambre criminelle déclarait irrecevable le moyen tiré de la prescription en considérant qu'il s'agissait d'un moyen de fond abandonné au contrôle du Conseil d'État dans l'hypothèse d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret d'extradition (Crim., 12 mars 1991, pourvoi n° 90-86.710, *Bull. crim.* 1991, n° 123). Cette jurisprudence est abandonnée depuis un arrêt du 4 janvier 2006 (Crim., 4 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.258, *Bull. crim.* 2006, n° 6; Crim., 11 juillet 2012, pourvoi n° 12-82.502).

La Cour de cassation exerce un contrôle sur les textes légaux et conventionnels applicables en matière d'extradition.

Dans un arrêt du 29 octobre 2008 (pourvoi n° 08-85.713, *Bull. crim.* 2008, n° 217), la chambre criminelle a cassé l'arrêt qui se bornait à énoncer que la demande d'extradition ne contrevenait pas aux dispositions de l'ordre public français, aucun des éléments soumis ne permettant de retenir au vu des pièces produites par l'autorité requérante qu'il en serait différemment. L'arrêt retient qu'«en prononçant ainsi, sans rechercher si

la personne réclamée n'encourt pas le risque de se voir appliquer une peine, contraire à l'ordre public français, l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale». En l'espèce, il s'agissait d'une peine d'amputation. Implicitement, la Cour de cassation exige un contrôle par la chambre de l'instruction d'un risque de traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et retient donc la notion d'ordre public européen. À cet égard, la Cour européenne s'est déjà prononcée sur des hypothèses qui tendent à se rapprocher de cette situation, notamment dans un arrêt de principe (CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88) où le refus d'extradition est fondé sur les modalités d'exécution d'une peine, en l'occurrence le long passage dans le « couloir de la mort » avant l'exécution capitale.

Dans un arrêt du 16 septembre 2009 (pourvoi n° 09-83.267, *Bull. crim.* 2009, n° 156), la chambre criminelle a cassé l'arrêt qui n'a pas recherché si « en cas de remise aux autorités russes, la situation de X... [réfugié géorgien] ne risquait pas d'être aggravée pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques » alors qu'un tel moyen pris de la violation du statut de réfugié était auparavant déclaré irrecevable (Crim., 21 septembre 1984, pourvoi n° 84-93.943 et pourvoi n° 84-94.034, *Bull. crim.* 2004, n° 274 [2 arrêts]).

Dans un arrêt du 9 juillet 2008 (pourvoi n° 08-82.922), la chambre criminelle censure un arrêt qui avait émis un avis favorable à l'extradition demandée par le Rwanda en énonçant qu'au vu des principes fondamentaux inscrits dans le code de procédure pénale rwandais, la personne réclamée y jouira de conditions de détention convenables et y sera jugée dans le respect des garanties attachées à un procès équitable. La Cour de cassation retient « qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, dans les faits, la personne réclamée bénéficiera des garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense, l'arrêt attaqué ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale ».

Dans un arrêt du 11 juillet 2012 (pourvoi n° 12-82.502), la chambre criminelle casse un arrêt qui avait émis un avis favorable à l'extradition demandée par le Rwanda, « sans rechercher concrètement, comme elle y était invitée, si la personne bénéficiera dans les faits des garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense, ni s'expliquer sur la réciprocité d'incriminations, sur l'allégation d'une finalité politique de la demande et sur la prescription invoquée ».

Il résulte de ce bref panorama que la chambre criminelle a accentué ses exigences en matière de qualité de la motivation des décisions de la chambre de l'instruction, notamment en ce qui concerne l'examen concret de l'effectivité des garanties fondamentales de procédure et de protection de ses droits fondamentaux dont bénéficiera la personne réclamée en cas de remise, lorsque celle-ci fait valoir des risques d'atteintes.

C. Principe de spécialité

Le principe de spécialité de l'extradition a été affirmé au XIX^e siècle. Ainsi, dans une circulaire en date du 5 avril 1841, le garde des sceaux faisait valoir que « l'individu qu'on a livré ne peut être jugé que sur le fait qui donne lieu à extradition ». Ce principe a été inscrit, sous l'influence française, dans la plupart des conventions internationales conclues au XIX^e siècle et a été ultérieurement formulé dans la loi du 10 mars 1927

relative à l'extradition des étrangers (article 7) (D. Brach-Thiel, *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, Dalloz, V^o Extradition, §§ 379 et s., septembre 2012 ; D. Rebut, *Rép. dr. international*, Dalloz, V^o Extradition, §§ 259 et s., janvier 2009). Ses dispositions ont été reproduites dans l'article 696-6 du code de procédure pénale suivant lequel « [...] l'extradition n'est accordée qu'à la condition que la personne extradée ne sera ni poursuivie, ni condamnée pour une infraction autre que celle ayant motivé l'extradition ».

Le principe de spécialité ne s'applique qu'aux faits antérieurs à la remise.

La chambre criminelle retient que « la règle de la spécialité n'interdit pas aux juridictions de l'État requérant de restituer leur exacte qualification aux faits à raison desquels l'extradition a été consentie par l'État requis, dès lors que cette décision n'a pas pour conséquence d'étendre leur saisine à des faits distincts, antérieurs à la remise de la personne extradée » (Crim., 22 septembre 1998, pourvoi n° 98-83.600, *Bull. crim.* 1998, n° 233). Elle considère que la possibilité de requalification porte aussi sur le mode de participation à l'infraction. C'est ainsi qu'elle a admis que des personnes extradées pour complicité pouvaient être condamnées en qualité de coauteurs (Crim., 22 septembre 1998, préc.).

Le principe de spécialité ne s'applique pas aux circonstances aggravantes parce qu'elles ne constituent pas des faits distincts de ceux ayant motivé l'extradition.

Le principe de spécialité cesse de produire ses effets si la personne extradée demeure pendant un certain temps sur le territoire de l'État requérant alors qu'elle avait la liberté de le quitter (article 696-39 du code de procédure pénale).

Dans le cadre de la procédure simplifiée d'extradition, la personne extradée peut déclarer consentir à son extradition et renoncer à la règle de la spécialité (article 696-25 du code de procédure pénale).

§ 2. Mandat d'arrêt européen

En matière de mandat d'arrêt européen, la même protection est assurée à la personne recherchée, et notamment celle de ses droits et libertés fondamentaux, assurée en application des articles 695-22, 5°, et 695-38 du code de procédure pénale, outre la disposition 695-32, 1°, déjà citée. La Cour de cassation exerce un contrôle beaucoup plus approfondi qu'en matière d'extradition (Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.499, *Bull. crim.* 2007, n° 292), ce qui est logique s'agissant d'une procédure de remise exclusivement judiciaire.

Ainsi, sur le droit à un procès équitable *lato sensu*, la chambre criminelle exige de la chambre de l'instruction qu'elle analyse la régularité des procédures menées devant les juridictions de l'état d'émission du mandat d'arrêt européen, notamment sur la qualification des faits reprochés (Crim., 2 septembre 2010, pourvoi n° 10-86.053) ou sur la motivation ne lui permettant pas de s'assurer du caractère définitif ou non du jugement pour l'exécution duquel le mandat a été délivré (Crim., 26 octobre 2005, pourvoi n° 05-85.847, *Bull. crim.* 2005, n° 270). La chambre criminelle contrôle au nom de ce même droit la conduite de la procédure devant la chambre de l'instruction, s'agissant notamment des droits de la défense (Crim., 12 mars 2008, pourvoi n° 08-81.178 ; Crim., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 08-81.650 ; Crim., 22 juillet 2009, pourvoi n° 09-84.775, *Bull. crim.* 2009, n° 143 ; Crim., 15 novembre 2011, pourvoi n° 11-87.442 et pourvoi

n° 11-87.443, *Bull. crim.* 2011, n° 232 [2 arrêts]), du droit à un interprète (Crim., 8 décembre 2010, pourvoi n° 10-87.818, *Bull. crim.* 2010, n° 199) et du principe de publicité de l'audience (Crim., 1^{er} février 2011, pourvoi n° 10-88.927).

Pareillement, sur les droits substantiels, la chambre criminelle contrôle la motivation de la chambre de l'instruction quand elle est saisie de la question de l'adéquation d'une peine à une infraction, au regard notamment du principe européen de la proportionnalité. Cette violation invoquée vise principalement trois droits : ceux prévus à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 07-80.162, *Bull. crim.* 2007, n° 39; Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.499, *Bull. crim.* 2007, n° 292), à l'article 8 (Crim., 12 mai 2010, pourvoi n° 10-82.746, *Bull. crim.* 2010, n° 86; Crim., 8 juin 2011, pourvoi n° 11-83.622; Crim., 10 novembre 2010, pourvoi n° 10-87.282) et à l'article 10 de cette Convention (Crim., 4 avril 2007, pourvoi n° 07-81.767 et Crim., 15 décembre 2010, pourvoi n° 10-88.204).

Pour finir, il convient d'ajouter que le principe de spécialité se trouve également inséré dans les dispositions relatives au mandat d'arrêt européen (articles 695-16, 695-18 et 695-21 du code de procédure pénale).

TITRE 2 – PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ

Les normes d'ordre public assurent la protection de la société, le respect du cadre indispensable au maintien du vivre ensemble. Des libertés ou garanties fondamentales peuvent toutefois entrer en contradiction, s'opposer. L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a fixé dès 1789 les bases de la résolution d'un tel conflit : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. » L'ordre public peut ainsi limiter les libertés et droits fondamentaux (chapitre 1) ou restreindre les possibilités de se voir reconnaître un droit (chapitre 2).

Chapitre 1 – Ordre public comme limite aux libertés et droits fondamentaux

Les illustrations de conflits entre normes d'ordre public sont nombreuses, aussi bien en matière civile (section 1) qu'en matière pénale (section 2).

Section 1 – Illustrations en matière civile

Les libertés de se marier (§ 1), de faire grève (§ 2), de ne pas subir l'intrusion injustifiée de l'administration (§ 3) ou encore les libertés du commerce (§ 4) ou d'entreprendre

(§ 5) peuvent ainsi entrer en concurrence avec des règles d'ordre public qui viennent les restreindre.

§ 1. Liberté du mariage

En matière de droit extrapatrimonial de la famille, en raison de la bilatéralisation des dispositions de l'article 3 du code civil aux termes desquelles «les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger», le principe est l'application aux questions d'état et de capacité des personnes de la loi nationale des intéressés.

Les hypothèses de limitation des droits fondamentaux ne sont donc pas rares en raison des divergences des législations étrangères en matière d'état des personnes. Ainsi la Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel «il résulte de l'article 3 du code civil qu'en matière de droits indisponibles, il incombe au juge français de mettre en œuvre, même d'office, les règles de conflits de lois, de rechercher la teneur du droit étranger et de l'appliquer sous réserve qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public international français» (1^{re} Civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-16.675, *Bull.* 2005, I, n° 468, à rapprocher de 1^{re} Civ., 26 mai 1999, pourvoi n° 97-16.684, *Bull.* 1999, I, n° 174).

Quelques principes tirés de la jurisprudence peuvent être cités concernant la primauté de la nationalité française en cas de plurinationalité (A) et la protection du mariage (B).

A. Primauté de la nationalité française en cas de plurinationalité

Lorsqu'un individu a plusieurs nationalités dont la nationalité française, celle-ci est seule prise en considération par les juridictions françaises (1^{re} Civ., 17 juin 1968, *Bull.* 1968, n° 175, *RCDIP* 1969, p. 59, note H. Batiffol).

Cet arrêt «est le “premier à avoir énoncé [...] dans des conditions qui ne prêtent à aucune équivoque” (Batiffol, note *Rev. crit.* 1969.60), la règle qui veut que lorsqu'un individu a plusieurs nationalités dont la nationalité française, cette dernière soit seule prise en considération par les juridictions françaises» (B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, p. 413 et s.).

En conséquence, à titre d'illustration, une personne, qui, au regard de la loi étrangère, peut être considérée comme leur ressortissante par les autorités de ce pays, reste soumise, par l'effet de sa nationalité française, à la loi française que le juge français doit seule prendre en considération pour apprécier l'effet en France d'une seconde union contractée à l'étranger (1^{re} Civ., 9 novembre 1993, pourvoi n° 91-19.310, *Bull.* 1993, I, n° 316; voir également, en cas d'adoption, Avis de la Cour de cassation, 17 décembre 2012, n° 12-00.013, *Bull.* 2012, Avis, n° 10).

B. Protection de l'institution du mariage

1. Compétence de l'officier de l'état civil

S'agissant de la compétence de l'officier de l'état civil, des arrêts anciens ont statué sur la nullité du mariage d'un Français époux célébré par un rabbin en Algérie (Civ., 5 janvier 1910, *D.* 1911, 1, p. 338) ou par un consul étranger en France (Civ., 30 juillet 1900, *D.* 1901, 1, p. 317 concl. Desjardins).

Encore, par souci d'assurer un contrôle de l'autorité publique sur les mariages célébrés en France, la Cour de cassation a jugé « que la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devait être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme » pour dire « qu'en conséquence, le mariage civil contracté en France par les époux X...-Y... était valable conformément à la règle *locus regit actum* ». Elle a ainsi écarté le moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir rejeté les conclusions du mari dans lesquelles il soutenait que le mariage était inexistant, l'Église orthodoxe, à laquelle il appartenait, imposant comme condition de fond indispensable à la constitution légale du mariage la célébration par un prêtre orthodoxe (1^{re} Civ., 22 juin 1955, *RCDIP* 1955, p. 723, note H. Batiffol ; B. Ancel, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 246). Mais peut être admise la validité d'un mariage religieux célébré à l'étranger, conformément à la loi personnelle religieuse des époux (1^{re} Civ., 15 juin 1982, pourvoi n° 81-12.611, *Bull.* 1982, I, n° 224).

2. Comparution des époux

S'agissant de la comparution des époux, la première chambre civile a précisé que cette condition, prévue par l'article 146-1 du code civil, intégré par la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France dans le chapitre premier du titre cinquième dudit code intitulé « Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage », suivant laquelle le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence, constitue une condition de fond du mariage régie par la loi personnelle (1^{re} Civ., 15 juillet 1999, pourvoi n° 99-10.269, *Bull.* 1999, I, n° 244 et 1^{re} Civ., 28 mars 2006, pourvoi n° 03-10.072, *Bull.* 2006, I, n° 184).

En conséquence, viole ce texte et l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, qui conduisent, en France, à l'application de la seule loi française, le tribunal qui énonce que le mariage au Maroc, hors sa présence, d'une personne possédant les nationalités française et marocaine, est valable au regard de la législation française (1^{re} Civ., 15 juillet 1999, préc.).

Désormais, les nullités légales, qui visent à sanctionner le défaut de respect des exigences sociales liées au mariage, concernent essentiellement – s'agissant en pratique des cas les plus fréquents d'actions engagées par le ministère public –, la bigamie (sur le fondement de l'article 147 du code civil) et le défaut d'intention matrimoniale (sur le fondement de l'article 146 du code civil).

3. Respect de la monogamie

S'agissant du respect de la monogamie, la jurisprudence est venue préciser que la circonstance que le premier et le second mariage ont été contractés entre les mêmes époux n'est pas de nature à faire obstacle à l'application de l'article 147 du code civil (1^{re} Civ., 3 février 2004, pourvoi n° 00-19.838, *Bull.* 2004, I, n° 33).

Le mariage célébré dans un pays autorisant la polygamie est sans effet en France si l'un des époux est français (1^{re} Civ., 6 juillet 1988, pourvoi n° 86-13.454, *Bull.* 1988, I, n° 226, *RCDIP* 1989, p. 71, note Y. Lequette; 1^{re} Civ., 9 novembre 1993, pourvoi n° 91-19.310 préc.; 1^{re} Civ., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-15.789, *Bull.* 2002, I, n° 214) ou si la loi personnelle ne l'admet pas (par rapprochement, 1^{re} Civ., 17 février 1982, pourvoi n° 80-17.113, *Bull.* 1982, I, n° 76, *RCDIP* 1983, p. 275, note Y. Lequette).

La nullité doit être prononcée même si le premier mariage a été entre-temps dissous par décès ou divorce (1^{re} Civ., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-21.491). Si les époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement (1^{re} Civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-25.285, *Bull.* 2011, I, n° 184). Par voie de conséquence, le second mariage conclu entre les mêmes personnes est valable, peu important que la nullité du premier soit prononcée après la célébration du second (1^{re} Civ., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-26.041, *Bull.* 2013, I, n° 184).

En cas de pluralité d'unions célébrées à l'étranger, le juge doit vérifier si, au regard de la loi étrangère applicable, la bigamie est constituée (1^{re} Civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-16.675, *Bull.* 2005, I, n° 468). Cette décision a censuré l'arrêt qui, pour déclarer inopposable en France un jugement étranger autorisant l'inscription d'un mariage coutumier sur les registres de l'état civil et irrecevable une requête en divorce, avait retenu que les dispositions de la loi étrangère, qui permettent un « état de bigamie apparent », étaient contraires à la conception française de l'ordre public international, alors que, selon la loi étrangère applicable, le premier mariage coutumier non constaté par l'officier de l'état civil était valable mais inopposable à l'État et aux collectivités publiques, et que le second mariage contracté, qui ne constituait pas par lui-même une situation de bigamie, n'était pas contraire à l'ordre public international français.

Toutefois, certaines limites à l'action ont été fixées par la jurisprudence :

- le délai de prescription applicable à l'action en nullité absolue du mariage est de trente ans, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ayant maintenu cette durée. La règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque, résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure, ne s'applique pas lorsque le titulaire de l'action disposait encore, au moment où cet empêchement a pris fin, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription (1^{re} Civ., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-15.001, *Bull.* 2013, I, n° 109);
- l'époux divorcé n'a pas d'intérêt à agir (1^{re} Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-11.116, *Bull.* 2012, I, n° 93).

Mais, en vertu de l'effet atténué de l'ordre public, le mariage polygamique peut néanmoins produire certains effets en France, comme ouvrir des droits alimentaires (1^{re} Civ., 28 janvier 1958, *Bull.* 1958, I, n° 60, *JCP* 1958 éd. G, II, 10488, note P. Louis-Lucas; 1^{re} Civ., 19 février 1963, *Bull.* 1963, I, n° 108), des droits successoraux sur des

immeubles situés en France (1^{re} Civ., 3 janvier 1980, pourvoi n° 78-13.762, *Bull.* 1980, I, n° 4) ou encore des droits à réversion de la retraite (2^e Civ., 14 février 2007, pourvoi n° 05-21.816; 2^e Civ., 2 mai 2007, pourvoi n° 06-11.418, qui énoncent que « l'ordre public français ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé »).

4. Contrôle de la sincérité et de la liberté de l'engagement matrimonial

S'agissant du contrôle de la sincérité et de la liberté de l'engagement matrimonial, par un arrêt du 20 novembre 1963 (1^{re} Civ., *Bull.* 1963, I, n° 506), la Cour de cassation a énoncé le principe suivant : « si le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime ».

La jurisprudence a distingué le défaut d'intention matrimoniale de l'absence ou du vice du consentement au mariage selon les buts poursuivis par les époux.

Ainsi est contraire à l'ordre public la recherche exclusive des effets accessoires au mariage. La Cour de cassation, à l'occasion de l'examen de pourvois dans des affaires où le bénéfice d'un titre de séjour ou de la nationalité était recherché, a jugé que « l'intention matrimoniale implique la volonté d'une communauté de vie » (1^{re} Civ., 8 juin 1999, pourvoi n° 97-15.520, *Defrénois* n° 22, 30 novembre 1999, p. 1256, note Massip, dans ce cas d'espèce l'épouse vivait avec un tiers après le mariage; voir aussi 1^{re} Civ., 22 avril 1997, pourvoi n° 95-13.578, *Defrénois* 1997, article 36690, p. 1326, note Massip).

Par un attendu de principe (« Attendu que le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale »), la Cour de cassation a censuré un arrêt qui avait refusé de prononcer la nullité d'un mariage, tout en retenant qu'il n'avait eu qu'une finalité successorale (1^{re} Civ., 28 octobre 2003, pourvoi n° 01-12.574, *Bull.* 2003, I, n° 215).

Différents arrêts postérieurs sont venus confirmer cette notion :

- 1^{re} Civ., 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-18.209, *Bull.* 2005, I, n° 442 : les juges du fond avaient estimé que « l'époux n'avait pas eu l'intention de créer un foyer au sens de l'institution matrimoniale », « la cohabitation des époux n'étant que de façade »;
- 1^{re} Civ., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-19.079, *Bull.* 2008, I, n° 193 : il s'agissait d'un cas d'absence de cohabitation;
- 1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 09-67.805, *Bull.* 2011, I, n° 102 : les juges du fond avaient estimé que l'époux avait poursuivi « un but contraire à l'essence même du mariage, [à] savoir obtenir un titre de séjour sur le territoire français sans intention de créer une famille et d'en assumer les charges »;
- 1^{re} Civ., 19 décembre 2012, pourvoi n° 09-15.606, *Bull.* 2012, I, n° 267 : cas d'espèce dans lequel il ressortait des constatations des juges du fond l'absence d'« intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale ».

L'appréciation des juges du fond est souveraine (1^{re} Civ., 22 novembre 2005 préc. et 1^{re} Civ., 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-10.385, *Bull.* 2005, I, n° 441).

La première chambre civile a rappelé récemment que l'action en nullité fondée sur l'article 146 du code civil en raison du défaut de consentement de l'un des époux est une action en nullité absolue, ouverte à tous ceux qui y ont intérêt (1^{re} Civ., 6 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.500; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; *RJP* n° 4, avril 2010, p. 18, obs. A. Leborgne; *RTD civ.* 2010 p. 304, obs. J. Hauser, cas d'espèce très particulier dans lequel c'était l'enfant issu du mariage qui demandait la nullité du mariage de ses parents, à rapprocher d'une précédente décision relative au but visé par les époux, étranger à l'union matrimoniale parce qu'exclusivement successoral, 1^{re} Civ., 28 octobre 2003, préc.).

Elle a également rappelé, en visant l'article 3 du code civil, que les conditions de fond du mariage étant régies par la loi nationale de chacun des époux, le consentement du conjoint relève du droit étranger. Elle censure en conséquence les décisions des cours d'appel qui, saisies d'une action en nullité du mariage d'un Français pour défaut d'intention matrimoniale de son conjoint de nationalité étrangère, font application de l'article 146 du code civil français (1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-20.208, *Bull.* 2007, I, n° 281; 1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 09-71.992, *Bull.* 2011, I, n° 100).

Saisi sur renvoi de la Cour de cassation (1^{re} Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 12-40.013, *AJ Fam.* 2012, p. 348, obs. F. Chénéde), le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de l'article 146 du code civil, et spécialement de la faculté d'opposition au mariage du ministère public, aux droits et libertés garantis par la Constitution. Il a statué, le 22 juin 2012 (décision n° 2012-261 QPC, M. Thierry B. [Consentement au mariage et opposition au mariage]; *AJ Fam.* 2012, p. 466, obs. F. Chénéde; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser; *Dr. fam.* n° 9, septembre 2012, comm. 132 par V. Larribau-Terneyre), en ces termes :

« Considérant que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; que cette liberté ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; qu'elle ne fait pas davantage obstacle à ce qu'il prenne des mesures de prévention ou de lutte contre les mariages contractés à des fins étrangères à l'union matrimoniale » (considérant 5);

« Considérant que la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale; que, par suite, le grief tiré de ce que l'article 146 du code civil porterait atteinte à cette liberté doit être écarté » (considérant 7);

« Considérant que, selon l'article 176 du code civil, l'acte d'opposition, à peine de nullité, est motivé et reproduit le texte sur lequel elle est fondée; que l'opposition du ministère public ne cesse de produire effet que sur décision judiciaire; que les articles 177 et 178 du code civil prévoient que les futurs époux peuvent en demander la mainlevée au tribunal de grande instance qui se prononce dans les dix jours; qu'en cas d'appel, la cour d'appel se prononce dans le même délai; qu'il appartient en tout état de cause au procureur de la République, qui fonde son opposition sur l'article 146 du code civil en

invoquant la simulation, de rapporter la preuve que la célébration n'est envisagée qu'à des fins étrangères à l'union matrimoniale; que, compte tenu des garanties ainsi instituées, la faculté donnée au procureur de la République par l'article 175-1 du code civil de s'opposer à des mariages qui seraient célébrés en violation de règles d'ordre public, ne peut être regardée comme portant une atteinte excessive à la liberté du mariage» (considérant 9);

« Considérant que ces dispositions [les articles 146, 175-1 et 180 du code civil] permettent ainsi au procureur de la République de former opposition au mariage, ou d'en poursuivre l'annulation, en cas de contrainte; que, loin de méconnaître le principe de la liberté du mariage, ces dispositions tendent à en assurer la protection;

Considérant que les articles 146, 175-1 et 180 du code civil ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit; qu'ils doivent être déclarés conformes à la Constitution» (considéranrs 11 et 12).

§ 2. Droit de grève

Le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle mentionné dans le préambule de la Constitution de 1946 qui prend soin de préciser qu'il s'exerce « dans le cadre des lois qui le réglementent ». Outre cet encadrement par des lois spécifiques, ce droit est également encadré par la nécessité d'assurer le respect d'autres libertés telles que celles d'aller et venir, du travail, d'entreprendre. C'est au juge qu'il appartient de trancher ces éventuels conflits entre règles d'ordre public, entre garanties fondamentales.

Le salarié n'est protégé par les règles d'ordre public régissant le droit de grève que dans le cadre de l'exercice de ce droit. Il est donc nécessaire de bien en distinguer les limites. L'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles (Soc., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.802, *Bull.* 2007, V, n° 169). Les grévistes peuvent avoir recours à des arrêts de travail courts et répétés, qui, quelque dommageables qu'ils soient pour la production, ne peuvent, en principe, être considérés comme un exercice illicite du droit de grève (Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-69.030, *Bull.* 2011, V, n° 28). Mais ils ne peuvent refuser uniquement certaines tâches. C'est ainsi que la cessation collective et concertée de travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles ne peut être limitée à une obligation particulière du contrat de travail. Le refus par les salariés d'exécuter seulement certaines de leurs obligations correspondant aux tâches spécifiques susceptibles de leur être demandées ne constitue pas une grève (Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 08-14.490, *Bull.* 2009, V, n° 225).

L'employeur ne peut contourner la grève en privant d'effet la cessation du travail. Il ne peut ainsi avoir recours au travail temporaire en augmentant l'amplitude horaire des salariés temporaires pour leur faire accomplir, en plus de leur travail habituel, celui de grévistes (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-13.634, *Bull.* 2011, V, n° 54). Il ne peut non plus réquisitionner les salariés, seules des dispositions législatives contrares pouvant lui conférer un tel droit (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-43.603, *Bull.* 2009, V, n° 283). Il n'appartient pas à l'employeur de décider quand la grève a pris fin ou même de déduire cette fin de l'absence de gréviste pendant la période indiquée par le préavis. Seuls les syndicats représentatifs ayant déposé le préavis de grève peuvent décider qu'elle a pris fin (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.404, *Bull.* 2012, V, n° 207).

En revanche, l'employeur n'est pas tenu de payer le salarié gréviste pour la période d'arrêt du travail. Il peut retenir le salaire d'un gréviste, cette retenue ne constitue pas une sanction pécuniaire (Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-42.327, *Bull.* 2008, V, n° 13). Mais les retenues opérées doivent respecter les règles générales qui les régissent. Ainsi un employeur ne peut pratiquer une retenue de salaire pour une cessation de travail d'une heure et demie alors qu'un accord national prévoit qu'aucune retenue ne pouvait être effectuée pour une absence inférieure à une demi-journée de travail (Soc., 4 mars 2009, pourvoi n° 07-45.292, *Bull.* 2009, V, n° 56, pour une espèce concernant l'Accord national du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie modifié par avenant du 29 janvier 2000). L'employeur ne peut pas non plus mettre en place un système de prime de présence aboutissant à ne sanctionner que les absences pour cause de grève. Si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour le paiement d'une prime, c'est à la condition que toutes les absences, hormis celles qui sont légalement assimilées à un temps de travail effectif, entraînent les mêmes conséquences sur son attribution (Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-42.154, *Bull.* 2009, V, n° 159). L'attribution par l'employeur d'une prime aux salariés selon qu'ils ont participé ou non à un mouvement de grève est en effet discriminatoire (Soc., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-40.144, *Bull.* 2010, V, n° 119).

Ces protections d'ordre public s'articulent avec les lois qui régissent l'exercice du droit de grève. Les lois qui ont été promulguées en la matière tendent à garantir le fonctionnement des services fondamentaux de l'État ou encore des services dont la privation totale entraîne de fait une restriction des libertés fondamentales des citoyens. La loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs a instauré une obligation de négociation préalable à l'engagement de tout mouvement de grève dans les transports publics. Cette loi tend à garantir aux utilisateurs des transports publics le maintien d'une liberté d'aller et venir minimale. Le non-respect de cette obligation de négociation préalable entraîne l'illicéité de la grève et prive les salariés qui participent à un tel mouvement de la protection que leur confère le statut de gréviste (Soc., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-23.791, *Bull.* 2013, V, n° 21). Elle ne s'applique que dans les entreprises chargées d'une mission de service public de transport terrestre régulier de personnes à vocation non touristique. La chambre sociale a ainsi été amenée à statuer sur le cas d'un service public de transport rémunéré au forfait pour retenir que cette modalité de rémunération de l'entreprise n'avait pas d'incidence sur l'application de la loi dès lors que l'entreprise concernée participe à l'exécution d'un service public de transport de personnes (Soc., 9 octobre 2012, pourvoi n° 11-21.508, *Bull.* 2012, V, n° 252). S'agissant de lois qui limitent la portée d'une protection d'ordre public de valeur constitutionnelle, leur interprétation est nécessairement stricte. C'est ainsi que le délai de cinq jours francs prévu par les dispositions de l'article L. 2512-2 du code du travail est respecté même si le syndicat adresse le préavis par télécopie dans la soirée, à une heure où les bureaux de l'entreprise sont fermés (Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 10-26.237, *Bull.* 2012, V, n° 18).

Le droit de grève est également limité, en dehors de toute loi spécifique, par la nécessité d'assurer la protection d'autres garanties fondamentales, également d'ordre public, telles que la liberté d'aller et venir, la liberté de travailler, la liberté d'entreprendre. La limitation des conditions d'exercice du droit de grève tend alors à éviter que son usage abusif ne le rende contraire aux nécessités de l'ordre public, voire aux

nécessités du maintien de l'ordre. Le droit de grève s'exerce dans la limite du recours à des voies de fait menaçant certaines libertés.

Les salariés grévistes ne peuvent être sanctionnés pour des faits commis à l'occasion d'un mouvement de grève. Les termes « à l'occasion » recouvrent les faits de grève eux-mêmes mais également les faits commis au cours de la grève, par exemple le fait, pendant le temps d'un mouvement de grève, de distribuer à la clientèle des tracts dénonçant les conditions de travail et de sécurité au sein de l'entreprise (Soc., 9 mai 2012, pourvoi n° 10-24.307, *Bull.* 2012, V, n° 131).

Seule la faute lourde commise par des grévistes peut être sanctionnée. Tout licenciement prononcé en l'absence de faute lourde est nul de plein droit (Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.139, *Bull.* 2009, V, n° 172). Constitue une faute lourde une violation de la liberté des non-grévistes de continuer le travail ou de la liberté d'entreprendre par la désorganisation volontaire de l'entreprise. La chambre sociale a ainsi cassé l'arrêt d'une cour d'appel pour avoir retenu la faute lourde d'un salarié sans qu'il résulte de ses constatations que le blocage d'un camion entravait le travail des salariés ne participant pas au mouvement de grève ou qu'il entraînait une désorganisation de l'entreprise, faute d'autre accès aux locaux de l'entreprise (Soc., 9 mai 2012, pourvoi n° 10-26.497, *Bull.* 2012, V, n° 132). Dans une autre espèce, la chambre sociale a confirmé la décision des juges du fond de ne pas retenir l'existence d'une faute lourde alors qu'aucun élément du dossier ne démontrait que les grévistes, dont le salarié en cause, avaient porté atteinte à la liberté du travail des autres salariés de leur société (Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-14.083, *Bull.* 2012, V, n° 61). De même, le fait de ralentir de dix minutes l'entrée des salariés dans l'entreprise, sans bloquer l'accès au travail et sans désorganiser la production ni entraver la liberté de travail des salariés non grévistes ne constitue pas une faute lourde (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.531).

Mais un blocage de l'entreprise dans la durée peut constituer une faute lourde. La chambre sociale a ainsi confirmé la décision des juges du fond de retenir une telle faute alors que le salarié concerné avait empêché, avec trois collègues de travail, le départ de deux autobus de l'entreprise entre 10 h 05 et 10 h 55, ce qui caractérise une entrave à la liberté du travail (Soc., 10 février 2009, pourvoi n° 07-43.939). De même, constitue une entrave à la liberté du travail et une faute lourde le fait, pour un salarié gréviste se tenant assis à terre entre les deux fours en compagnie d'un autre salarié et voyant arriver un chariot de métal, de se lever pour lui barrer le passage et l'empêcher d'accéder aux fours (Soc., 14 mai 2008, pourvoi n° 06-46.095) ou, étant présent parmi les membres du piquet de grève barrant la route d'accès à l'usine, et malgré la notification faite par un huissier de justice d'une ordonnance de référé interdisant d'empêcher l'accès au chantier, de refuser d'obtempérer en maintenant le barrage qui fermait la route d'accès (Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.739) ou encore de participer activement au blocage de l'entrée de l'entreprise, empêchant pendant plusieurs heures l'entrée et la sortie du personnel y travaillant et des clients (Soc., 27 novembre 2007, pourvoi n° 06-41.272).

§ 3. Protection contre l'ingérence de l'administration dans la sphère individuelle

Il est intéressant de souligner que si la chambre commerciale a pu prendre en compte, sous l'angle de l'ordre public, la nécessité d'une ingérence de l'administration dans la sphère individuelle protégée, elle a toutefois fixé des limites à cette intrusion.

Ainsi, par un arrêt du 8 octobre 2002 rendu en matière douanière (Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 01-01.630, *Bull.* 2002, IV, n° 139), a-t-elle affirmé que « si les agents des douanes tiennent de l'article 65 du Code des douanes le pouvoir d'accès auprès des opérateurs économiques aux documents relatifs aux opérations dont ils ont le contrôle, ce droit de communication est limité à ce qui est strictement nécessaire pour assurer le respect de l'ordre public économique et la prévention des infractions, et ne saurait être étendu à des opérations n'entrant pas dans le champ de la compétence de l'administration des Douanes ». Relevant que ce texte ne confère pas aux agents des douanes un pouvoir général d'audition, elle a dès lors approuvé une cour d'appel qui, « ayant relevé que l'administration des Douanes avait procédé, en 1995, à un interrogatoire des représentants de l'importateur aux seules fins de savoir si les taxes illicites perçues par elle en 1992 avaient été répercutées sur des tiers, ce dont il résultait qu'elle n'agissait pas dans le cadre d'une opération relevant de son contrôle ou de sa compétence », a décidé que l'administration des Douanes avait procédé à un détournement de pouvoir.

De même la chambre commerciale s'est-elle montrée particulièrement vigilante dans une espèce où l'ordre public était invoqué comme fondement d'une action du ministère public en matière d'entreprises en difficulté.

Par un arrêt du 10 mars 2009 (Com., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-16.078, *Bull.* 2009, IV, n° 35), elle a en effet considéré que ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 423 du code de procédure civile la cour d'appel qui, pour déclarer recevable la requête présentée par le ministère public aux fins de désignation d'un « mandataire *ad hoc* » chargé de poursuivre les instances en cours, retient qu'il y a atteinte à l'ordre public dès lors qu'une procédure collective se trouve privée d'organes pouvant la représenter alors que la procédure n'est pas clôturée, sans préciser en quoi l'expiration de la mission du commissaire à l'exécution du plan, qui est prévue par la loi elle-même, était un fait portant atteinte à l'ordre public autorisant le procureur de la République à agir en désignation d'un mandataire de justice chargé de poursuivre l'instance en paiement des dettes sociales introduite par le commissaire à l'exécution du plan.

§ 4. Liberté du commerce

Dans le domaine des marques de fabrique, il est possible de trouver des exemples dans lesquels l'ordre public peut être considéré comme limitant des droits et libertés fondamentaux, par exemple la liberté du commerce.

Dans un arrêt du 28 juin 1976 (pourvoi n° 75-10.193, *Bull.* 1976, IV, n° 217), la chambre commerciale a ainsi dit qu'une cour d'appel avait pu, par une appréciation souveraine, déduire que la marque « école de conduite française » sur une bande bleu, blanc, rouge, créant un risque de confusion avec un service officiel, portait atteinte à l'ordre public, et, dans un arrêt récent (Com., 16 avril 2013, pourvoi n° 12-17.633, *Bull.* 2013, IV, n° 63), que l'adoption et l'usage, à titre de marque, du titre appartenant

à une profession réglementée par l'autorité publique (notaire), sans en être titulaire, est contraire à l'ordre public.

§ 5. Liberté d'entreprendre

Par arrêt du 11 juillet 2006 (pourvoi n° 04-16.759, *Bull.* 2006, IV, n° 180), la chambre commerciale a encore retenu que l'ordre public pouvait limiter la liberté d'entreprendre en affirmant qu'est nulle la société en participation constituée entre un pharmacien et un vétérinaire ayant une activité portant sur des pratiques illicites constitutives de manquements graves aux dispositions d'ordre public du code de la santé publique relatives à la délivrance de médicaments vétérinaires réglementée par l'article L. 5143-5 dudit code.

Section 2 – Illustrations en matière pénale

C'est sans doute en matière pénale que les atteintes portées aux garanties fondamentales sont les plus flagrantes. Si ces atteintes sont justifiées par des nécessités impérieuses d'ordre public, elles ne peuvent pour autant échapper à toute limite. On retrouve ce subtil équilibre entre impératifs *a priori* contradictoires dans la gestion des contrôles d'identité (§ 1), de la détention provisoire (§ 2), de la confiscation (§ 3), de l'organisation des visioconférences (§ 4) ou encore à travers le respect des sources des journalistes (§ 5) ainsi qu'en matière particulièrement sensible de lutte contre le crime organisé et le terrorisme (§ 6).

§ 1. Contrôle d'identité administratif

Aux termes de l'article 78-2, alinéa 7, du code de procédure pénale, l'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens (sur cette question, voir J. Buisson, *J.-Cl Procéd. pén.*, LexisNexis, art. 78-1 à 78-6, Fasc. 10 « Contrôles, vérifications et relevés d'identité », décembre 2008, n°s 120 et s.).

La mise à disposition de la personne interpellée ne porte pas atteinte au droit à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais constitue une restriction à la liberté d'aller et venir protégée par l'article 2 de son Protocole additionnel n° 4 du 16 novembre 1963. Il convient à cet égard de se reporter à la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 (Cons. const., 20 janvier 1981, décision n° 80-127 DC, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes) et à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 mai 1985 (CEDH, arrêt du 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, § 41), qui précise que « l'article 5 ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler, lesquelles relèvent de l'article 2 du Protocole n° 4 ».

La distinction entre contrôles d'identité de police administrative ou de police judiciaire est délicate. Lorsque les contrôles sont déclenchés au motif que survient une menace pour l'ordre public, cette dernière s'est le plus souvent déjà réalisée. Ainsi, les contrôles effectués, à titre préventif, pour éviter une atteinte à l'ordre public, intègrent la probabilité d'infractions déjà consommées, que ces contrôles permettront de définir

précisément. La découverte, puis la poursuite de ces infractions, constituent le meilleur moyen de prévention par la dissuasion.

Cette distinction entre les deux types de contrôles repose donc sur une différence de situations et non d'objectifs. Le contrôle de police judiciaire est en lien avec une infraction pénale déterminée dont la police recherche les auteurs ou dont elle veut empêcher la commission ; le contrôle de police administrative est en rapport avec une situation de délinquance diffuse qu'il convient de découvrir et d'empêcher de se développer.

Dès lors que le contrôle d'identité touche essentiellement à la liberté de la personne, les deux types de contrôles d'identité sont exercés en application de l'article 78-2, alinéa 1, du code de procédure pénale et sont soumis au contrôle de légalité de l'autorité judiciaire, « gardienne de la liberté individuelle » (article 66 de la Constitution).

Historiquement, la possibilité d'interpeller une personne afin de contrôler et de vérifier son identité relevait essentiellement des pouvoirs et des missions de la police judiciaire. Une loi du 27 novembre 1943 autorisait les contrôles d'identité « au cours des recherches judiciaires », tandis que l'ordonnance n° 61-112 du 2 février 1961 les inscrivait à l'article 61, alinéa 2, du code de procédure pénale pour l'enquête de flagrance.

Puis la nécessité de sécuriser des zones dangereuses ou d'organiser une surveillance policière visible à l'abord de certains lieux, notamment en période de menace terroriste ou à l'occasion de rassemblements importants de personnes, a permis de légitimer l'idée de contrôles dissuasifs. La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 janvier 1973 (*D.* 1973, p. 541, note G. Roujou de Boubée ; *AJD* 1973, p. 600, note B. Toulemonde), fit le premier pas en admettant ces contrôles « lorsque des circonstances particulières » pouvaient être invoquées.

La loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, dite « Sécurité et liberté », dont les articles 76 à 78 généralisent les contrôles liés à des recherches judiciaires, légalise les contrôles préventifs, dits administratifs, et prévoit une période de rétention aux fins de vérification d'identité tout en assortissant ces opérations de garanties jugées suffisantes par le Conseil constitutionnel.

Dans la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale, les contrôles préventifs légalisés en 1981 voient leur champ d'application nettement restreint. L'identité de toute personne ne peut en effet être contrôlée que « dans des lieux déterminés, là où la sûreté des personnes et des biens se trouve immédiatement menacée ».

Les contrôles d'identité administratifs étaient ainsi rendus pratiquement impossibles. La Cour de cassation, siégeant en formation plénière, annula ainsi un arrêt qui avait déclaré régulière l'interpellation d'une personne de nationalité étrangère réalisée dans une station de métro, faute pour les autorités policière et judiciaire d'avoir précisé « en quoi la sûreté des personnes et des biens était immédiatement menacée à la station Stalingrad lorsque les services de police ont procédé au contrôle d'identité de X..., le 14 octobre 1983 à dix heures » (*Crim.*, 4 octobre 1984, pourvoi n° 83-94.341, *Bull. crim.* 1984, n° 287).

Afin de contrer cette jurisprudence, la loi n° 86-1004 du 3 septembre 1986 relative aux contrôles et vérifications d'identité – promulguée dans le cadre du renforcement

de la lutte contre le terrorisme – revint à la formulation de la loi de 1981, en autorisant le contrôle d'identité « pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation exigea alors dans un arrêt du 10 novembre 1992 (pourvoi n° 92-83.352, *Bull. crim.* 1992, n° 370) que le risque d'atteinte à l'ordre public soit « directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée ».

En réaction à cette position restrictive de la chambre criminelle, la loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité précisa que pourrait désormais être contrôlée l'identité de toute personne, « quel que soit son comportement ». Cette formulation doit être interprétée au regard de la réserve d'interprétation exprimée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 août 1993 (Cons. const., 5 août 1993, décision n° 93-323 DC, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité). Mettant en garde contre « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires [...] incompatible avec le respect de la liberté individuelle », le Conseil constitutionnel considère « que s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ».

Dans sa décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (dite « LOPPSI 2 »), le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel l'article 92 de cette loi qui étendait à des agents de police municipale la possibilité de procéder à des contrôles d'identité.

À la différence des contrôles de police judiciaire, l'interpellation ne repose pas nécessairement sur le comportement de l'intéressé mais sur un risque d'insécurité préalablement caractérisé par les forces de l'ordre. La menace pour la tranquillité publique doit cependant clairement résulter de la situation et des circonstances précédant l'opération de contrôle. Bien qu'exclus par le législateur, des critères de temps et de lieu ainsi que le comportement suspect d'une personne sont souvent à l'origine des interpellations préventives.

S'agissant des circonstances de temps, lors d'événements d'ordre sportif, culturel ou festif, réunissant fréquemment de nombreuses personnes, les services de police sont chargés d'éviter tout débordement.

S'agissant des circonstances de lieu, le contrôle préventif s'induit de la dangerosité d'un lieu connu pour la commission de nombreuses infractions. L'opération de police qui prend appui sur l'insécurité d'une zone déterminée peut viser toute personne se trouvant à l'intérieur de celle-ci, indépendamment de son comportement (2^e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 99-50.038, *Bull.* 2001, II, n° 79). Toutefois, le risque de trouble à l'ordre public doit exister au moment du contrôle, ce qui oblige les autorités à être précises quant à la réalité, la fréquence ou la probabilité des infractions commises à l'endroit où les contrôles sont effectués.

Les premiers arrêts à faire application de la loi du 10 août 1993 ont affirmé qu'un contrôle d'identité ne pouvait être annulé au seul motif que le procès-verbal ne caractérisait pas en quoi l'ordre public était menacé, ni quelles atteintes étaient visées (Crim., 23 mai 1995, pourvoi n° 94-83.887, *Bull. crim.* 1995, n° 187).

Mais faisant évoluer sa jurisprudence, la Cour de cassation exige dorénavant que le risque d'atteinte à l'ordre public en lien avec l'insécurité de certains lieux soit démontré par des circonstances particulières relevées par les autorités concernées au moment du contrôle (Crim., 17 décembre 1996, pourvoi n° 96-82.829, *Bull. crim.* 1996, n° 470; Crim., 12 mai 1999, pourvoi n° 99-81.153, *Bull. crim.* 1999, n° 95; pour la prise en compte, par le procès-verbal, de la commission antérieure d'« infractions nombreuses et précises... réalisées dans le périmètre restreint du contrôle », voir Crim., 15 janvier 2003, pourvoi n° 02-81.008). Cette évolution est conforme aux exigences du Conseil constitutionnel pour lequel il appartient bien aux autorités de police et de gendarmerie de justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle.

S'agissant du comportement, qui demeure un élément parmi d'autres pour apprécier la réalité du risque, l'imminence d'un trouble n'est pas suffisamment établie et la procédure doit être annulée lorsque le procès-verbal indique seulement qu'une personne a tenté de descendre d'un bus à la vue des policiers qui accomplissaient une mission de sécurisation, aucun élément ne suffisant à caractériser une menace à l'ordre public (2^e Civ., 4 mars 1999, pourvoi n° 97-50.086, *Bull.* 1999, II, n° 39).

§ 2. Détention provisoire

Le placement puis le maintien en détention provisoire d'une personne mise en examen, en ce qu'ils portent atteinte à son droit à la présomption d'innocence et à sa liberté d'aller et de venir (A), se trouvent précisément encadrés par la loi (B), et le motif pris de la nécessité de mettre un terme au « trouble à l'ordre public causé par l'infraction » est de plus en plus contesté (C). C'est ainsi que, le contrôle de la chambre criminelle serait-il nécessairement limité (D), il ne saurait suffire à lui seul à justifier un placement ou un maintien en détention provisoire (E). En tout état de cause, la détention provisoire doit toujours être d'une « durée raisonnable » au sens notamment de l'article 5, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

A. Principe essentiel et sa conséquence logique

Le principe de la présomption d'innocence est généralement affirmé comme une évidence. Pour certains auteurs, ainsi Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, dans leur *Traité de procédure pénale* (Economica, 3^e éd., 2013, p. 131), il s'agit du « principe source », d'où découlent tous les autres, notamment celui des droits de la défense. En droit français, trois dispositions essentielles s'y réfèrent : l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article préliminaire du code de procédure pénale issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et l'article 9-1 du code civil, qui prévoit la réparation civile des atteintes portées à cette présomption. L'article préliminaire du code de procédure pénale dispose : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi ». Plusieurs articles du code de procédure pénale déclinent les conséquences de l'affirmation solennelle qui ouvre cet ouvrage, outil de travail quotidien des enquêteurs et magistrats. Est particulièrement remarquable l'adresse du président de la cour

d'assises aux jurés, édictée à l'article 304 de ce code : « Vous jurez et promettez [...] de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter [...] ».

Il s'en déduit logiquement que la personne suspectée ou poursuivie conserve l'exercice de cette liberté publique fondamentale du citoyen, qui est celle d'aller et de venir. C'est ce qu'affirme de la manière la plus nette le premier alinéa de l'article 137 du code de procédure pénale : « Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. »

B. Restriction nécessaire mais strictement encadrée

Ce même article 137 introduit immédiatement après une restriction majeure au principe qu'il énonce, en prévoyant que, « toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté », des restrictions puissent être apportées à cette liberté, sous la forme d'un contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence avec surveillance électronique. Et, à titre exceptionnel, si ces mesures sont insuffisantes pour atteindre les objectifs annoncés précédemment, la personne mise en examen peut être placée en détention provisoire. La détention provisoire, mesure que la loi considère comme une atteinte parfois nécessaire à la présomption d'innocence, est, à l'évidence, la plus grave de celles qui peuvent y être portées. Elle revêt la forme d'un risque social, dont la charge est partagée par la personne concernée, durant sa détention, et par la société, en fonction de l'issue de la procédure. En effet, le législateur a prévu, dans les articles 149 et suivants du code de procédure pénale, la réparation intégrale du préjudice moral et matériel causé par la détention provisoire à une personne mise en cause dans une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement.

C'est à la lumière de l'article préliminaire du code de procédure pénale, aux termes duquel les mesures de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet « doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne », que plusieurs dispositions de ce code régissent la décision du placement en détention provisoire ainsi que le déroulement de la mesure. Au nombre de celles-ci, l'une des plus importantes est indubitablement l'article 144 du code de procédure pénale qui impose au juge de se référer à des critères légaux, limitativement énumérés, pour justifier le placement en détention provisoire. Ces critères étant autant d'objectifs à atteindre, le juge doit, en outre, démontrer leur absolue nécessité. Et, par la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, le législateur a encore renforcé l'exigence de motivation de la décision, qui ne peut être abstraite mais doit être fondée sur les « éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure ».

C. Nécessité de mettre fin au trouble à l'ordre public causé par l'infraction : un critère toujours discuté

Par nature, l'infraction est une atteinte portée à la société. À partir de quel moment en résulte-t-il un trouble à l'ordre public susceptible de justifier le placement en détention provisoire de la personne suspectée d'en être l'auteur ? Si la délimitation de la notion d'ordre public est délicate, il en va encore davantage ainsi de celle du trouble

qui peut lui être causé. La difficulté se mesure à la lecture des quatre rédactions auxquelles a donné lieu, en l'espace de quinze ans, ce critère de la détention provisoire.

Aux termes de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, la détention provisoire pouvait être ordonnée si elle était nécessaire « pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction ». Par la loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme, le législateur a introduit des restrictions notables au champ d'application de ce critère. Il s'agissait désormais de mettre fin au trouble à l'ordre public, ledit trouble devant être « exceptionnel et persistant », et ce au regard de la « gravité » de l'infraction, des « circonstances de sa commission » ou de « l'importance du préjudice » qu'elle avait causé. Maintenant ces caractères, la loi du 15 juin 2000 précitée avait apporté une nouvelle restriction en ce que ce motif ne pouvait justifier la prolongation de la détention provisoire qu'en matière criminelle ou lorsque la peine correctionnelle encourue était supérieure ou égale à dix ans d'emprisonnement. Cette restriction a été supprimée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

Le maintien ou non du recours à la notion d'ordre public pour motiver la détention provisoire a fait l'objet d'importants débats au sein de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement. Dans son rapport n° 3125, enregistré le 6 juin 2006 à la Présidence de l'Assemblée nationale et publié sous le titre *Au nom du peuple français, juger après Outreau* (p. 333 à 336), la Commission explique les raisons qui l'ont amenée, après avoir envisagé, comme il était parfois demandé, de proposer au législateur de supprimer ce critère, de préconiser son maintien, en restreignant la possibilité d'y recourir à la seule matière criminelle et en renforçant les exigences de motivation précise. Il en est résulté la rédaction actuelle de l'article 144, 7°, du code de procédure pénale, issue de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007. Ce texte énonce que l'alinéa relatif au trouble à l'ordre public « n'est pas applicable en matière correctionnelle ». Prenant en compte une autre préconisation de la Commission d'enquête, le législateur a tenu à préciser que « ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire ».

D. Contrôle nécessairement limité de la chambre criminelle

S'agissant de questions de fait, le contrôle des raisons pour lesquelles les juges ordonnent un placement en détention provisoire ou en justifient la prolongation ou le maintien est celui, prévu par l'article 593 du code de procédure pénale, qui porte sur le caractère suffisant et non contradictoire des motifs et sur les réponses qui ont été apportées aux demandes des parties ou aux réquisitions du ministère public. Il n'appartient pas à la chambre criminelle d'apprécier elle-même la réalité et l'intensité du trouble à l'ordre public retenu. L'étude de sa jurisprudence sur les dix années écoulées ne révèle pas de cassation d'arrêts pour défaut de démonstration du caractère exceptionnel et persistant du trouble à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Pourtant, des moyens sont régulièrement proposés pour critiquer les motifs des décisions sur ce point, notamment pour soutenir, en présence de faits qui ont une certaine ancienneté, que la persistance du trouble à l'ordre public n'est pas caractérisée. De manière

invariable, la chambre criminelle relève que les énonciations de l'arrêt la mettent en mesure de s'assurer que la chambre de l'instruction s'est déterminée par des considérations de droit et de fait répondant aux exigences légales, notamment à celles édictées par l'article 144 du code de procédure pénale.

Il convient d'ajouter, à l'intention des lecteurs que ce constat décevrait, que l'étude des décisions soumises au contrôle de la chambre criminelle révèle un effort de motivation concrète par les juges ayant recours à la notion de trouble à l'ordre public, alors même que son champ d'application est déjà réduit aux infractions les plus graves depuis la loi du 5 mars 2007. Ainsi, par rapport à l'influence de la presse sur les motivations des juges, que le législateur entendait, à l'époque, prévenir, aucune décision se référant au seul retentissement médiatique d'une affaire n'a été recensée. En outre, le critère du trouble à l'ordre public n'est, en général, que l'un de ceux retenus pour justifier la détention provisoire, au côté d'autres également prévus par l'article 144 du code de procédure pénale. Or il suffit que l'un des motifs soit suffisamment caractérisé au regard des exigences légales pour que la décision n'encoure pas la censure.

E. Trouble à l'ordre public : une condition insuffisante à elle seule

À supposer qu'il soit caractérisé au regard des éléments énoncés dans l'article 144 susvisé, le trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public ne trouve pas nécessairement son apaisement dans la seule détention provisoire de la personne mise en examen. La décision des juges doit faire apparaître qu'ils ont, au préalable, vérifié que ce but ne pouvait être atteint par un placement sous contrôle judiciaire ou par une assignation à résidence avec surveillance électronique, aucune distinction n'étant opérée par ce texte selon le critère retenu.

La chambre criminelle se montre particulièrement rigoureuse lorsqu'il ne ressort pas de la décision que les juges ont recherché si les objectifs poursuivis par le placement en détention ne pouvaient être atteints par un placement sous contrôle judiciaire et, depuis le décret n° 2010-355 du 1^{er} avril 2010 relatif à l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à la protection des victimes de violences au sein du couple, par une assignation à résidence avec surveillance électronique.

Il convient de citer, à titre d'illustration, s'agissant du contrôle judiciaire, les arrêts suivants : Crim., 26 février 2008, pourvoi n° 07-88.336, *Bull. crim.* 2008, n° 50 ; Crim., 18 juin 2008, pourvoi n° 08-82.856, *Bull. crim.* 2008, n° 157 ; Crim., 16 février 2010, pourvoi n° 09-87.912, *Bull. crim.* 2010, n° 28.

Au titre de l'assignation à résidence avec placement sous surveillance électronique, sont à consulter les arrêts Crim., 18 août 2010, pourvoi n° 10-83.770, *Bull. crim.* 2010, n° 123 ; Crim., 18 août 2010, pourvoi n° 10-83.819, *Bull. crim.* 2010, n° 124 ; Crim., 12 octobre 2010, pourvoi n° 10-85.370, *Bull. crim.* 2010, n° 155 et Crim., 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-85.552, *Bull. crim.* 2010, n° 161.

F. Trouble à l'ordre public : une condition qui ne dispense pas de respecter l'exigence du « délai raisonnable »

Il importe de rappeler, au préalable, la position de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de la notion de trouble à l'ordre public. « La Cour reconnaît

que, par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur accomplissement, certaines infractions peuvent susciter un trouble social de nature à justifier une détention provisoire, au moins pendant un temps. Dans des circonstances exceptionnelles, cet élément peut donc entrer en ligne de compte au regard de la Convention, en tout cas dans la mesure où le droit interne reconnaît la notion de trouble à l'ordre public provoqué par une infraction. Cependant, on ne saurait l'estimer pertinent et suffisant que s'il repose sur des faits de nature à démontrer que l'élargissement du détenu troublerait l'ordre public. En outre, la détention ne demeure légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé ; sa continuation ne saurait servir à anticiper sur une peine privative de liberté (*I.A. c. France*, [arrêt du 23 septembre 1998, n° 28213/95], § 104) » (CEDH, arrêt du 31 mai 2005, *Dumont-Maliverg c. France*, n° 57547/00 et 68591/01, point 63). Dans cet arrêt, la Cour a considéré que ces conditions n'étaient pas remplies, les juridictions d'instruction s'étant « référées à l'ordre public de manière abstraite, sans préciser en quoi l'élargissement du requérant, en tant que tel, aurait eu pour effet de le troubler » (point 64). Il a déjà été signalé que, dans sa rédaction actuelle, l'article 144 du code de procédure pénale impose aux juges de recourir à une motivation concrète.

La Cour européenne des droits de l'homme juge aussi (voir, par exemple, CEDH, arrêt du 29 octobre 2009, *Paradysz c. France*, n° 17020/05) que, « même en présence de “motifs pertinents et suffisants” continuant à légitimer la privation de liberté, l'absence de “diligence particulière” apportée par les autorités nationales à la poursuite de la procédure peut entraîner une violation de l'article 5 § 3 de la Convention ». L'article 5, § 3, énonce l'obligation de respecter le délai raisonnable de la privation de liberté avant jugement, principe dont il n'est pas inutile de rappeler qu'il est également mentionné dans l'article préliminaire du code de procédure pénale, mais au regard cette fois du délai de la procédure dans son ensemble (article 6).

Ainsi, tout en retenant la pertinence des motifs qui ont fondé la détention, dont le trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public, la Cour a néanmoins plusieurs fois condamné la France pour défaut de diligence particulière de ses autorités (CEDH, arrêts du 8 octobre 2009, *Naudo c. France*, n° 35469/06 et *Maloum c. France*, n° 35471/06, dans une affaire, notamment, de vol avec arme en bande organisée, association de malfaiteurs et tentatives d'homicides volontaires sur agents de la force publique ; arrêt du 29 octobre 2009, *Paradysz c. France*, n° 17020/05, s'agissant ici de faits de viols en récidive sous la menace d'une arme ; arrêts du 26 janvier 2012, *Berasategi c. France*, n° 29095/09, *Soria Valderrama c. France*, n° 29101/09, *Sagarzazu c. France*, n° 29109/09, *Guimon Esparza c. France*, n° 29116/09 et *Esparza Luri c. France*, n° 29119/09, ces cinq requérants se voyant reprocher des actes de nature terroriste). En revanche, dans un arrêt du 18 octobre 2012 (CEDH, arrêt *Rossi c. France*, n° 60468/08), relatif à des faits de vols à main armée, et alors qu'une durée d'un peu plus de quatre ans avait séparé le placement en détention provisoire du requérant de l'arrêt par lequel la chambre de l'instruction avait ordonné sa remise en liberté, la Cour a estimé qu'aucun défaut de diligence dans la conduite de l'information ne pouvait être reproché aux autorités françaises. On relèvera, dans cette dernière affaire, que, si les juridictions d'instruction s'étaient constamment référées au trouble à l'ordre public, l'arrêt de la Cour s'attache aux autres motifs invoqués, qu'il qualifie de « raisons objectives [pouvant] justifier le maintien prolongé du requérant en détention provisoire » (point 83). On ne peut donc en déduire avec certitude que la réponse eût été la même si la nécessité de mettre fin à

un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public avait, au fil du temps, été le seul critère retenu par les juridictions d'instruction.

La chambre criminelle laisse généralement les juridictions estimer souverainement si, dans les limites fixées par la loi, la durée de la détention provisoire n'excède pas le délai raisonnable.

Toutefois, et faisant écho à la jurisprudence de la Cour européenne, aux termes de laquelle « il incombe aux États d'agencer leur système judiciaire de manière à permettre à leurs tribunaux de répondre aux exigences de l'article 5 » (voir notamment CEDH, arrêt du 23 avril 2007, *Cretello c. France*, n° 2078/04), la chambre criminelle a fait preuve de rigueur pour censurer, dans un domaine où, s'agissant d'actes de terrorisme, l'ordre public est pourtant spécialement en cause, le recours, par les juges, au caractère unique de la juridiction créée pour juger de tels faits et, par voie de conséquence, à son encombrement, pour prolonger, au-delà de dix-huit mois après la décision de mise en accusation devenue définitive, le délai de comparution d'un accusé renvoyé devant la cour d'assises compétente (Crim., 2 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.950, *Bull. crim.* 2009, n° 148).

Cet arrêt a été rendu au visa tant de l'article 5, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que de l'article 181, alinéa 9, du code de procédure pénale, qui autorise, à titre exceptionnel, la prolongation de la détention provisoire dans l'attente de la comparution devant la cour d'assises, à condition de justifier de raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire dans le délai prescrit par ce texte. Pour considérer que la chambre de l'instruction avait méconnu ces textes, la Cour de cassation a relevé que celle-ci « ne pouvait justifier la mesure de prolongation de la détention à titre exceptionnel par les difficultés récurrentes de fonctionnement de la juridiction appelée à statuer au fond » et qu'elle n'avait « pas recherché si les autorités compétentes avaient apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure ».

§ 3. Confiscation

Le droit pénal de la confiscation exprime à son tour l'idée selon laquelle certaines atteintes tant au droit de propriété qu'à la présomption d'innocence sont légitimées par la gravité de l'atteinte portée à l'ordre public. La confiscation peut être prononcée soit à titre de peine après condamnation (A), soit à titre conservatoire, au cours de l'enquête et de l'information (B).

A. Confiscation à titre de peine

La peine de confiscation est prévue à l'article 131-21 du code pénal qui a fait l'objet récemment de plusieurs réécritures afin d'en renforcer l'efficacité et d'en étendre le champ d'application, conformément notamment à la décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime.

En premier lieu, la confiscation peut porter sur tous les biens dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition et dont il est établi qu'ils sont en lien avec l'infraction, soit qu'ils ont servi à

commettre l'infraction ou étaient destinés à la commettre (alinéa 2), soit qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction (alinéa 3). Cette peine est prévue par le texte réprimant l'infraction poursuivie, mais est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an, à l'exception des délits de presse.

En deuxième lieu, la confiscation peut porter sur tous les biens appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine. Cette confiscation dite «étendue», prévue à l'alinéa 5 de l'article précité, repose sur la présomption simple que les biens précités ont une origine frauduleuse. Elle est encourue pour les crimes ou pour les délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect.

Enfin, en troisième lieu, lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation peut porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition. Cette confiscation, dite «générale», prévue à l'alinéa 6 de l'article 131-21, est réservée à la sanction des infractions les plus graves (notamment crimes contre l'humanité, terrorisme...) ou qui génèrent des profits importants (en particulier, trafic de stupéfiants, blanchiment, fausse monnaie, etc.).

Dans l'hypothèse de la confiscation générale ou étendue, il importe peu qu'aucun lien ne puisse être fait entre l'infraction commise et le bien confisqué.

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 131-21 du code pénal, le Conseil constitutionnel a validé la disposition contestée au regard du principe de nécessité des peines et a rejeté implicitement les griefs tirés de l'atteinte au droit de propriété (Cons. const., 26 novembre 2010, décision n° 2010-66 QPC, M. Thibaut G. [Confiscation de véhicules]). Selon le Conseil constitutionnel, eu égard aux conditions de gravité des infractions pour lesquelles elles sont applicables et aux biens qui peuvent en faire l'objet, les peines de confiscation ainsi instituées ne sont pas manifestement disproportionnées. En outre, si la peine de confiscation constitue une privation de la propriété, cette dernière n'est pas protégée par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui n'est pas applicable lorsque la privation est mise en œuvre à titre répressif.

B. Confiscation à titre conservatoire

Jusqu'à la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, les saisies pratiquées pendant l'enquête ou l'instruction pénale avaient essentiellement une fonction probatoire. Certes, en application de l'article 706-103 du code de procédure pénale, le juge des libertés et de la détention pouvait autoriser la prise de mesures conservatoires sur les biens des personnes suspectées ou mises en examen, mais ces mesures ne pouvaient être prises qu'en matière de criminalité organisée et selon les règles contraignantes des procédures civiles d'exécution. Afin d'assurer l'effectivité des peines de confiscation, la loi précitée a créé des saisies dites spéciales, codifiées aux articles 706-141 à 706-158 du code de procédure pénale, dont l'objet est

de permettre, dès le stade de l'enquête, la saisie, à titre conservatoire, des biens susceptibles d'être confisqués en application de l'article 131-21 du code pénal.

Le dispositif le plus important est prévu à l'article 706-148 du code de procédure pénale, qui introduit en droit français la saisie à titre conservatoire du patrimoine d'un suspect ou d'une personne mise en examen, c'est-à-dire d'une personne présumée innocente.

Selon cet article, lorsque l'enquête porte sur une infraction punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement, le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, ou le juge d'instruction, sur requête du procureur de la République ou d'office après avis du ministère public, peut ordonner la saisie des biens dont la confiscation est prévue en application des cinquième et sixième alinéas de l'article 131-21 du code pénal.

La loi encadre strictement cette procédure de saisie de patrimoine : d'une part, la saisie ne peut être ordonnée que par un juge (juge des libertés et de la détention au stade de l'enquête ou juge d'instruction), qui est compétent pour statuer sur son exécution ou sur les actes ayant pour conséquence de transformer, modifier substantiellement le bien en cause ou d'en réduire la valeur ; d'autre part, elle est notifiée à la personne concernée, au propriétaire du bien ainsi qu'aux tiers intéressés qui peuvent la déférer à la chambre de l'instruction ; enfin, les articles 41-4, 99, 479 et 543 du code de procédure pénale instituent des procédures de restitution des biens placés sous main de justice qui sont assorties de voies de recours, les droits des tiers étant préservés par la mise en œuvre des articles 41-5 et 99-2 du même code. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la conformité de l'article 706-148 du code de procédure pénale au principe de la présomption d'innocence et au droit de propriété, la chambre criminelle a jugé qu'il n'y avait pas lieu de transmettre celle-ci au Conseil constitutionnel, la question étant manifestement dépourvue de caractère sérieux en raison des garanties précitées (Crim., 5 février 2013, QPC n° 12-90.069 ; Crim., 24 avril 2013, QPC n° 12-87.473).

On observera que la saisie du patrimoine à titre conservatoire, ainsi que la peine de confiscation, s'étendent non seulement aux biens dont le suspect ou le mis en examen est propriétaire mais également à ceux dont il a la libre disposition. Cette extension de l'assiette de la saisie et de la confiscation résulte de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines, dont l'objet est d'appréhender les biens dont le suspect n'est pas juridiquement propriétaire mais dont il est le propriétaire économique réel. Faisant une interprétation stricte de la loi, la chambre criminelle excluait en effet qu'une mesure conservatoire, comme une inscription provisoire d'hypothèque, puisse être prise, en application de l'article 706-103 du code de procédure pénale, sur un immeuble appartenant à une société civile immobilière dont le mis en examen était le bénéficiaire économique (Crim., 26 mai 2010, pourvoi n° 10-81.163, *Bull. crim.* 2010, n° 94). À la suite de cet arrêt, la Cour de cassation avait suggéré dans son *Rapport annuel* (*Rapport* 2010, p. 44) 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 chambre criminelle a jugé que l'article 706-148 du code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi du 27 mars 2012 précitée, est d'application immédiate au sens

de l'article 112-2, 2°, du code pénal (Crim., 9 mai 2012, pourvoi n° 11-85.522, *Bull. crim.* 2012, n° 110). Elle en a déduit que doit être annulé, afin qu'il soit prononcé au vu des nouvelles règles de procédure de la loi précitée, l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, conformément aux dispositions antérieurement applicables de l'article 706-148 susvisé, avait infirmé la décision du juge d'instruction ordonnant la saisie de l'immeuble d'une société civile immobilière en retenant qu'il ne pouvait être procédé en l'espèce à une saisie dès lors que le mis en examen ne détenait aucune part dans la société civile immobilière et que cette société, propriétaire du bien, disposait d'un patrimoine propre. Dans les faits de l'espèce, le rapporteur soulignait que si le mis en examen ne possédait pas de parts dans les diverses sociétés civiles immobilières, il paraissait néanmoins être très impliqué dans la gestion de ces sociétés, dont il semblait, selon la procédure, être le seul animateur.

Dans un arrêt du 23 mai 2013, la chambre criminelle a précisé la notion de libre disposition dans l'hypothèse où le bien saisi par le juge d'instruction appartient à une société civile immobilière régulièrement immatriculée, mais dont 99,55 % des parts sont détenues de façon indivise par des associés susceptibles d'être mis en examen du chef de blanchiment (Crim., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-87.473, *Bull. crim.* 2013, n° 113).

Dans les faits de l'espèce, la chambre de l'instruction avait considéré que le prix de vente du bien immobilier, principal actif de cette société civile immobilière, ne pouvait être saisi par le juge d'instruction dès lors que cette société, qui jouissait de la personnalité morale, avait un patrimoine propre, distinct de celui des associés. La chambre de l'instruction en déduisait que les associés indivisaires n'avaient pas un droit de propriété sur la créance constituée par ledit prix.

Sur le pourvoi du procureur général qui reprochait à la juridiction d'appel de ne s'être prononcée qu'en application du critère de « la propriété du bien saisi » et d'avoir omis de rechercher si les associés indivisaires n'avaient pas la libre disposition du bien saisi, au sens des articles 131-21, alinéa 6, du code pénal et 706-148 du code de procédure pénale dans leur version postérieure à la loi 27 mars 2012, la chambre criminelle a cassé, sans renvoi, l'arrêt de la chambre de l'instruction en énonçant que « les héritiers indivisaires susceptibles d'être mis en examen du chef de blanchiment, qui détiennent 99,5 % des parts de la société civile immobilière, ont le pouvoir de décider de l'affectation de l'actif net social résultant de la vente de l'immeuble de cette société, de sorte qu'ils ont la libre disposition de cet élément d'actif, au sens des articles susvisés, dans leur rédaction, issue de la loi du 27 mars 2012 ».

La chambre criminelle a considéré qu'en raison de la fraction de capital social détenue, les droits sociaux dont jouissait l'indivision, placée en situation décisionnaire, lui donnaient au final la libre disposition des sommes résultant de l'activité de la société. Elle a ainsi, selon l'intention du législateur de 2012, écarté l'écran de la personnalité morale de la société afin d'appréhender les véritables personnes intéressées à l'affaire.

§ 4. Droit à la comparution devant le juge pénal et visioconférence

Les économies en temps et en moyens humains générées par l'usage de la visioconférence au cours de la procédure pénale sont considérables.

Mais c'est aussi parce qu'il peut contribuer à la protection des témoins, des experts et des accusés eux-mêmes que le procédé est prévu et recommandé par la résolution

du Conseil du 23 novembre 1995 relative à la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale, l'acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, ou encore le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 novembre 2001, instrument du Conseil de l'Europe.

Voilà sans doute pourquoi, depuis que la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne a créé au sein du code de procédure pénale un article 706-71, constituant à lui seul le titre XXIII du livre IV du code pénal « De l'utilisation de moyens de télécommunications au cours de la procédure », la visioconférence a connu une progression apparemment irrésistible, suivant l'expression du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (avis du 14 octobre 2011, § 5) : à huit reprises, la loi a étendu la possibilité de son usage.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est fixée : le recours à la vidéoconférence n'est pas en soi contraire aux principes de procès équitable et public garantis par l'article 6 de la Convention (CEDH, arrêt du 5 octobre 2006, *Marcello Viola c. Italie*, n° 45106/04 ; CEDH, arrêt du 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italie*, n° 35795/02 ; CEDH, gde chbre, arrêt du 2 novembre 2010, *Sakhnovski c. Russie*, n° 21272/03, § 98), dans la mesure où il répond aux objectifs légitimes que sont la défense de l'ordre public, la prévention du crime, la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sûreté des témoins et des victimes des infractions ainsi que le respect de l'exigence du délai raisonnable de durée des procédures judiciaires ; encore faut-il que le justiciable soit en mesure de suivre la procédure, d'être entendu sans obstacles techniques et de communiquer de manière effective et confidentielle avec son avocat.

La règle demeure cependant celle du droit de l'accusé, au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à comparaître physiquement devant ses juges. C'est le corollaire de l'oralité du procès pénal, dans toute sa dimension interactive, mais aussi de sa publicité.

En l'état, le code de procédure pénale ne prévoit donc pas l'usage de la visioconférence pour entendre le prévenu devant les juridictions correctionnelles, encore moins l'accusé devant la cour d'assises.

Depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dite « Perben II »), cet usage est en revanche possible en matière de détention provisoire, sauf en première instance, devant le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il s'agit du placement initial en détention d'une personne n'étant pas déjà détenue pour autre cause.

La loi ne se référait alors qu'aux nécessités de l'enquête ou de l'instruction, si bien que la chambre criminelle avait fini, après quelques tâtonnements, par estimer que la décision de la chambre de l'instruction ordonnant la comparution du détenu par ce moyen n'avait pas à être spécialement motivée (Crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-88.524 ; Crim., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-88.525), sans pour autant la qualifier de mesure d'administration judiciaire, espèce juridique menacée.

La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (dite « LOPPSI 2 ») a modifié l'état du droit. À

présent, aux audiences ayant pour objet le placement en détention provisoire ou sa prolongation, décisions les plus attentatoires à la liberté individuelle qu'on puisse imaginer, le droit est reconnu à l'intéressé de refuser l'usage de la visioconférence. À ce refus, précise la loi, il ne peut être passé outre qu'en raison des risques graves de trouble à l'ordre public ou d'évasion (article 706-71, alinéa 3).

La chambre criminelle a veillé au respect de cette disposition nouvelle en censurant, sur un moyen relevé d'office, la décision d'une chambre de l'instruction ayant refusé la comparution physique du détenu, l'ayant expressément réclamée, pour d'autres raisons que celles prévues par la loi (Crim., 11 octobre 2011, pourvoi n° 11-85.602, *Bull. crim.* 2011, n° 197 ; sur l'application de ces critères, voir C. Roth, « Visioconférence et contentieux de la détention provisoire : éléments de mode d'emploi », *D.* 2013, p. 124).

Voici donc le risque grave de trouble à l'ordre public, auquel l'évasion peut être assimilée, mobilisé pour permettre au juge de refuser l'extraction d'un détenu, ce qui porte atteinte à son droit de comparaître devant ses juges, corps présent : seule l'utilisation judicieuse des moyens de communication audiovisuelle permet d'atteindre ce point d'équilibre entre la protection de la société d'une part, les garanties procédurales offertes à l'accusé de l'autre.

§ 5. Lutte contre le terrorisme et le crime organisé

La lutte contre le crime organisé et le terrorisme a conduit de nombreuses nations, au premier rang desquelles les États-Unis d'Amérique, à adopter au cours de la dernière décennie des législations particulièrement attentatoires aux libertés publiques. Si le législateur français n'est pas allé aussi loin, la nécessité de lutter contre des formes particulièrement organisées, puissantes et agressives de délinquance justifie en la matière des atteintes aux libertés publiques exorbitantes du droit commun (B). Le trouble à l'ordre public est également un élément constitutif de l'infraction de terrorisme (A).

A. Trouble à l'ordre public et actes de terrorisme

Certaines infractions d'une particulière gravité portent, en raison de leur nature, un trouble indiscutable à l'ordre public. Il en va notamment ainsi des atteintes à la vie ou à l'intégrité des personnes, ou de destructions de biens collectifs ou privés d'une grande ampleur. Mais quel que soit leur degré de gravité, pour que ces infractions constituent des actes de terrorisme au sens des articles 421-1 à 421-2-3 du code pénal, encore faut-il que le trouble à l'ordre public en résultant soit non seulement grave, mais qu'il ait été « le but » même poursuivi par les auteurs de ces actions. C'est ce que précisent les articles 421-1 et 421-2, qui ajoutent que le trouble recherché, au-delà de l'émotion suscitée par ces infractions et leurs conséquences, est « l'intimidation ou la terreur » des populations.

La vérification, par les juridictions concernées, de la circonstance de terrorisme est essentielle puisqu'elle commande la compétence, exclusive lorsqu'elle n'est présente à aucun autre titre, du juge d'instruction et des formations de jugement de Paris, prévue par l'article 706-17 du code de procédure pénale (Crim., 5 juillet 1994, pourvoi n° 94-83.425, *Bull. crim.* 1994, n° 266 ; Crim., 15 novembre 2006, pourvoi n° 06-85.275, *Bull. crim.* 2006, n° 289). Mais, s'agissant d'éléments de fait, dès lors que la chambre de l'instruction a répondu aux articulations essentielles des mémoires des parties, ou que

la juridiction de jugement a fait de même s'agissant des conclusions déposées devant elle, et que, de manière générale, les juridictions ont prononcé par des motifs suffisants, la réalité du but poursuivi par les auteurs des infractions considérées de «troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur» échappe largement au contrôle de la Cour de cassation. Ainsi l'étude de la jurisprudence de la chambre criminelle ne révèle pas de cassation pour défaut de caractérisation de cet élément constitutif de l'infraction.

B. Trouble à l'ordre public et criminalité organisée

Au titre de la criminalité et de la délinquance organisées (titre XXV du livre IV du code de procédure pénale), l'article 706-73 du code de procédure pénale énumère des infractions parmi lesquelles figurent, notamment, les crimes et délits constituant des actes de terrorisme, évoqués ci-dessus, mais également certaines associations de malfaiteurs ou des crimes ou délits commis en bande organisée. L'article 706-74 prévoit que cette liste peut être étendue par la loi à d'autres infractions commises en bande organisée ou constituant des associations de malfaiteurs. Dès lors que les faits considérés entrent dans le champ d'application de l'un ou l'autre de ces articles, l'enquête, l'instruction ou le jugement qui les concernent répondent à des règles de procédure qui, sur des points très significatifs, dérogent au droit commun. La justification en est l'atteinte manifeste que ces infractions portent à l'ordre public et la nécessité d'une réponse efficace, à la mesure de cet enjeu qui, pour le législateur, impose une restriction aux droits et principes fondamentaux ordinairement garantis par la procédure pénale. Il n'y a pas lieu de décrire ici l'ensemble de ces dérogations. Deux d'entre elles méritent que l'on s'y attarde dans le cadre de cette étude, les perquisitions et la garde à vue.

Les articles 706-89 à 706-94 du code de procédure pénale énoncent les règles dérogatoires en matière de perquisition. L'importance attachée à la protection du domicile de chaque citoyen impose en principe que, sauf en cas d'impossibilité, les opérations soient faites «en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu» (article 57 du même code). S'agissant des infractions visées par l'article 706-73, dans le cas où la personne au domicile de laquelle doit avoir lieu la perquisition est en garde à vue, ou détenue en un autre lieu, et que son transport présente des «risques graves», notamment, de «troubles à l'ordre public», l'autorité judiciaire compétente peut donner un accord préalable aux officiers de police judiciaire pour qu'elle n'assiste pas à la perquisition. Sera substituée à sa présence celle de deux témoins requis ou du représentant qu'elle aura désigné. Cette disposition, issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dont la circulaire d'application donnait une interprétation restrictive, n'a pas fait l'objet, à ce jour, d'une application par la chambre criminelle.

La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 réformant les règles de la garde à vue a introduit, par un article 62-2 du code de procédure pénale, l'exigence de motifs pour qu'une personne puisse être placée sous ce régime. Si l'énumération de ces six critères est proche, par la rédaction du texte, de celle figurant à l'article 144 relatif à la détention provisoire, il est notable que, même en matière de criminalité organisée ou de crimes de terrorisme, la nécessité de mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par l'infraction n'a pas été retenue comme pouvant constituer en soi un motif de placement ou de maintien en garde à vue.

Dans sa rédaction antérieure à la loi du 14 avril 2011, l'article 706-88 du code de procédure pénale prévoyait que le droit ouvert à la personne gardée à vue de s'entretenir avec un avocat s'exerçait, contrairement au droit commun, non dès le début de la mesure, mais seulement à l'issue de la quarante-huitième heure en matière de criminalité organisée, et même à l'issue de la soixante-douzième heure dans le domaine des trafics de stupéfiants et celui des actes de terrorisme. Dans sa décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue (décision n° 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. e.a. [Garde à vue]), le Conseil constitutionnel avait estimé qu'il n'y avait pas lieu pour lui de revenir sur la déclaration de conformité à la Constitution de ces dispositions, prononcée le 2 mars 2004 (décision n° 2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité). Au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre criminelle a jugé, toutefois, que le report de l'entretien de la personne gardée à vue avec son avocat ne peut être systématique, même dans un domaine où la préservation de l'ordre public est un objectif indiscutable (Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.902, *Bull. crim.* 2010, n° 164; Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-85.051, *Bull. crim.* 2010, n° 165). Elle l'a fait en ces termes s'agissant du pourvoi n° 10-82.902 : « [...] sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat ».

C'est par une analyse proche, qui illustre le dialogue entre les juges, que, dans sa décision du 17 février 2012 (n° 2011-223 QPC, Ordre des avocats au Barreau de Bastia [Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat]), le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 706-88-2 du code de procédure pénale issu de la loi du 14 avril 2011 permettant, lorsque le crime ou délit poursuivi constitue un acte de terrorisme, de suspendre la liberté, pour la personne gardée à vue, de choisir son avocat, en considérant que ces dispositions « n'obligent pas à motiver la décision ni ne définissent les circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction et les raisons permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense ».

§ 6. Protection du secret des sources des journalistes

La loi du 29 juillet 1881 a pour nom « Sur la liberté de la presse ». Son article 1^{er} dispose que « l'imprimerie et la librairie sont libres ». L'expression très imagée adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « la presse est le chien de garde de la démocratie » est aujourd'hui consacrée. Pour la Cour européenne (voir notamment CEDH, arrêt du 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume Uni*, n° 17488/90), « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse [...] ». Toute atteinte portée à cette protection ne peut se concilier avec l'article 10 de la Convention « que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public » (point 39).

C'est cette même expression que le législateur a insérée dans l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, par la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes. Ce texte énonce qu'« il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt

public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi».

Les acteurs publics susceptibles de porter atteinte au secret des sources sont donc tenus de suivre un raisonnement en deux temps :

- préalablement à la vérification de la nécessité et de la proportionnalité des mesures qu'ils envisagent, il leur appartient de mettre en évidence la réalité de l'impératif prépondérant d'intérêt public qui pourrait les justifier. La loi n'établit pas une liste des situations pouvant constituer un tel impératif et n'en donne pas de définition. Par conséquent, il entre dans l'office du juge d'en tracer les contours, sachant que si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue une référence, elle n'épuise pas la diversité des situations rencontrées ;

La jurisprudence, à ce jour très limitée, de la chambre criminelle intervenue pour l'application de la loi du 4 janvier 2010 précitée ne permet pas de dire si la notion d'intérêt public, reprise par le législateur français des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, coïncide exactement avec celle d'ordre public, spécifique au droit interne, ou, dans le cas contraire, dans quelle mesure elle s'en distingue ;

Dans un arrêt du 6 décembre 2011 (pourvoi n° 11-83.970, *Bull. crim.* 2011, n° 248), la chambre criminelle a examiné les motifs par lesquels une chambre de l'instruction avait annulé les réquisitions délivrées par un procureur de la République aux fins d'identifier les correspondants de journalistes ayant publié un article rendant compte d'une procédure judiciaire en cours et, notamment, du déroulement d'une perquisition, et ce à la suite de la plainte déposée, pour violation du secret professionnel et du secret de l'enquête ou de l'instruction, par la personne au domicile de laquelle avait été pratiquée cette opération et qui n'était pas elle-même soupçonnée d'avoir commis une infraction. Par l'arrêt attaqué, la chambre de l'instruction avait admis que la recherche de l'auteur d'une violation du secret professionnel dans le cadre d'une enquête pénale pourrait constituer un but légitime de nature à justifier une atteinte, dans certains cas exceptionnels, au droit éminent d'un journaliste à la protection de ses sources. Mais les juges avaient écarté, en l'espèce, la réalité d'un impératif prépondérant d'intérêt public, en retenant, notamment, que les réquisitions litigieuses avaient été délivrées sur la seule dénonciation d'une possible violation du secret professionnel relative à une perquisition menée au domicile d'une personne susceptible, dans la procédure en cause, d'avoir la qualité de victime d'un abus de faiblesse ;

En rejetant le pourvoi formé contre cet arrêt, la chambre criminelle a relevé qu'il résultait des motifs de cette décision « que l'atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public [...] » ;

En revanche, dans le second arrêt rendu en application de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 modifiée (Crim., 14 mai 2013, pourvoi n° 11-86.626, *Bull. crim.* 2013, n° 106), la chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction ayant annulé des réquisitions de même nature sans s'expliquer de manière convaincante sur l'absence d'un impératif prépondérant d'intérêt public, alors que la violation du secret de l'instruction reprochée par la plaignante avait eu pour effet de porter atteinte à sa présomption d'innocence. En l'espèce, des articles de presse désignant nommément la personne concernée avaient fait état d'éléments de l'enquête dont elle faisait l'objet, parmi lesquels son placement en garde à vue ;

À l'instar de la protection de la liberté d'expression, dont la liberté de la presse est l'un des aspects, la protection de la présomption d'innocence de la personne suspectée ou poursuivie est une valeur essentielle dans une société démocratique. Pour la chambre criminelle, ce n'est pas la recherche des auteurs d'une violation du secret de l'instruction qui constituerait en toutes circonstances, malgré la gravité intrinsèque de cette infraction, un impératif prépondérant d'intérêt public. Mais, dans la conciliation qui doit être opérée entre ces deux aspects de la préservation de l'ordre public que sont, d'une part, la protection des sources des journalistes, d'autre part, celle des citoyens contre de possibles atteintes portées à la présomption d'innocence que leur garantit la loi lorsqu'elles sont imputables à des représentants de l'autorité publique, la Cour de cassation a considéré que la seconde pouvait prévaloir ;

– c'est une fois ce principe posé qu'il appartiendra à la chambre de l'instruction de renvoi de vérifier, en fonction des éléments de l'espèce, si les mesures susceptibles de porter atteinte au secret des sources sont nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi.

Chapitre 2 – Ordre public comme limite à la reconnaissance d'un droit

Dans certaines situations, le sujet de droit ne dispose pas de la liberté d'en disposer. Un droit ne lui est pas nécessairement conféré dans son seul intérêt et il n'en bénéficie que dans les limites d'un intérêt général supérieur. Des nécessités d'ordre public peuvent ainsi conduire à limiter la possibilité de reconnaissance ou de renoncement à des droits, qu'ils relèvent du droit international privé (section 1) ou du droit interne (section 2).

Section 1 – Droit international privé

La protection à la fois du sujet de droit et de l'intérêt général implique, au nom des règles de protection d'ordre public, d'une part, l'impossibilité de renoncer à l'application des lois de police (§ 1) et, d'autre part, l'impossibilité de se prévaloir de décisions ou de situations étrangères contraires à la conception française de l'ordre public (§ 2).

§ 1. Impossibilité de renoncer à l'application des lois de police

La loi de police s'intègre dans une politique publique à laquelle il convient de donner toute son efficacité. Elle relève ainsi d'un ordre public supérieur et doit protéger les sujets de droit qui en relèvent, y compris malgré eux. Des illustrations de l'application de ces lois de police peuvent être trouvées notamment en matière de commerce international (A) ainsi qu'en matière de droit d'auteur (B).

A. Loi de police et commerce international

L'exception d'ordre public permet d'évincer la loi normalement applicable désignée par la règle de conflit, il s'agit d'un correctif (1^{re} Civ., 15 juillet 1963, *Bull.* 1963, I, n° 392 ; 1^{re} Civ., 30 mai 1967, *Bull.* 1967, I, n° 189 ; *RCDIP* 1967, p. 728, note P. Bourel)

qui joue essentiellement dans le domaine des droits de la personne et des droits fondamentaux (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162).

La loi de police est une exception, au profit de la loi française, à la loi étrangère qui serait normalement applicable si l'on avait mis en œuvre la règle de conflit (Com., 14 janvier 2004, pourvoi n° 00-17.978, *Bull.* 2004, IV, n° 9; voir Y. Loussouarn, P. Bourrel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e éd., 2013, n° 173). On peut parler en ce sens de loi d'application immédiate (Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP* 1966, p. 1) ainsi qu'on peut en trouver un exemple avec les dispositions en matière de crédit à la consommation, quelle que soit par ailleurs la loi régissant le contrat de prêt (1^{re} Civ., 23 mai 2006, pourvoi n° 03-15.637, *Bull.* 2006, I, n° 258). Le mécanisme des lois de police rencontre une importance plus particulière dans les relations contractuelles (P. Mayer, « Les lois de police », in *Droit international privé. Travaux du comité français de droit international privé. Journée du cinquantenaire*, CNRS, 1988, p. 105).

Le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) définit la loi de police comme la « disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement » (article 9, § 1). La Cour (Com., 27 avril 2011, pourvoi n° 09-13.524, *Bull.* 2011, IV, n° 60) a ainsi retenu « qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de l'opération [cession de créance consentie au banquier par le fabricant en garantie du crédit] avec la France au regard de l'objectif poursuivi par le législateur de protection des sous-traitants poursuivis par le texte précité [article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975], la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Dans la mesure où l'on peut dire que la loi de police est applicable en raison des politiques publiques poursuivies auxquelles il convient de donner toute leur efficacité (par exemple l'importance économique de la loi relative à la sous-traitance du 31 décembre 1975, qui a pour objectif d'éviter les faillites en cascade des sous-traitants, Ch. mixte, 30 novembre 2007, pourvoi n° 06-14.006, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 12), l'ordre public intervient ici comme un ordre public de rattachement et non sous la forme d'une exception (P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207).

En comparaison des lois de police qui sont des règles internes dont le domaine déborde sur les relations internationales, les règles matérielles sont des règles applicables aux relations internationales qui sont destinées à apporter directement une solution (B. Goldman, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », in *Droit international privé. Travaux du comité français de droit international privé* 1966-1969, Dalloz, 1970, p. 119). Le commerce international, arbitrage international et contrats internationaux (Civ., 21 juin 1950, B. Acél, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 22), est la terre d'élection de ces règles.

La jurisprudence s'est manifestée pour écarter des règles internes, même d'ordre public, inadaptées aux relations internationales ou pour offrir une solution pertinente

dans ce contexte (B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », in *Droit international privé. Travaux du comité français de droit international privé. Journée du cinquantenaire*, CNRS, 1988, p. 121). Les règles matérielles réduisent d'autant le rôle de l'ordre public sur lequel la jurisprudence du début du dernier siècle s'était appuyée pour nier à l'interdiction des clauses compromissaires le caractère d'une loi d'ordre public et pour autoriser l'application d'une loi étrangère (Civ., 19 février 1930, S. 1933, p. 41, note J.-P. Niboyet).

L'interdiction des clauses compromissaires pour les causes civiles, codifiée en 1972 dans le code civil à l'article 2061, a ainsi été écartée en matière d'arbitrage international où la jurisprudence a posé le principe inverse de la validité de ces clauses (1^{re} Civ., 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-21.430, *Bull.* 1999, I, n° 2 ; *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard), sans qu'il soit besoin de se référer à une loi nationale (1^{re} Civ., 20 décembre 1993, pourvoi n° 91-16.828, *Bull.* 1993, I, n° 372 ; *JDI* 1994, p. 432, note E. Gaillard). Ce dernier arrêt apporte à la règle matérielle de validité une limite tenant aux règles impératives du droit français et à l'ordre public international. L'ordre public n'intervient pas alors comme une exception pour faire échec à la loi étrangère, mais pour interdire toute convention contraire au sens de l'article 6 du code civil.

L'autonomie de rattachement de la clause d'arbitrage est complétée par une autonomie fonctionnelle de cette clause qui n'est pas affectée par les vices du contrat de base dans lequel elle est insérée. L'intérêt de cette règle de séparabilité est de rendre plus efficace la justice arbitrale en permettant à l'arbitre de rester compétent pour statuer sur les éventuelles causes de nullité du contrat principal (1^{re} Civ., 7 mai 1963, *Bull.* 1963, I, n° 246 ; *RCDIP* 1963, p. 615, note H. Motulsky ; *JCP* 1963, II, 13405, note B. Goldman ; *JDI* 1964, p. 82 (1^{re} espèce), note J.-D. Bredin ; *D.* 1963, p. 545, note J. Robert). À l'interdiction pour les personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage proclamée à l'article 2060 du code civil, la jurisprudence a substitué une règle selon laquelle, dans le commerce international, les clauses passées par ces personnes étaient valables (1^{re} Civ., 2 mai 1966, *Bull.* 1966, I, n° 256, *RCDIP* 1967, p. 553, note B. Goldman, *JDI* 1966, p. 648, note P. Level, *D.* 1966, p. 575, note J. Robert ; 1^{re} Civ., 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-10.198, *Bull.* 2011, I, n° 15). Plusieurs principes subordonnés au principe de la validité de la clause d'arbitrage international ont enfin été dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation au moyen de règles matérielles pour l'extension et la circulation de la clause d'arbitrage (voir E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, 2008).

Même si elles procurent des solutions pour le commerce international, ces règles matérielles sont des règles d'origine nationale qui ont leur source dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce sont des règles françaises. L'application de ces règles matérielles dépend devant le juge français de l'internationalité de l'arbitrage (1^{re} Civ., 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-10.198, préc.), sans aucune recherche de la loi applicable. Du point de vue du juge français, leur application n'exige donc en rien que le droit français ait été préalablement désigné par la règle de conflit.

Si l'on quitte le terrain des conflits de lois pour celui des conflits de juridictions, la question devient celle du refus d'accueillir le jugement étranger ou la sentence qui aurait mal ou pas appliqué une loi de police faisant partie de l'ordre public international. La Cour de justice expose ainsi le problème : « Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation

manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique» (point 30), avec la précision qu'«une erreur éventuelle de droit [...] ne constitu[e] pas une violation manifeste d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis» (point 34) (CJCE, arrêt du 11 mai 2000, Renault, C-38/98). L'autorité de la chose jugée et la prohibition de la révision au fond deviennent donc des considérations concurrentes de celles de la correcte application de la loi de police par l'arbitre (1^{re} Civ., 4 juin 2008, pourvoi n° 06-15.320, *Bull.* 2008, I, n° 162 ; voir P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207).

B. Loi de police et droit d'auteur

Lorsqu'un litige présente un élément d'internationalité, il appartient au juge français de mettre en œuvre la règle de conflit afin de déterminer la loi applicable. Il en va notamment ainsi en matière de propriété littéraire et artistique, comme l'a récemment rappelé la première chambre civile de la Cour de cassation (1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 09-68.067, *Bull.* 2012, I, n° 61).

Il se peut toutefois que le juge décide, sans même avoir recours à la règle de conflit, de faire directement application de la loi française, lorsque l'observation de celle-ci lui paraît « nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique » (*Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, publié sous la direction de G. Cornu, PUF, 8^e éd., 2007, V^o Loi, II Lois de police et de sûreté, b) (sens extensif)), et culturelle, serait-on tenté d'ajouter. Ces règles d'application immédiate sont qualifiées de lois de police.

On en trouve un exemple extrêmement topique dans la jurisprudence en matière de droit d'auteur.

En ce domaine, la Cour de cassation s'est prononcée sur la loi applicable dans un arrêt dit « Le Chant du Monde » ou « Rideau de fer » du 22 décembre 1959 (1^{re} Civ., 22 décembre 1959, *RCDIP* 1960, p. 361, note Terré) en ces termes : « la cour d'appel qui énonce que les compositeurs ci-dessus nommés ainsi que la Société "Le Chant du Monde", leur cessionnaire, puisaient dans la législation de l'Union soviétique, pays d'origine des œuvres litigieuses, un droit privatif sur celles-ci, a décidé, à juste raison, que la protection civile contre les atteintes portées en France au droit dont ils avaient la jouissance devait être exercée par application de la loi française, qui ne distingue pas suivant le lieu de première publication ou représentation de l'œuvre, et spécialement de l'article 3 de la loi des 19-24 juillet 1793 ».

Elle a ainsi opéré une distinction entre la jouissance – ou l'existence – du droit d'auteur, soumise à la loi du pays d'origine ou *lex loci originis*, et son exercice, soumis quant à lui à la loi du pays pour lequel la protection est demandée ou *lex loci protectionis*.

Cette approche mixte conduit notamment à faire application de la loi du pays d'origine à la détermination du titulaire initial des droits et a été approuvée par un grand nombre d'auteurs, le recours à la loi du pays où la protection est demandée présentant l'inconvénient de permettre la désignation, pour une même œuvre, de titulaires initiaux différents.

Si cette règle de conflit n'a pas, jusqu'à présent, été remise en cause en son principe, elle a subi une inflexion importante à la suite d'un arrêt rendu le 28 mai 1991 par la première chambre civile de la Cour de cassation (1^{re} Civ., 28 mai 1991, pourvoi n° 89-19.725, *Bull.* 1991, I, n° 172). Il s'agissait, dans cette affaire, de savoir si les héritiers d'un réalisateur américain pouvaient, sur le fondement du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre de ce dernier, s'opposer à la diffusion, en France, d'une version colorisée de l'un de ses films, tourné en noir et blanc. La chaîne de télévision française et le producteur américain soutenaient que ces derniers n'étaient titulaires d'aucun droit, ni patrimonial, ni moral, la loi des États-Unis désignant le producteur cinématographique comme « l'auteur » de l'œuvre audiovisuelle en cause. Mais la Cour de cassation a jugé, au visa de l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi n° 64-689 du 8 juillet 1964 sur l'application du principe de réciprocité en matière de protection du droit d'auteur et de l'article 6 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, que « selon le premier de ces textes, [...] en France, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'État sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois; que la personne qui en est l'auteur du seul fait de sa création est investie du droit moral institué à son bénéfice par le second des textes susvisés; que ces règles sont des lois d'application impérative ». Ainsi, après avoir qualifié les textes accordant aux auteurs des prérogatives de droit moral de « lois d'application impérative » – autrement dit, de lois de police, même si certains auteurs y voient plutôt une exception d'ordre public international (voir, sur ce point, A. et H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 4^e éd., 2012, n° 1384; J. Ginsburgh et P. Sirinelli, « Auteur, création et adaptation en droit international privé et en droit interne français, réflexions à partir de l'affaire Huston », *RIDA* avril 1991, p. 9) –, elle a fait une application directe de la loi française sans mettre en œuvre la règle de conflit.

Si la Cour de cassation n'a pas eu depuis l'occasion de se prononcer à nouveau sur cette question, il faut cependant relever qu'elle a, à plusieurs reprises, dans des litiges purement internes, réaffirmé le caractère d'ordre public du principe de l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre (Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 99-44.224, *Bull.* 2002, V, n° 245; 1^{re} Civ., 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-20.014, *Bull.* 2003, I, n° 28; 1^{re} Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-10.194).

On peut toutefois s'interroger sur l'avenir de cette jurisprudence, dès lors que l'approche mixte du droit d'auteur retenue par l'arrêt « Le Chant du Monde » précité semble peu à peu perdre du terrain.

En effet, par deux arrêts récents, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est tournée, en droit conventionnel puis en matière de droits voisins, vers une conception unitaire des droits relatifs à la création littéraire et artistique :

– elle a tout d'abord été amenée à trancher, en matière de droits d'auteur, la question de la portée de la règle de conflit édictée par l'article 5, § 2, de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, aux termes duquel « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays

où la protection est réclamée». Tandis qu'une partie de la doctrine y voyait une règle générale, trouvant à s'appliquer non seulement à l'étendue de la protection, mais également aux conditions de cette protection, nombre d'auteurs estimaient au contraire que les questions relatives à l'existence des droits, et notamment celle de la titularité initiale, n'entraient pas dans le champ de la Convention et relevaient, dès lors, des règles du droit international privé de droit commun. La Cour de cassation a tranché en faveur de la première approche en décidant que «la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée» (1^{re} Civ., 10 avril 2013, pourvoi n° 11-12.508, *Bull.* 2013, I, n° 68);

– elle a ensuite été saisie de la question de la loi applicable à la détermination du titulaire initial des droits voisins et, dans le prolongement d'un précédent arrêt (1^{re} Civ., 9 décembre 2003, pourvoi n° 01-10.264, *Bull.* 2003, I, n° 248) qui, déjà, avait fait application de la loi française en tant que loi du pays de protection, a énoncé que «la règle de conflit de lois applicable à la détermination du titulaire initial des droits d'artiste interprète désigne la loi du pays où la protection est réclamée» (1^{re} Civ., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-18.032, *Bull.* 2013, I, n° 128).

Ainsi, il est désormais acquis qu'en pareilles hypothèses, la règle de conflit désigne la loi du pays où la protection est demandée, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le litige porte sur l'existence ou l'exercice des droits en cause.

Cette évolution jurisprudentielle, aujourd'hui cantonnée, en matière de droit d'auteur, au droit conventionnel, pourrait trouver un écho en droit international privé de droit commun et conduire au complet abandon de la conception mixte consacrée par l'arrêt «Le Chant du Monde».

§ 2. Impossibilité de se prévaloir de décisions étrangères contraires à l'ordre public

Aux termes de l'article 509 du code de procédure civile : «Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi.»

En matière d'état et de capacité des personnes, la jurisprudence admet depuis longtemps la possibilité d'une efficacité de plein droit des décisions étrangères (Civ., 28 février 1860, *D.P.* 1860, I, p. 57; Civ., 22 janvier 1951, *Bull.* 1951, I, n° 21; 1^{re} Civ., 5 mai 1962, *Bull.* 1962, I, n° 222). Ainsi, la décision allemande qui déclare un ressortissant allemand père d'un enfant a «autorité de plein droit en France indépendamment de l'exequatur, sauf s'il y a lieu de procéder à une mesure d'exécution» (1^{re} Civ., 10 janvier 1990, pourvoi n° 88-13.873, *Bull.* 1990, I, n° 4).

Dès lors, la procédure d'*exequatur* est limitée aux hypothèses où «les jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens, ou de coercition sur les personnes» (Req., 3 mars 1930, *S.* 1930, I, p. 377, note M.-L. Niboyet, voir également, plus récemment, CE, 24 novembre 2006, n° 275527, publié au *Recueil Lebon*).

Suivant l'appartenance ou non du pays émetteur de la décision à l'Union européenne, l'examen de la régularité internationale est organisé soit par le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance

et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit « Bruxelles II bis »), soit par le droit international privé commun. En l'absence de convention internationale, les points soumis au contrôle du juge sont, depuis un arrêt du 20 février 2007 (1^{re} Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 05-14.082, *Bull.* 2007, I, n° 68), limités à trois : la compétence indirecte du tribunal étranger, l'absence de fraude à la loi et la conformité à l'ordre public international (voir également, très récemment, 1^{re} Civ., 30 janvier 2013, *Gazprombank*, pourvoi n° 11-10.588, *Bull.* 2013, I, n° 9).

Actuellement, le contrôle de l'ordre public est devenu prépondérant en matière d'*exequatur*. Le juge français doit s'assurer que la décision étrangère ne heurte pas les valeurs fondamentales du droit français. Ce contrôle conduit les juges à « faire le tri, au sein du droit national, entre les règles fondamentales, qui peuvent être opposées aux décisions étrangères, et les règles jugées moins essentielles, que l'on peut écarter à la faveur de situations valablement établies à l'étranger » (F. Chénéde, « Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels », *JCP* éd. G n° 29, 16 juillet 2012, 857) (A).

Mais il doit aussi être tenu compte en droit international privé du contexte globalement favorable à la reconnaissance des situations familiales, sous la pression du droit au respect de la vie privée et familiale et du droit à la libre circulation (B).

Aussi, les refus de reconnaissance de situations créées à l'étranger deviennent exceptionnels et méritent une attention particulière (voir A. Dionisi-Peyrusse, « L'adoption, le mariage et l'altérité sexuelle : du droit international privé au droit interne (à propos des arrêts de la Cour de cassation du 7 juin 2012) », *RJPF* n° 9, septembre 2012, p. 8) (C).

A. Ordre public et refus de reconnaissance de situations régulièrement acquises à l'étranger

Par cinq arrêts rendus le 17 février 2004, la Cour de cassation a refusé de donner effet en France aux répudiations algériennes et marocaines, parce qu'elles méconnaissent le principe d'égalité des époux qui est une exigence de l'ordre public international, dès lors du moins que la femme est domiciliée en France, ce qui a manifesté le recours à l'ordre public de proximité.

Ainsi, par deux arrêts relatifs aux répudiations algériennes (1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 01-11.549, *Bull.* 2004, I, n° 47 et pourvoi n° 02.11-618, *Bull.* 2004, I, n° 48), la Cour de cassation a jugé qu'une décision constatant « une répudiation unilatérale du mari, sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, [est] contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n° VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1^{er} d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964 », dès lors que les époux (pourvoi n° 01-11.549), ou du moins l'épouse (pourvoi n° 02-11.618), sont domiciliés en France (voir aussi 1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 02-17.479, *Bull.* 2004, I, n° 46; pourvoi n° 02-15.766, *Bull.* 2004, I, n° 49; pourvoi n° 02-10.755, *Bull.* 2004, I, n° 50, ces deux dernières décisions étant relatives aux répudiations marocaines).

Cette jurisprudence a été réaffirmée expressément s'agissant des décisions marocaines, par un arrêt rendu le 25 octobre 2005 (1^{re} Civ., 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-20.845, *Bull.* 2005, I, n° 379). La problématique présentait une difficulté particulière dès lors que si, comme la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 (article 16 d), celle du 10 août 1981 contient une réserve d'ordre public (article 4), elle stipule également que « les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi nationale, dressés et homologués par un juge au Maroc, produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger » (article 13, alinéa 1).

Ces décisions réitérées (notamment 1^{re} Civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 05-15.707, *Bull.* 2006, I, n° 223 ; 1^{re} Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-20.507, *Bull.* 2006, I, n° 406 ; 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-19.577, *Bull.* 2007, I, n° 280 et, récemment, 1^{re} Civ., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-25.015), qui ont pour effet de s'opposer à toute décision de rupture du lien matrimonial imposée à l'épouse par l'époux alors qu'ils sont installés habituellement en France, conduisent à considérer que l'ordre public atténué ne peut plus être utilement invoqué (pour mémoire : 1^{re} Civ., 3 novembre 1983, pourvoi n° 81-15.745, *Bull.* 1983, I, n° 251, dont il résulte que n'est pas légalement justifié l'arrêt qui, pour refuser de reconnaître les effets, en France, de la répudiation, intervenue au Maroc, par un marocain musulman, de sa femme, de même nationalité et de même statut personnel, relève que celle-ci n'avait pas été appelée à y défendre ses droits et estime que le caractère révocable de cette répudiation heurte un ordre juridique exigeant la pleine égalité des époux. En effet, l'ordre public n'intervenait en la cause qu'avec son effet atténué, et, selon les constatations mêmes de la cour d'appel, le statut personnel des deux époux faisait de la répudiation un mode de dissolution du mariage laissé à la discrétion du mari, mais tempéré par les garanties pécuniaires qu'il assure à la femme, et le caractère révocable de cette répudiation n'accroissait en rien les prérogatives du mari puisqu'il ménage une période de transition qui peut favoriser le rapprochement des deux époux).

Ainsi le caractère « loyal » ou contradictoire de la procédure ne suffit pas à rendre la décision conforme au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage (1^{re} Civ., 17 février 2004, préc. ; 1^{re} Civ., 10 mai 2006, pourvoi n° 05-15.707, *Bull.* 2006, I, n° 223, préc. et pourvoi n° 04-19.444, *Bull.* 2006, I, n° 225 ; 1^{re} Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-20.507, *Bull.* 2006, I, n° 406 et pourvoi n° 04-16.534, *Bull.* 2006, I, n° 407 préc., arrêts marquant une rupture avec ceux rendus le 3 juillet 2001, pourvoi n° 00-11.968, *Bull.* 2001, I, n° 199 et le 3 janvier 2006, pourvoi n° 04-15.231, *Bull.* 2006, I, n° 2).

La Cour européenne des droits de l'homme a pris acte de la position adoptée en 2004 en radiant une requête dirigée contre la France en raison de sa conformité avec les droits garantis par la Convention (arrêt du 8 novembre 2005, DD. c. France, n° 3/02 ; *Procédures* n° 5, mai 2005, comm. 105 par C. Nourissat). Le principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage légitime l'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale et de la vie privée.

Cette jurisprudence a également été appliquée à une procédure de divorce engagée au Liban. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui, ayant relevé que cette procédure était une répudiation unilatérale, et que l'épouse, qui résidait en France, n'avait eu qu'un délai de quinze jours entre la requête et la première audience, en avait déduit

que la décision à intervenir heurtant les principes d'égalité entre époux et de respect des droits de la défense, elle ne pouvait être reconnue en France, de sorte que l'exception de litispendance internationale ne pouvait qu'être écartée (1^{re} Civ., 23 février 2011, pourvoi n° 10-14.101, *Bull.* 2011, I, n° 33).

Suite à l'entrée en vigueur du code marocain de la famille le 5 février 2004 et du code de la famille algérien le 27 février 2005, la question s'est à nouveau posée de la régularité du divorce prononcé à l'initiative de l'un des époux.

Par un arrêt du 4 novembre 2009 (pourvoi n° 08-20.574, *Bull.* 2009, I, n° 217), la première chambre civile a jugé que « la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale par le mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage énoncé par l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° VII, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international ». Fait une exacte application de ce texte l'arrêt qui, pour déclarer recevable la requête en divorce présentée au juge français et décider que le jugement marocain ne pouvait être reconnu en France retient d'abord que le divorce des époux est le « divorce sous contrôle judiciaire » régi par les articles 78 à 93 du code marocain de la famille, publié par décret du 3 février 2004 ; puis que le mari peut obtenir le divorce sans que l'épouse puisse s'opposer à la demande, l'intervention du juge, au regard des articles 83 et 84 du code précité, étant limitée aux conséquences de la séparation lorsque la tentative de conciliation a échoué ; encore que l'épouse ne peut saisir le tribunal d'une demande similaire que si elle y a été autorisée par le mari ; enfin que les deux époux vivent sur le territoire français.

L'époux avait formé un pourvoi en cassation, reprochant notamment aux juges du fond d'avoir condamné le contenu général et abstrait de la loi marocaine sans apprécier *in concreto* les conséquences de son application en l'espèce.

L'arrêt rendu reprend exactement les termes de l'attendu de principe des arrêts précités rendus en 2004.

Cette jurisprudence a fait l'objet de critiques de la doctrine (K. Zaher, « Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. À propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009 », *RCDIP* 2010, p. 313). Pour le professeur Gwendoline Lardeux (*D.* 2010, p. 543), cet arrêt méconnaît l'apport de la réforme du droit marocain de la famille, à savoir la bilatéralisation de la répudiation au profit de l'épouse, de sorte qu'il est désormais inexact de parler du caractère « exclusivement marital » de la répudiation. Cependant, il résulte des explications données sur le divorce sous contrôle judiciaire que si ce mode de dissolution est ouvert au mari comme à la femme, les conditions d'ouverture ne sont pas symétriques.

Ainsi, par un nouvel arrêt (1^{re} Civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-19.750), la Cour de cassation a souligné que le divorce sous contrôle judiciaire du droit marocain est contraire à l'ordre public international « spécialement lorsque les deux époux sont domiciliés en France » :

« Attendu que la décision d'une juridiction étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme

et privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial, est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international, spécialement lorsque les deux époux sont domiciliés en France;

Attendu que, pour dire que la décision marocaine, conforme à l'ordre public international, produirait tous ses effets en France et annuler l'ordonnance de non-conciliation, l'arrêt retient d'abord que la décision respecte le principe d'égalité des époux, quand bien même seul le mari peut, sauf droit d'option consenti à l'épouse, recourir au divorce sous contrôle judiciaire, dès lors que le nouveau code de la famille marocain prévoit des cas de dissolution du lien conjugal à la demande de la femme, ensuite, que le juge marocain a fixé des compensations financières au profit de l'épouse qui ne sont pas ridicules;

Qu'en statuant ainsi alors que le divorce des époux, domiciliés sur le territoire français, était le "divorce sous contrôle judiciaire" régi par les articles 81 à 86 du code marocain de la famille, publié par décret du 3 février 2004, divorce que le mari peut obtenir sans que l'épouse ne puisse s'opposer à la demande, l'intervention du juge étant limitée aux conséquences de la séparation lorsque la tentative de conciliation a échoué, la cour d'appel a violé le principe précité d'égalité des époux dans la dissolution du mariage.»

En revanche, la première chambre civile de la Cour de cassation admet la reconnaissance des jugements marocains de divorce pour discorde qui peut être demandé aussi bien par l'époux que par l'épouse (1^{re} Civ., 23 février 2011, pourvoi n° 10-14.760, *Bull.* 2011, I, n° 34 : « Mais attendu qu'ayant relevé, d'une part, que les deux époux ayant la nationalité marocaine, le mari pouvait saisir la juridiction marocaine d'une demande en divorce en application de l'article 11 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, d'autre part, que le divorce prononcé au Maroc était un divorce pour discorde en application de l'article 97 du code de la famille marocain, les époux vivant séparés depuis trois ans, ainsi que l'avocat de Mme Y... l'avait lui-même indiqué au tribunal, la cour d'appel a pu en déduire que, même si M. Y... s'est opposé à la procédure de contribution aux charges du mariage, le jugement du tribunal d'Agadir n'avait pas été obtenu par fraude, M. Y... ayant pu légitimement souhaiter divorcer devant les juridictions marocaines, de sorte que cette décision qui ne constatait pas une répudiation unilatérale pouvait être transcrite sur les registres d'état civil »).

Par un arrêt du 23 octobre 2013 (pourvoi n° 12-25.802, *Bull.* 2013, I, n° 205), la première chambre civile de la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence relative au « divorce sous contrôle judiciaire » marocain dès lors que cette décision, concernant des époux domiciliés en France, aboutit concrètement à consacrer un déséquilibre des droits entre les époux au détriment de la femme, en ce que cette dernière ne peut engager cette procédure de dissolution du mariage qu'avec l'accord de son époux, tandis que celui-ci peut agir unilatéralement.

L'arrêt réitère la solution adoptée le 25 octobre 2005 (pourvoi n° 03-20.845, *Bull.* 2005, I, n° 379, préc.).

S'agissant du droit algérien, par un autre arrêt rendu le même jour (23 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.344, *Bull.* 2013, I, n° 204), la première chambre souligne également

que la contrariété à l'ordre public international français est désormais centrée exclusivement sur le déséquilibre des droits entre époux, par l'abandon de toute autre référence.

Procédant à une double cassation, elle a saisi l'occasion de préciser ce qui devait être recherché dans la décision étrangère en jugeant qu'une décision algérienne constatant la répudiation unilatérale et discrétionnaire par la seule volonté du mari, pour des motifs que ce dernier n'était tenu ni de révéler ni de justifier, sans donner d'effet juridique à l'opposition de l'épouse, fût-elle dûment convoquée, est contraire au principe de l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, tel que garanti par l'article 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n° VII, additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et ce quelles que soient les nouvelles voies de droit ouvertes à l'épouse par la réforme du code de la famille algérien intervenue en 2005, pour obtenir le divorce.

Dès lors, l'épouse étant domiciliée en France, cette décision est contraire à la conception française de l'ordre public international, ce qui exclut qu'elle puisse bénéficier de l'autorité de la chose jugée de plein droit conférée, sous cette réserve, aux décisions algériennes, par la Convention franco-algérienne du 27 août 1964.

La motivation de cette solution mérite une attention particulière car elle marque une évolution par rapport à la formule habituellement utilisée par la jurisprudence depuis 2004.

Il convient essentiellement de souligner qu'il n'est plus fait référence à la circonstance que la répudiation prive l'autorité judiciaire de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de la dissolution du mariage. Cette modification tire les conséquences de l'existence en France du divorce pour altération définitive du lien conjugal (articles 237 et s. du code civil), pour lequel le juge français du divorce connaît une limitation comparable de son office.

En outre il convient de relever les précisions suivantes :

- le mari n'est tenu, ni de révéler, ni de justifier les motifs qui animent sa volonté de répudiation de son épouse. Il s'agit donc d'une décision, non seulement unilatérale, mais aussi purement discrétionnaire, qui s'impose à la femme comme au juge. C'est en cela que les décisions de répudiation reposent sur la seule volonté du mari, et ce d'autant plus qu'en droit algérien (à la différence du droit marocain), cette voie de dissolution du mariage n'est ouverte qu'à l'époux et jamais à l'épouse ;
- pour cette raison, peu importe que la femme soit dûment convoquée devant le juge. Son éventuelle opposition à la volonté persistante de répudiation de son mari demeure sans effet juridique. Dès lors, c'est en raison de la dimension substantielle (pas simplement procédurale) de la conception française de l'ordre public international que l'atteinte à celle-ci est retenue. Ceci justifie de se livrer à une appréciation concrète de la contrariété à cette conception d'une décision étrangère ;
- peu importent les nouvelles voies de droit ouvertes à l'épouse par la réforme du code de la famille algérien de 2005 pour obtenir le divorce. Il s'agit là d'une question de méthode qui découle, là encore, de la nécessité de se livrer à une appréciation concrète : c'est la décision en cause dans le litige et elle seule qu'il convient d'apprécier. Cette décision de répudiation ayant été prise sur le fondement de l'article 48 du code de la

famille algérien, lequel n'a pas été modifié par la réforme entreprise, elle se heurte, comme celles prises auparavant, à la conception française de l'ordre public international.

Ces deux arrêts rendus le 23 octobre 2013 confirment l'importance du contrôle que la Cour de cassation exerce sur les décisions étrangères de répudiation.

Ce contrôle, qui relève de l'ordre public dit de proximité, met en œuvre depuis dix ans désormais la réserve de l'ordre public, qui est expressément prévue par la Convention entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et la République française relative à l'*exequatur* et à l'extradition, signée le 27 août 1964, laquelle reprend celle figurant déjà dans la Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'*exequatur* des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc, en date du 5 octobre 1957, précitée.

B. Refus d'exequatur ou de reconnaissance de décisions étrangères

1. Prédominance de l'intérêt de l'enfant

Il a été jugé que l'ordre public international français, même atténué, s'opposait à l'*exequatur* d'une décision étrangère statuant sur la résidence des enfants après divorce qui se référait «à des critères de principe et non à la prédominance de l'intérêt effectif de ces enfants, en fonction de données concrètes». Une telle décision ne répond pas «aux exigences de l'ordre public français, même atténué» (1^{re} Civ., 30 janvier 1979, pourvoi n° 78-11.568, *Bull.* 1979, I, n° 37).

En l'espèce, un jugement tunisien avait prononcé le divorce de deux époux et confié la garde des enfants au père. La décision affirmait être «conforme à l'intérêt des deux filles». Toutefois, la cour d'appel relevait que les enfants vivaient avec la mère depuis plus de dix ans et que la décision était fondée sur «des considérations de principe prenant appui sur la comparaison des éducations susceptibles d'être dispensées de part et d'autre et sur le souci de sauvegarder les prérogatives (du mari)», de sorte que «l'intérêt des enfants n'a[vait] pas été abordé directement, mais comme se déduisant de la préférence donnée à leur père».

2. Principe de proportionnalité

Énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il a été appliqué par la Cour de cassation dans un arrêt du 28 janvier 2009 (1^{re} Civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-11.729, *Bull.* 2009, I, n° 15; *D.* 2009, p. 2384, chr. du commerce international par L. d'Avout et S. Bollée), 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.

Selon cet arrêt : «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^{er} 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».

Les détournements étant évalués à 200 millions de dollars américains, et l'astreinte étant liquidée à la somme de 13 millions, c'est la proportion entre ces deux sommes qui a été prise en compte.

La Cour de cassation a jugé que « si le principe d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public international français, il en est autrement si le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur » (1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2010, pourvoi n° 09-13.303, *Bull.* 2010, I, n° 248). En l'espèce, deux américains avaient acheté à une société française un catamaran au prix de 826 009 dollars américains qui avait été endommagé par une tempête avant sa livraison et mal réparé. Ils ont assigné en dommages-intérêts la société devant un tribunal de Californie qui a condamné celle-ci à leur payer la somme de 3 200 000 dollars américains, dont 1 400 000 de « *punitive damages* ». La cour d'appel de Poitiers avait rejeté leur demande d'*exequatur* en France de la décision américaine, comme étant contraire à l'ordre public international français, au nom du principe de réparation intégrale du préjudice subi. Or, les dommages-intérêts du droit californien, accordés régulièrement par un tribunal américain en application d'une loi étrangère, sont-ils contraires à notre conception de l'ordre public motif pris de ce que, en droit français, la victime ne peut être indemnisée au-delà de son préjudice ? La Cour de cassation n'a pas voulu affirmer que la règle de la réparation intégrale du préjudice était ou n'était pas un « principe essentiel » du droit français dont la violation ne pouvait être acceptée dans l'ordre international alors même que l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers s'était référé, lui, à un tel principe. Elle a seulement considéré que l'institution étrangère, non conforme à notre droit positif, pouvait cependant être reconnue en France et donc avoir des effets, sous la seule réserve du critère de la proportionnalité. Ainsi la Cour de cassation a appliqué la conception classique de l'effet atténué de l'ordre public international en faisant produire des effets en France à des droits régulièrement acquis à l'étranger.

C. Refus de reconnaissance de situations en contrariété avec des règles essentielles

1. Principes essentiels du droit français

Comme cela a été évoqué précédemment (partie 1, titre 3, chapitre 3), la Cour de cassation retient désormais, tout au moins dans le domaine du droit des personnes, la notion de « principes essentiels du droit français », évoquée pour la première fois dans une décision du 8 juillet 2010 (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162). Pour faire l'objet d'un *exequatur*, la décision étrangère doit être conforme à ces « principes essentiels ».

a. Principe essentiel fondé sur le respect de la vie privée et familiale et l'égalité des droits parentaux

Un jugement de divorce texan qui met à néant l'exercice conjoint de l'autorité parentale en donnant à la mère le droit de prendre seule les décisions concernant les enfants, et notamment « de consentir à leur engagement dans les forces armées des

États-Unis», et qui interdit au père de laisser sa «maîtresse» «en présence des enfants sauf s'il se marie avec elle», interdisant «à toute personne du sexe opposé de passer la nuit à son domicile lorsqu'il reçoit les enfants», porte atteinte «à des principes essentiels du droit français fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale» (1^{re} Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.302, *Bull.* 2010, I, n° 218; A. Boiché, *AJ Famille* 2011, p. 46; M.-C. Meyzeaud-Garaud, *RJPF* n° 1, janvier 2011, p. 23; M. Eppler, *Gaz. Pal.* février 2011, n° 36, p. 27; I. Barrière Brousse, *JDI* n° 1, janvier 2011, 5). Dès lors, ce jugement ne peut être reconnu en France et y produire effet.

À l'inverse, a pu être admis l'*exequatur* d'un jugement étranger d'adoption, qui, faisant application de la loi étrangère, avait prononcé l'adoption simple de l'enfant par la compagne de sa mère en maintenant les droits d'autorité parentale de la mère biologique. Cette situation ne heurtait pas de «principes essentiels» du droit français, dès lors qu'il y avait partage de l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante (1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162; voir titre 1, chapitre 1, section 1, § 2, 3).

b. Principe essentiel fondé sur la différence de sexe des parents

En matière d'adoption, la première chambre civile a jugé, dans deux arrêts du 7 juin 2012, que «l'article 346 du code civil, qui réserve l'adoption conjointe à des couples unis par le mariage, ne consacr[ait] pas un principe essentiel reconnu par le droit français», mais qu'en revanche était «contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emport[ait] inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe» (1^{re} Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30.261, *Bull.* 2012, I, n° 125 et pourvoi n° 11-30.262, *Bull.* 2012, I, n° 126; *JCP* éd. G n° 29-34, 16 juillet 2012, *Jurisp.* n° 857, p. 1439 à 1442, note F. Chénéde; *D.* n° 24, 21 juin 2012, p. 1546, note I. Gallmeister et n° 30, 6 sept. 2012, p. 1973-1974, note L. d'Avout; *Dr. fam.* n° 7-8, juillet-août 2012, p. 1-2, note C. Neirinck; *AJ Famille* n° 7-8, juillet-août 2012, p. 397-399, note B. Haftel).

Il s'agissait, dans les deux affaires, de l'adoption d'un enfant par un couple d'hommes non mariés, prononcée, d'une part, en Grande-Bretagne, entre un Français et un Anglais, d'autre part, au Québec, entre deux franco-canadiens. La cour d'appel avait accueilli la demande d'*exequatur* du jugement étranger. Toutefois, lorsque l'adoption étrangère équivaut à une adoption plénière, les liens de filiation de l'adopté avec sa famille d'origine sont rompus et la transcription du jugement sur les actes de l'état civil français aboutit à la rédaction d'un acte de naissance français portant inscription de l'enfant comme né de deux parents de même sexe.

Selon la Cour de cassation, ce n'est pas l'absence de mariage entre les adoptants qui s'oppose à l'*exequatur* de la décision étrangère (le mariage des adoptants n'est pas un principe essentiel du droit français de la filiation), mais l'impossibilité, en l'état du droit positif, pour une personne, de figurer à l'état civil comme née de deux personnes de même sexe. Il appartenait donc aux juges du fond de s'interroger sur les conséquences de leurs décisions au regard de l'état civil français. Dans l'un des arrêts, la cour d'appel avait procédé aux constatations permettant de considérer l'adoption en Grande-Bretagne comme entraînant en France les effets de l'adoption plénière, de sorte que

l'ordre public international faisait obstacle à l'*exequatur*. Dans l'espèce canadienne, la cassation n'est intervenue que pour manque de base légale, afin que la juridiction de renvoi puisse procéder à la qualification de l'adoption au regard du droit français, l'adoption simple n'entraînant pas les mêmes effets que l'adoption plénière au regard des actes d'état civil.

Certains ont estimé que ces décisions étaient «en décalage par rapport à l'évolution prévisible du droit interne» (B. Haftel, *Af Famille* 2012, p. 397). D'autres y ont vu «un renvoi au législateur» clairement opéré (J. Hauser, *RTD. civ.* 2012, p. 522) et une solution «parfaitement équilibrée et raisonnable» en l'état du droit positif, rappelant qu'il appartenait au législateur de modifier la loi et, le cas échéant, en autorisant le mariage homosexuel et l'adoption par les couples de même sexe, de rendre cette jurisprudence «caduque».

c. Principe essentiel fondé sur l'indisponibilité de l'état des personnes

Le refus de reconnaissance de situations légalement constituées à l'étranger, mais contraires à des principes essentiels, est particulièrement net en matière de gestation pour autrui. Il résulte en effet de trois arrêts de la première chambre civile du 6 avril 2011 qu'«en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil» (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70 ; pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71 et pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72 ; voir, sur l'évolution de la jurisprudence antérieure, partie 2, titre 2, chapitre 1, section 1, § 2, C).

Dès lors, un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère donnant effet à une convention de cette nature ne peut être transcrit sur les registres français de l'état civil.

Selon la Cour, une telle décision, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec leurs parents d'intention en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Ces décisions, très commentées, ont fait l'objet de critiques de la doctrine, une partie des auteurs doutant «de l'opportunité d'élever l'obstacle de l'ordre public international dans la mesure où ses effets risquent de compromettre les droits fondamentaux garantis à la personne de l'enfant par la Convention européenne des droits de l'homme et d'ôter à l'intérêt supérieur de l'enfant le statut de "considération primordiale" que lui donne pourtant la Convention de New York du 26 janvier 1990» (B. Ancel, «L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», in *Le Droit entre tradition et modernité, mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012).

D'autres au contraire approuvent la Cour de cassation «d'avoir résisté à certaines sirènes des temps modernes, consistant à promouvoir systématiquement le fait (la

sociologie) contre le droit, à faire primer les droits de l'homme sur toute réglementation impérative du droit interne, à faire passer le pouvoir jurisprudentiel avant la délibération législative » (L. d'Avout, « Mères porteuses : analyse de droit international privé », *JCP* éd. G n° 6, 4 février 2009, II, 10021, commentant le premier arrêt rendu dans l'une des affaires (1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468, *Bull.* 2008, I, n° 289). Selon cet auteur, « l'essentiel est ici la question du maintien de l'article 16-7 du Code civil. C'est le Parlement français qui a désormais, et très logiquement, la parole. »

De même, pour Pierre Murat, « si l'intérêt concret de l'enfant venait à imposer la reconnaissance des situations valablement constituées à l'étranger, il y aurait un formidable recul de la prohibition des maternités de substitution et une incitation à se procurer à l'étranger ce que l'on ne peut obtenir en France pour des raisons qui restent cependant parfaitement défendables. [...] Comme l'écrit fort bien J. Hauser, "le fait accompli est une nouvelle source de droit. [...] Faudra-t-il perpétuellement s'aligner sur le droit le moins-disant [...] sous prétexte de mondialisation et d'externalisation ?" [...] Les droits de l'enfant et le fait accompli sont une chose ; pour autant, ils ne peuvent servir à légitimer en amont n'importe quel acte » (P. Murat, « Le ministère public et les actes de l'état civil étranger consacrant une gestation pour autrui : annulation de la transcription recevable », *Dr. fam.* n° 2, février 2009, comm. 15).

Le débat entre l'ordre public et l'intérêt de l'enfant est donc ouvert : faut-il, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, écarter les principes d'ordre public sur lesquels est fondé notre droit des personnes et de la filiation ?

Dans ses deux derniers arrêts de plénière de chambre du 13 septembre 2013 (1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315 et 1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138, *Bull.* 2013, I, n° 176), l'un de rejet, l'autre de cassation, la Cour de cassation ne fait plus référence à un principe essentiel, mais retient l'existence d'une fraude à la loi française : « en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

Dans ces affaires, à la différence de celles jugées en 2011, la mère indienne figurant sur les actes de naissance des enfants était bien celle qui leur avait donné naissance, le père étant un homme célibataire français. En l'absence de mention d'une « mère d'intention » sur les actes de naissance, il n'y avait pas d'atteinte au principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes.

En revanche, la cour d'appel ayant caractérisé l'existence d'une fraude à la loi française, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre le père et la « mère porteuse » indienne, la première chambre civile a jugé qu'elle en avait déduit à bon droit que l'acte de naissance de l'enfant établi par les autorités indiennes ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français et que la reconnaissance paternelle devait être annulée sur le fondement de l'article 336 du code civil (pourvoi n° 12-18.315, arrêt de rejet).

Cet arrêt précise « qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant ne garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni

le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués».

À l'inverse, est cassé l'arrêt de la cour d'appel ayant ordonné la transcription des actes de naissance étrangers au motif que la régularité formelle et la conformité à la réalité des énonciations de ces actes n'étaient pas contestées, alors que « les éléments réunis par le ministère public caractérisaient l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui [...], ce dont il résultait que les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français » (pourvoi n° 12-30.138).

2. *Kafala*

Distincte de l'adoption, qui est prohibée dans les États de droit coranique à l'exception de la Turquie, de l'Indonésie et de la Tunisie, la *kafala* est un recueil légal qui ne crée pas de lien de filiation.

Qu'ils soient judiciaires ou adoulaïres (notariaux), les actes de recueil légal en *kafala* font obligation pour le *kafil*, personne recueillant l'enfant (le *makfoul*), « d'en prendre soin en matière d'éducation, d'enseignement et de subvenir à tous ses besoins ».

Le rattachement de la *kafala* à une catégorie déjà existante en droit français reste insatisfaisant. En effet, la tutelle ou la délégation d'autorité parentale ne sont pas équivalentes à cette mesure de protection spécifique.

La *kafala* est une situation de fait soumise aux juridictions sans qu'un contrôle préalable intervienne lors de l'entrée sur le territoire de l'enfant, comme en matière d'adoption internationale. Il est tentant d'éluder la spécificité de cette institution, d'en oublier le contenu et de considérer la situation de l'enfant au regard du seul droit français.

Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, dont l'objectif principal était de fixer une règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale, la Cour de cassation a reconnu que l'interdiction d'adoption n'était pas contraire à l'ordre public français (1^{re} Civ., 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-20.345, *Bull.* 1999, I, n° 282).

Désormais, l'article 370-3 du code civil dispose, dans son deuxième alinéa, que « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».

La règle prohibitive posée par le législateur français a pour finalité de ne pas imposer unilatéralement une conception européenne de l'adoption, mais aussi de ne pas aboutir à ce que l'enfant ait un statut « boiteux ». Sa qualité d'enfant adopté n'ayant pas vocation à être reconnue dans son pays d'origine, et quand bien même un retour paraîtrait hypothétique, les instruments internationaux existant en matière d'adoption internationale veillent à conserver à l'enfant un statut personnel unique et reconnu tant dans son pays de naissance que dans celui de sa résidence, la coexistence de deux statuts personnels différents ayant toujours été présentée comme un écueil à éviter (voir article 2, § 2, de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, article 20, § 3, et article 21 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989).

Par ses arrêts du 18 mai 2005 (1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16.336, *Bull.* 2005, I, n° 211 et pourvoi n° 02-20.613, *Bull.* 2005, I, n° 212) et ses arrêts subséquents (1^{re} Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-16.942, *Bull.* 2005, I, n° 245 ; 1^{re} Civ., 13 juillet 2005, pourvoi n° 05-10.519, *Bull.* 2005, I, n° 334 ; 1^{re} Civ., 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-17.912, *Bull.* 2005, I, n° 434), la première chambre civile de la Cour de cassation a consacré l'applicabilité directe de l'article 3, § 1, de la CIDE qui dispose que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Saisie de deux pourvois dans l'intérêt de la loi, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans deux arrêts du 10 octobre 2006 (pourvoi n° 06-15.264, *Bull.* 2006, I, n° 431 et pourvoi n° 06-15.265, *Bull.* 2006, I, n° 432), concernant un recueil en *kafala* marocain et un recueil en *kafala* algérien, a jugé, au visa de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil :

« Attendu que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ;

Attendu que les époux X..., titulaires d'un agrément délivré le 4 avril 2000 pour une durée de cinq ans, ont recueilli en *kafala*, par un jugement algérien du 30 décembre 2003, l'enfant Hichem, né le 28 juin 2002 en Algérie et abandonné par sa mère biologique ; qu'ils ont saisi le juge français d'une requête en adoption plénière de l'enfant ;

Attendu que pour prononcer l'adoption simple, subsidiairement demandée en appel, l'arrêt attaqué, après avoir relevé que la loi personnelle de l'enfant, interdisait l'adoption, retient que la loi algérienne, sous le nom de *kafala* ou recueil légal, connaît une institution aux effets similaires à ceux d'une adoption simple ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, selon ses propres constatations, la loi algérienne interdit l'adoption, que la *kafala* n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (pourvoi n° 06-15.265).

Dans un arrêt subséquent du 9 juillet 2008 (1^{re} Civ., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20.279, *Bull.* 2008, I, n° 198), la première chambre civile de la Cour, s'agissant du jugement algérien de *kafala* de l'enfant, dont la seconde demande d'adoption a fait l'objet d'une demande d'avis (Avis de la Cour de cassation, 17 décembre 2012, n° 12-00.013, *Bull.* 2012, Avis, n° 10), a cassé un arrêt confirmatif ayant prononcé l'adoption plénière en reprenant les mêmes motifs : « la loi algérienne interdit l'adoption, [...] la *kafala* n'est pas une adoption et [...], par ailleurs, l'enfant n'était pas né en France ».

La première chambre civile de la Cour a aussi repris sa jurisprudence énoncée dans ses arrêts du 10 octobre 2006 précités dans un arrêt du 28 janvier 2009 (1^{re} Civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.034, *Bull.* 2009, I, n° 17).

Dans un arrêt du 25 février 2009 (pourvoi n° 08-11.033, *Bull.* 2009, I, n° 41), la première chambre civile a tranché la question de la compatibilité de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, interdisant le prononcé d'une adoption pour les enfants de statut prohibitif, avec les articles 20, alinéa 3, et 3, § 1, de la CIDE et les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il s'agissait en l'espèce d'un enfant, né en Algérie, sans filiation connue, et dont la recueillante sollicitait l'adoption plénière et, à défaut, l'adoption simple.

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

Cette décision a fait l'objet d'une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Sa motivation a été reprise dans des termes quasi identiques dans un arrêt du 15 décembre 2010 (pourvoi n° 09-10.439, *Bull.* 2010, I, n° 265), le début de la motivation (« c'est sans méconnaître [l']intérêt primordial [de l'enfant] ») répondant expressément à la deuxième branche du moyen qui invoquait une violation de l'article 3, § 1, de la CIDE.

Dans une décision *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012 (n° 43631/09), la Cour européenne, dans une formation de sept juges, a dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Elle a repris et validé le raisonnement suivi par la première chambre dans son arrêt du 25 février 2009.

Sur le fond, après avoir rappelé que l'article 8 de la Convention ne garantit ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter et que celle-ci ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international, la Cour européenne, se plaçant sous l'angle des obligations positives, constate qu'il n'y a pas de communauté de vue entre les États qui disposent en conséquence d'une marge d'appréciation ample.

Elle précise :

« Il résulte de ce qui précède que le refus opposé à la requérante tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales. Or, la Cour considère que la reconnaissance de la *kafala* par le droit international est un élément déterminant pour apprécier la manière dont les États la réceptionnent dans leurs droits nationaux et envisagent les conflits de loi qui se présentent » (point 50).

« L'ensemble des éléments examinés ci-dessus fait apparaître que l'État défendeur, appliquant les conventions internationales régissant la matière, a institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national. La Cour relève à ce titre que le statut prohibitif de l'adoption résulte de la règle de conflit de lois de l'article 370-3 du code civil mais que le droit français ouvre des voies d'assouplissement de cette interdiction à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant

dans la société française. C'est ainsi, d'une part, que la règle de conflit est écartée explicitement par ce même article 370-3 lorsque "le mineur est né et réside habituellement en France". D'autre part, cette règle de conflit est volontairement contournée par la possibilité ouverte à l'enfant d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française. La Cour observe à ce titre que l'État défendeur soutient sans être démenti que la jeune Hind pourrait déjà bénéficier de cette possibilité.

La Cour estime qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante» (point 51).

« Dans ces conditions, et après avoir rejeté l'exception du Gouvernement déduite du non-épuisement des voies de recours internes, dont ne fait pas partie l'acquisition de la nationalité française, la Cour conclut, eu égard à la marge d'appréciation de l'État en la matière, qu'il n'y a pas eu manquement au respect du droit de l'intéressée à sa vie familiale. Partant, il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention » (point 52).

Dans le prolongement d'un avis rendu en 2012 (Avis, 17 décembre 2012, demande n° 12-00.013, *Bull.* 2012, Avis, n° 10), la première chambre civile, par un arrêt du 4 décembre 2013 (pourvoi n° 12-26.161, *Bull.* 2013, I, n° 235), a statué sur les conditions de l'adoption d'un enfant devenu français : un juge aux affaires familiales marocain avait attribué à un couple la *kafala* sur un enfant mineur. L'enfant avait été ensuite autorisé à quitter le Maroc avec ce couple. Il était ensuite devenu français à la suite d'une déclaration de nationalité française (article 21-12, 1°, du code civil) et le couple avait sollicité son adoption plénière, après consentement d'un conseil de famille, en France. La Cour de cassation juge que les conditions de l'adoption de l'enfant devenu français sont régies, conformément à l'article 3 du code civil, par la loi française, laquelle dispose (article 348-2 du code civil) que le consentement à l'adoption ne peut être donné par le conseil de famille que lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale ou encore lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie. En l'espèce, il résultait des énonciations de l'arrêt de la cour d'appel que la mère de l'enfant n'avait pas perdu ses droits d'autorité parentale, de sorte que le conseil de famille ne pouvait, faute de constatation de l'impossibilité pour celle-ci de manifester sa volonté, valablement consentir à l'adoption de l'enfant.

Section 2 – Droit interne

En droit interne également, certains droits se trouvent en balance entre des intérêts particuliers et un intérêt général supérieur. Il est ainsi certains droits auxquels il n'est pas possible de renoncer (§ 1) ou au contraire qui ne peuvent être invoqués dans leur plénitude (§ 2).

§ 1. Droits auxquels il ne peut être renoncé

L'interdiction de renoncer à un droit est sans doute la protection ultime du sujet de droit. Cette interdiction est édictée lorsque la possibilité de renoncer à ces droits

entraînerait de telles conséquences pour la collectivité qu'elle doit être exclue. Il en est ainsi en matière de protection sociale (A) et en matière de protection du salarié protégé (B).

A. Caractère d'ordre public des règles d'assujettissement, de prestations et de cotisations

La législation de la sécurité sociale étant d'ordre public, elle s'impose à tous de façon impérative, de sorte qu'il n'est pas possible d'y déroger, ni dans le cadre de conventions collectives de travail, ni dans celui d'un accord conclu entre deux personnes.

Ce caractère d'ordre public, de portée générale, encadre l'ensemble des dispositifs légaux de sécurité sociale, même en l'absence de texte explicite (CE, 11 octobre 1963, n° 50633, Commune de Seichamps, publié au *Recueil Lebon*).

De son côté, la Cour de cassation a déduit de ce caractère que tout contrat destiné à permettre à une partie de se soustraire à la réglementation de sécurité sociale est frauduleux (Ass. plén., 18 juin 1976, pourvoi n° 74-11.210, *Bull.* 1976, Ass. plén., n° 9; *D.* 1977, p. 173, note A. Jeammaud; *JCP* éd. G 1977, II, 18659, note Y. Saint-Jours). De même, le caractère d'ordre public de la législation de sécurité sociale prohibe, selon l'article 6 du code civil, toute dérogation conventionnelle ou renonciation unilatérale aux règles qui en découlent (Soc., 5 avril 2001, pourvoi n° 99-19.291, *RJS* juillet 2001, n° 922). Ainsi, par exemple, la Cour a jugé que «le régime de l'assurance vieillesse constitue un statut légal qui ne peut être ni modifié ni aménagé par voie d'accord collectif» (2^e Civ., 20 mars 2007, pourvoi n° 04-47.817).

Il s'ensuit qu'en matière d'accidents du travail, toute convention contraire au livre IV du code de la sécurité sociale est nulle de plein droit. Tel est notamment le cas des obligations contractées pour rémunération des services des intermédiaires qui se chargent, moyennant émoluments convenus à l'avance, d'assurer aux victimes d'accidents ou à leurs ayants droit le bénéfice des prestations et indemnités prévues par le titre IV du code (article L. 482-4 du code de la sécurité sociale). Ainsi, la chambre sociale (Soc., 17 novembre 1994, pourvoi n° 92-15.841, *Bull.* 1994, V, n° 302) a censuré, au visa de cet article, une décision de cour d'appel qui, pour débouter la victime de sa demande tendant à la reconnaissance d'une faute inexcusable de son employeur, a relevé qu'il résultait des conventions passées entre les parties que celles-ci avaient entendu régler de manière définitive «un certain nombre» de difficultés, liées notamment à la qualité de salarié de l'intéressé et aux conséquences, à son égard, de l'accident du travail dont il avait été victime. C'est également le caractère d'ordre public de la législation des accidents du travail qui s'oppose à ce qu'un salarié puisse, dans un protocole d'accord, renoncer à l'action en reconnaissance de faute inexcusable qu'il a engagée contre son employeur, moyennant une indemnisation (2^e Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-20.178, *Bull.* 2011, II, n° 127, *JCP* éd. S n° 29, 19 juillet 2011, 1354, note T. Tauran; *RLDC*, n° 84, juillet 2011, *Actualités*, n° 4302, note J.-P. Bugnicourt). Enfin, c'est toujours le caractère d'ordre public de cette même législation qui justifie qu'un salarié étranger en situation irrégulière puisse bénéficier de la législation des accidents du travail, ou encore que les règles sur la réparation des accidents du travail, imputables à l'employeur ou ses préposés, excluent les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions (2^e Civ., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-19.860).

De leur côté, les garanties sociales complémentaires d'entreprise, prévues par le titre premier du livre IX du code de la sécurité sociale, sont expressément d'ordre public (article L. 914-1 du code de la sécurité sociale). Par conséquent, ni les entreprises, ni les organismes assureurs ne peuvent y déroger par voie contractuelle, sauf exceptions expressément prévues par les textes.

Mais le caractère d'ordre public de la législation de sécurité sociale imprègne pour l'essentiel les règles d'assujettissement à la sécurité sociale ainsi que celles relatives aux cotisations sociales.

1. Ordre public et règles d'assujettissement à la sécurité sociale

Au regard d'une jurisprudence constante, l'assujettissement revêt un caractère d'ordre public et résulte exclusivement des conditions posées par la loi. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, les cotisations de sécurité sociale sont dues dès que les conditions légales d'assujettissement au régime général sont réunies en fait, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'intéressé a fait l'objet d'une décision d'affiliation par la caisse primaire d'assurance maladie (voir notamment Soc., 16 novembre 1988, pourvoi n° 86-12.345, *Bull.* 1988, V, n° 601 ; Soc., 6 février 1992, pourvoi n° 89-21.429, *Bull.* 1992, V, n° 79).

Le code de la sécurité sociale, dans la même optique, prévoit que les personnes résidant en France de façon stable et régulière et n'ayant droit à aucun autre titre aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie et maternité sont affiliées, le cas échéant d'office, au régime général (articles L. 111-1, L. 380-1 et R. 380-2 du code de la sécurité sociale). Dès lors, s'agissant du régime général appliqué aux personnes ne disposant pas de couverture sociale, la couverture maladie universelle est un régime obligatoire, peu important que, lorsque son affiliation a été demandée, l'intéressé n'était pas en mesure d'y consentir (2^e Civ., 19 juin 2008, pourvoi n° 07-14.338, *Bull.* 2008, II, n° 148).

Du caractère d'ordre public de l'assujettissement, la jurisprudence a également déduit que ce dernier ne pouvait être affecté par la volonté des parties, par la qualification qu'elles ont entendu donner à leurs relations (Ass. plén., 4 mars 1983, pourvoi n° 81-11.647, *Bull.* 1983, Ass. plén., n° 3 ; D. 1983, p. 381, conclusions de M. le Premier avocat général Cabannes ; D. 1984, IR, p. 164, obs. J.-M. Béraud : la Cour de cassation affirme que « la seule volonté des parties [est] impuissante à soustraire [un travailleur] au statut social qui découl[e] nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail ») ou encore par les qualifications retenues pour l'application d'autres branches du droit (Cass., ch. réunies, 23 juin 1966, pourvoi n° 64-11.939, *Bull.* 1966, n° 2). L'ordre public oblige toute personne à s'affilier à un régime de sécurité sociale, dès lors qu'elle remplit les conditions posées par la loi, même si elle ne peut pas, en fait, bénéficier des prestations correspondantes (Soc., 18 mars 1985, pourvoi n° 83-12.311, *Bull.* 1985, V, n° 186 ; *Dr. soc.* 1985, p. 609, ccl. H. Écoutin, note P. Chauvel). Tel est notamment le cas d'une personne qui, en raison de l'exercice d'activités professionnelles différentes, relève de régimes distincts (Soc., 23 octobre 1985, pourvoi n° 83-17.125, *Bull.* 1985, V, n° 492) ou bien d'un retraité qui, bénéficiant des prestations en nature de l'assurance maladie au titre de sa pension de retraite, devra procéder à son affiliation s'il reprend une activité professionnelle (Soc., 21 janvier 1987, pourvoi n° 83-17.067). Le statut social d'une personne étant d'ordre public et s'imposant de plein droit dès que sont

réunies les conditions de son application, la renonciation expresse à un statut de travailleur salarié est logiquement inopposable à la caisse primaire d'assurance maladie (Soc., 14 juin 1989, pourvoi n° 86-16.750, *Bull.* 1989, V, n° 449; Soc., 6 février 1992, pourvoi n° 90-13.109, *Bull.* 1992, V, n° 78).

Même lorsqu'il est facultatif, l'assujettissement conserve un caractère d'ordre public. Ainsi, un assuré volontaire ne peut obtenir le remboursement des cotisations insusceptibles de lui ouvrir des droits, faute pour lui d'avoir sollicité en temps utile sa radiation (Soc., 18 mars 1985, pourvoi n° 83-12.311, *Bull.* 1985, V, n° 186, préc.).

Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence s'oppose à ce qu'une personne assujettie à l'assurance personnelle puisse renoncer volontairement au bénéfice de celle-ci, dès lors qu'elle ne remplit pas les conditions pour bénéficier, en qualité d'assuré ou d'ayant droit, des prestations d'un autre régime (CA Paris, 19 novembre 1986, *D.* 1987, somm. p. 320, obs. X. Prétot).

Par ailleurs, l'article L. 652-4 du code de la sécurité sociale entache d'une nullité d'ordre public toute clause ou convention conclue par toute personne, légalement tenue de cotiser à un régime d'assurance obligatoire et garantissant les risques couverts à titre obligatoire par lesdits régimes, lorsque cette personne n'est pas à jour des cotisations dues à ce titre au moment de la conclusion ou du renouvellement du contrat. Les personnes condamnées pour avoir fait souscrire des clauses ou conventions entachées d'une nullité d'ordre public sont tenues solidairement des cotisations obligatoires d'assurance maladie et d'assurance vieillesse qui auraient dû être versées par l'assuré depuis la date de la souscription de ces clauses ou conventions. A été ainsi annulé un contrat d'assurance souscrit par un particulier dès lors que ce contrat avait pour objet de garantir une retraite par capitalisation, l'intéressé ayant refusé de s'acquitter de ses cotisations à la caisse Organica au titre de l'assurance vieillesse obligatoire (Soc., 3 février 2000, pourvoi n° 98-10.863, *Bull.* 2000, V, n° 54; *TPS* 2000, comm. 121).

De son côté, le droit pénal renforce le caractère d'ordre public de l'obligation d'assujettissement en sanctionnant toute personne physique qui aura fait souscrire une telle convention des peines prévues pour les contraventions de cinquième classe (article R. 652-1 du code de la sécurité sociale). Il punit, en outre, tout intermédiaire convaincu d'avoir, moyennant une rémunération quelconque, offert, accepté de prêter ou prêté des services à un employeur en vue de lui permettre de contrevenir à la législation de sécurité sociale, d'une amende de 3 750 euros et d'un emprisonnement de six mois (articles L. 244-12 du code de la sécurité sociale et L. 725-16 du code rural et de la pêche maritime pour le régime agricole). S'agissant de délits formels ou d'« infractions-obstacle », l'offre ou l'acceptation sont incriminées en tant que telles, abstraction faite de toute réalisation en aval d'une fraude à la sécurité sociale (R. Salomon, *La Fraude pénale en droit de la sécurité sociale*, Economica, 2013, n° 228). De même, toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, incite les assujettis à refuser de se conformer aux prescriptions de la législation de sécurité sociale, et notamment de s'affilier à un organisme ou de payer les cotisations dues, encourt une peine de six mois d'emprisonnement, une amende de 15 000 euros ainsi qu'une inéligibilité pendant six ans aux chambres de commerce et d'industrie, aux chambres des métiers et aux conseils d'administration des caisses du régime social des indépendants (article L. 114-18 du code de la sécurité sociale).

La fraude à ces règles impératives d'assujettissement est patente lorsque le travailleur indépendant entend s'affilier auprès d'une entreprise d'assurance étrangère et se soustraire à la législation française, tout en continuant à exercer son activité en France. En revanche, le ressortissant de l'Union européenne qui exerce une activité en France tout en continuant à relever à titre obligatoire du régime de sécurité sociale de son pays d'origine est, en application des dispositions de l'article 49 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne, dispensé d'une seconde affiliation (2^e Civ., 20 janvier 2004, pourvoi n° 02-30.695, *Dr. soc.* 2004, p. 571, note J.-P. Lhernould).

2. Ordre public et règles relatives aux cotisations sociales

L'ordre public imprègne les règles relatives à l'assiette et au recouvrement des cotisations sociales.

a. Ordre public et taux des cotisations sociales

Les taux de cotisations s'imposent tant à l'égard de l'employeur, tenu de régler ses charges sociales, qu'à l'égard du salarié.

Si les cotisations du régime général sont assises sur l'ensemble du revenu que l'assuré tire de son activité professionnelle, elles comprennent cependant deux bornes, fixées par les pouvoirs publics. En premier lieu, l'assiette des cotisations ne peut être en principe inférieure au montant du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), augmenté du montant des indemnités, primes et majorations s'ajoutant à celui-ci en vertu d'une disposition législative ou réglementaire (article R. 242-1, alinéa 6, du code de la sécurité sociale). En second lieu, cette même assiette ne peut, pour les cotisations afférentes à certains risques, être supérieure au plafond des cotisations (article L. 241-3 du même code).

Par ailleurs, à l'instar des règles d'assiette et de recouvrement, les mesures d'exonération, d'abattement ou de réduction, qui font toujours l'objet d'une interprétation stricte en jurisprudence, présentent un fort caractère d'ordre public. Il en résulte en particulier que leur modification est d'application immédiate, de sorte que l'employeur ne peut jamais utilement se prévaloir de droits acquis résultant d'une réglementation antérieure qui lui serait plus favorable (CE, 3 mars 1995, n° 159029, 159150).

b. Ordre public et recouvrement des cotisations sociales

À l'instar des règles qui en déterminent l'assiette, celles qui s'appliquent au recouvrement des cotisations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole sont également d'ordre public. En effet, la dette de cotisation sociale est soumise à des règles impératives, souvent dérogoires au droit commun.

Dans les régimes de salariés, la qualité d'employeur, qui emporte pour ce dernier obligation de payer les cotisations demeurant à sa charge ainsi que la part supportée par le salarié, est d'ordre public, de sorte qu'est indifférente l'intention affichée des parties (Soc., 5 juin 1975, pourvoi n° 73-14.863, *Bull.* 1975, V, n° 314). Il n'en demeure pas moins que la détermination de cette qualité est une question de fait, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc., 23 mai 1991, pourvoi n° 89-12.855, *Bull.* 1991, V, n° 257).

Autre illustration du caractère d'ordre public de la dette de cotisation sociale, la contribution propre de l'employeur demeure en principe à sa charge exclusive, toute convention contraire étant nulle de plein droit (X. Prétot, *Les Grands Arrêts du droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 2^e éd., 1998, p. 206). Toutefois, il est possible pour l'employeur de prendre en considération le montant des cotisations sociales dans la détermination de la rémunération du salarié, notamment lorsque ce dernier est rémunéré en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise (Soc., 10 décembre 1981, pourvoi n° 79-42.490, *Bull.* 1981, V, n° 958; Soc., 10 novembre 1993, pourvoi n° 89-44.063, *Bull.* 1993, V, n° 263).

Conséquence du caractère impératif de la législation de sécurité sociale, les juridictions du contentieux général ne peuvent, sauf cas de force majeure, accorder aux redevables de cotisations des délais de paiement pour se libérer de leur dette sur le fondement des dispositions de l'article 1244-1 du code civil (Soc., 21 avril 1977, pourvoi n° 76-10.193, *Bull.* 1977, V, n° 266; Soc., 4 novembre 1982, pourvoi n° 81-16.304, *Bull.* 1982, V, n° 600; Soc., 11 mars 1987, *D.* 1988, somm. 32, obs. X. Prétot; Soc., 3 mars 1994, pourvoi n° 90-15.524, *Bull.* 1994, V, n° 79; Soc., 10 octobre 1996, pourvoi n° 94-20.887). Toutefois, après signification d'un acte de saisie, le juge de l'exécution peut, même en matière de sécurité sociale, accorder un délai de grâce sur le fondement de l'article 1244-1 du code civil, en application de l'article 8 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (Soc., 19 juillet 2001, pourvoi n° 00-12.917, *Bull.* 2001, V, n° 284, *JCP* éd. G n° 25, 19 juin 2002, II, 10098, note A. Bugada). Mais ce texte ne peut être invoqué que si la demande de délai de paiement ne se rattache que pour partie à des mesures d'exécution forcée, sans délivrance d'aucun commandement (2^e Civ., 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-30.437, *Bull.* 2003, II, n° 272, *D.* 2003, somm., p. 2865, note X. Prétot).

Le caractère d'ordre public de ces règles a permis de doter les organismes de recouvrement de prérogatives de puissance publique, leur permettant de procéder, au besoin d'office, au recouvrement de ces cotisations.

Ainsi, les inspecteurs du recouvrement des URSSAF disposent d'un certain nombre de pouvoirs exorbitants du droit commun (article R. 243-59 du code de la sécurité sociale). Après la délivrance d'un avis de contrôle préalable – sauf en matière de travail dissimulé – débutent les opérations de contrôle proprement dites. Les employeurs et travailleurs indépendants sont alors tenus de présenter aux inspecteurs chargés du recouvrement, en application des dispositions de l'article R. 243-7 du code de la sécurité sociale, tous documents et de permettre l'accès à tous supports d'information qui leur seront demandés comme nécessaires à l'exercice de leur contrôle (article R. 243-59, alinéa 3). Ces inspecteurs sont habilités, en application des dispositions de l'article R. 243-7 du même code, à dresser des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire (2^e Civ., 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-16.861).

Le fait pour l'employeur ou le travailleur indépendant de faire obstacle à l'accomplissement des fonctions de ces agents, « quel que soit leur cadre d'action », constitue le délit d'obstacle au contrôle, puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende (article L. 243-12-1 du code de la sécurité sociale). En pareil cas, l'inspecteur du recouvrement peut également recourir à la procédure de taxation forfaitaire

(article R. 242-5, alinéa 1^{er}, du code de la sécurité sociale). Par ailleurs, les dispositions du code pénal qui prévoient et répriment les actes de résistance, les outrages et les violences contre les officiers de police judiciaire sont applicables à ceux qui se rendent coupables de faits de même nature à l'égard des agents de contrôle (article L. 243-12-3 du code de la sécurité sociale).

En pratique, si les agents chargés du contrôle opèrent le plus souvent sur place, au siège de l'entreprise contrôlée (article R. 243-59 du code de la sécurité sociale), notamment en se faisant communiquer tout support d'information nécessaire à l'exercice du contrôle et en interrogeant toute personne rémunérée, ils peuvent également, de façon plus novatrice, recourir à des méthodes de vérification par échantillonnage et extrapolation (article R. 243-59-2 du code de la sécurité sociale).

En retour des larges pouvoirs d'investigation qui leur sont accordés, ces agents doivent toutefois respecter des garanties fondamentales de procédure en vue d'assurer la protection des cotisants (F. Taquet, « Pouvoirs des agents de l'URSSAF et garanties des cotisants », *JCP éd. E* n° 16, 16 avril 1992, 140 ; F. Taquet, « Le contrôle URSSAF ou l'insuffisante protection des cotisants », *Dr. soc.* 1993, p. 565 ; D. Nachin, « L'évolution du contrôle des cotisants par l'URSSAF », *Dr. soc.* 1993, p. 571 ; R. Salomon, *La Fraude pénale en droit de la sécurité sociale*, *op. cit.*, n°s 407 et s.).

Enfin, dans la mesure où les majorations de retard sont dues de plein droit par le cotisant, elles ne peuvent pas être assimilées à des dommages et intérêts, de sorte qu'elles ne peuvent être augmentées ou modérées par le juge en application des dispositions de l'article 1152 du code civil relatives à la clause pénale (Soc., 25 avril 1979, pourvoi n° 77-14.644, *Bull.* 1979, V, n° 340 ; Soc., 10 novembre 1981, pourvoi n° 80-16.975, *Bull.* 1981, V, n° 891 ; Soc., 2 juin 1994, pourvoi n° 91-11.493, *Bull.* 1994, V, n° 187).

B. Caractère d'ordre public des règles de protection du salarié protégé

Le caractère d'ordre public du statut protecteur, mis en place dans « l'intérêt de l'ensemble des travailleurs » et non dans celui du seul intérêt de son bénéficiaire, fait légalement obstacle à ce que :

- l'employeur puisse se soustraire « à l'observation de ces dispositions d'ordre public [les dispositions législatives soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspection du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives] par le moyen d'une clause insérée, à l'avance, dans le contrat de travail » et prévoyant qu'en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles par le salarié protégé, celui-ci serait considéré comme démissionnaire (Crim., 26 novembre 1985, pourvoi n° 83-90.199, *Bull. crim.* 1985, n° 379) ;
- le salarié protégé, en signant une transaction antérieure au licenciement, renonce par avance aux dispositions d'ordre public instituées pour protéger son mandat (Soc., 2 décembre 1992, pourvoi n° 91-42.326, *Bull.* 1992, V, n° 578).

De manière plus générale, le statut n'est pas dans les mains des parties au contrat de travail ou, pour reprendre les termes mêmes employés par l'avocat général Yves Chauvy dans ses conclusions dans l'affaire jugée le 1^{er} juin 1994 par la chambre sociale (pourvoi n° 93-40.040) « le statut protecteur des représentants du personnel n'est pas dans le commerce » (*Dr. soc.* 1994, p. 783). Il s'ensuit qu'est « atteinte d'une nullité

absolue d'ordre public toute transaction conclue entre l'employeur et le salarié protégé avant la notification de son licenciement prononcé après autorisation de l'autorité administrative » (Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-40.301, *Bull.* 2002, V, n° 249), le salarié étant dès lors tenu de restituer à son ancien employeur la somme perçue en exécution d'une telle transaction nulle. La nullité atteint la transaction conclue après le licenciement prononcé sans autorisation administrative (Soc., 16 mars 2005, pourvoi n° 02-45.293, *Bull.* 2005, V, n° 98).

Le caractère d'ordre public du statut interdit donc au salarié de monnayer son statut mais également d'organiser ou de favoriser une rupture de son contrat en méconnaissance des règles légales pour ultérieurement, devant le juge, demander le bénéfice des indemnités dues en cas de violation du statut. Ainsi, avait été jugée frauduleuse l'attitude d'un salarié, responsable des ressources humaines, ayant provoqué la rupture amiable de son contrat de travail sans l'autorisation légale requise pour se prévaloir ultérieurement de la méconnaissance de sa protection statutaire (Soc., 29 mars 2005, pourvoi n° 03-43.407).

La préoccupation de prévenir tout détournement du statut protecteur à des fins exclusivement financières a conduit la Cour de cassation, dans ses *Rapports annuels*, à souligner les difficultés récurrentes posées par la mise en œuvre de la protection dans les cas où l'employeur ignore que son salarié exerce un mandat extérieur à l'entreprise ouvrant droit au bénéfice de la protection (*Rapport* 2007, p. 14; *Rapport* 2008, p. 12; *Rapport* 2009, p. 11; *Rapport* 2010, p. 14; *Rapport* 2011, p. 14; *Rapport* 2012, p. 36). Les propositions faites alors restèrent sans suite.

Les « opportunités » de détournement du statut protecteur par des salariés dissimulant à dessein leur mandat extérieur ont été, par un effet paradoxal, favorisées par la jurisprudence qui a étendu la protection à la rupture de la période d'essai (Soc., 26 octobre 2005, pourvoi n° 03-44.751, *Bull.* 2005, V, n° 306) et a constamment jugé que la protection est acquise alors même que le salarié n'exerce pas effectivement son mandat (Soc., 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-45.883, *Bull.* 2003, V, n° 4).

La Cour de cassation a tenté de borner les effets d'une telle instrumentalisation du statut protecteur en jugeant que l'absence d'information par le salarié de son employeur pouvait constituer un manquement à son obligation de loyauté de nature à réduire le montant de l'indemnisation due au titre de la violation de son statut protecteur, sans en remettre en cause le principe (Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10.592, *Bull.* 2011, V, n° 51).

La question a de nouveau été posée dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité et fut renvoyée par la chambre sociale au Conseil constitutionnel (Soc., 7 mars 2012, QPC n° 11-40.106, *Bull.* 2012, V, n° 90). Ce dernier a décidé que la protection et les droits qui s'y attachent, notamment en matière d'indemnisation, ne sauraient bénéficier à un salarié exerçant de telles fonctions et qui n'aurait pas informé son employeur de son mandat au plus tard lors de l'entretien préalable (Cons. const., 14 mai 2012, décision n° 2012-242 QPC, Association Temps de Vie [Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise]). Toutefois, bien que formulée en termes généraux, la réserve ainsi faite ne portait juridiquement que sur la protection dont bénéficient les salariés membres du conseil ou administrateurs d'une caisse de sécurité sociale (article L. 2411-1-13° du code du travail). Ultérieurement, la chambre sociale a donné une portée générale à cette réserve

en l'étendant aux fonctions de conseiller du salarié (Soc., 14 septembre 2012, QPC n° 11-28.269, *Bull.* 2012, V, n° 229) et de conseiller prud'homme (Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-21.307, *Bull.* 2012, V, n° 230).

De même, la chambre sociale a aménagé les règles d'indemnisation du salarié dont le licenciement a été prononcé sans l'autorisation requise, eu égard aux effets déraisonnables que pouvaient entraîner ces règles dans certaines situations.

Ainsi, si aucun délai n'est imparti au salarié pour demander sa réintégration (Soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-42.476, *Bull.* 2001, V, n° 381), en revanche, il ne peut prétendre au bénéfice de l'indemnité due au titre de la violation de son statut protecteur – égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration – que si sa demande de réintégration est présentée pendant la période de protection (Soc., 10 décembre 1997, pourvoi n° 94-45.254, *Bull.* 1997, V, n° 431). Si la chambre sociale a apporté une atténuation à cette règle en admettant que le salarié puisse bénéficier de cette indemnité si la demande de réintégration a été formulée après l'expiration de la période de protection pour des raisons qui ne sont pas imputables à l'intéressé (Soc., 30 novembre 1999, pourvoi n° 97-41.690, *Bull.* 1999, V, n° 465), elle veille à ce que cette exception ne favorise pas un abus du salarié dans l'exercice du droit à indemnisation (Soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-27.996, *Bull.* 2013, V, n° 83). De même, le salarié qui ne demande pas sa réintégration ne peut prétendre à l'indemnité forfaitaire égale au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de sa période de protection que s'il agit avant l'expiration de cette période, sauf à justifier des raisons qui lui sont étrangères et qui ont empêché son action en justice (Soc., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-12.738, *Bull.* 2013, V, n° 150).

Les solutions retenues cherchent de la sorte, à la fois, à assurer des droits nés du statut de représentant du personnel et à éviter son instrumentalisation à des fins exclusivement financières. Elles conduisent à une solution équilibrée qui est de nature à inciter le salarié à faire diligence pour demander sa réintégration, exigence en cohérence avec la finalité d'ordre public de la protection : permettre d'assurer la continuité de l'exercice des fonctions représentatives.

§ 2. Droits qui ne peuvent être invoqués dans leur plénitude

Certains droits ont fait l'objet de restrictions toutes particulières au vu des nécessités d'ordre public avec lesquelles ils entrent en concurrence. Il en est ainsi notamment du droit à l'oubli (A) et du droit de propriété (B).

A. Droit à l'oubli

1. Notion de prescription criminelle : prescription de l'action publique, prescription de la peine

Prise dans son extension la plus générale, la prescription est « le mode d'acquisition ou d'extinction d'un droit, par l'écoulement d'un certain laps de temps [...] et sous les conditions déterminées par la loi » (*Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, sous la direction de G. Cornu, PUF, 8^e éd., 2007, V° Prescription 1.). Dans le champ pénal, on distingue la prescription de l'action publique et celle de la peine, cette dernière résultant d'une sentence de condamnation. La prescription de l'action

publique « consiste en une irrecevabilité à agir » (S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 8^e éd., 2012, n° 1366). Il s'agit encore, selon les mêmes auteurs, d'un « mode d'extinction de l'action publique résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi, dont la survenance résulte du seul écoulement du temps ». La prescription de la peine s'entend d'un « mode d'extinction qui, affectant l'exécution d'une condamnation pénale (prononcée), empêche que celle-ci soit exécutée lorsqu'elle n'a pu l'être pendant un certain laps de temps déterminé par la loi » (*Vocabulaire juridique*, préc., V^o Prescription 3.). Prise sous ces deux acceptions ensemble, la prescription criminelle s'oppose à la prescription civile, laquelle désigne aussi bien la prescription du droit que celle de l'action.

La prescription de l'action publique est régie par les articles 7 à 9 du code de procédure pénale, s'agissant, respectivement, des crimes, des délits et des contraventions. La prescription de la peine est prévue par les articles 133-2 à 133-4 du code pénal.

Les fondements de ces deux prescriptions sont très similaires.

S'agissant de la prescription de l'action publique, la doctrine indique qu'elle se justifie, d'une part, par « la grande loi de l'oubli », c'est-à-dire l'idée que « compte tenu de la durée écoulée depuis la commission des faits, il n'y a pas lieu de poursuivre leur auteur alors que l'opinion [publique] a oublié le trouble causé par leur commission et ne réclame plus vengeance », d'autre part, par la perte du droit à agir de la partie poursuivante, du fait de sa négligence (S. Guinchard, J. Buisson, § préc.).

S'agissant de la prescription de la peine, la doctrine expose également que son fondement ressort, d'une part, de la « nécessité d'oublier », d'autre part, de ce que l'inexécution « est souvent la conséquence de la négligence ou de la carence des autorités chargées de l'exécution » (F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., 2009, n° 1107). Ces auteurs relèvent également que « la prescription suppose que, pendant la durée du délai, le condamné se soit dissimulé pour échapper aux poursuites. Cette existence clandestine prolongée constitue déjà en soi une sanction ».

La prescription apparaît ainsi étroitement liée à l'ordre public, la plus ou moins grande gravité de l'atteinte portée à ce dernier, telle qu'elle se déduit le cas échéant de l'inaction de la partie poursuivante, commandant son régime de prescription.

On trouve de nombreuses illustrations de l'étroite relation existant entre la conception de l'ordre public et le droit de la prescription qui s'attachent aux diverses incriminations. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner, sans rechercher l'exhaustivité, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de prescription, au regard des principes constitutionnels, des causes d'interruption et de suspension de la prescription. Enfin, l'incrimination de crime contre l'humanité constitue le « cas limite ».

2. Absence de fondement constitutionnel au principe de la prescription

Par plusieurs arrêts du 20 mai 2011 (Ass. plén., 20 mai 2011, QPC n° 11-90.042, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 5 ; QPC n° 11-90.033, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 6 ; QPC n° 11-90.025, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 7 ; QPC n° 11-90.032, *Bull. crim.* 2011, Ass.

plén., n° 8), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à renvoi de questions prioritaires de constitutionnalité en considérant, notamment :

- « que la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle » ;
- « que les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique et à l'incidence que la connexité des infractions peut exercer entre elles sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs ».

C'est dire que le « droit à l'oubli » ne constitue pas, pour la Cour de cassation, un principe constitutionnel.

3. Causes d'interruption de la prescription

La prescription est interrompue par un acte démontrant que la partie poursuivante est demeurée vigilante et n'est pas restée inactive. Sont interruptifs les actes de poursuite et d'instruction (articles 7 à 9 du code de procédure pénale). La détermination des actes rentrant dans ces catégories a donné lieu à des développements jurisprudentiels nombreux, la chambre criminelle ayant une conception relativement large des actes interruptifs, du moins s'agissant de la prescription de l'action publique. En cas d'acte interruptif, le délai déjà écoulé est effacé rétroactivement, et un nouveau délai commence à courir.

En matière de prescription de l'action publique, la chambre criminelle juge que le cours de la prescription est interrompu par tout acte du procureur de la République tendant à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. À titre d'exemple, il en est ainsi d'une demande adressée à une administration pour l'interroger sur le sort de personnes disparues de façon suspecte (Crim., 20 février 2002, pourvoi n° 01-85.042, *Bull. crim.* 2002, n° 42).

En revanche, l'avis rendu par une administration ne constitue pas un acte d'instruction ou de poursuite susceptible d'interrompre la prescription de l'action publique (Crim., 12 décembre 2012, pourvoi n° 12-80.707, *Bull. crim.* 2012, n° 278).

La théorie de l'apparence n'a pas d'incidence en cette matière, d'ordre public. Ainsi, en matière de prescription de la peine, la chambre criminelle a jugé que l'erreur matérielle portant sur la date de l'arrêt d'une cour d'assises, qui indiquait à tort l'année 1991 au lieu de l'année 1992, n'était pas créatrice de droit au regard de la prescription, peu important que l'erreur n'ait été rectifiée que dix-neuf ans après la date à laquelle l'arrêt avait été rendu (Crim., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-85.111). L'erreur matérielle ne peut constituer une cause d'interruption de la prescription.

Ainsi également, la chambre criminelle a jugé que les règles de droit afférentes à l'interruption de la prescription de la peine sont en relation avec la détermination de la peine applicable et, comme telles, du ressort de la loi ; que dès lors, c'est à bon droit qu'une chambre de l'instruction, pour refuser à l'émission d'un mandat d'arrêt européen un tel effet, écarte les dispositions de l'article D. 48-5 du code de procédure pénale (Crim., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-88.265, *Bull. crim.* 2013, n° 170).

4. Causes de suspension de la prescription

La suspension de la prescription, définie comme l'arrêt temporaire du cours de la prescription qui n'anéantit pas le délai antérieurement écoulé, est fondée sur le fait que la partie poursuivante a été placée dans l'impossibilité d'exercer son droit d'action publique. Cette impossibilité doit cependant résulter d'un obstacle constitutif de force majeure, ou à tout le moins d'une circonstance insurmontable. Une telle circonstance peut résulter d'un obstacle de droit, ou de fait.

À titre d'exemple d'obstacle de droit, la chambre criminelle a rappelé qu'en application de l'article 6-1 du code de procédure pénale, lorsque les délits dénoncés impliquent la violation de dispositions de procédure pénale, l'action publique ne peut être engagée qu'après la constatation définitive du caractère illégal des actes accomplis, peu important que ce caractère illégal ait été définitivement reconnu postérieurement à la date de mise en mouvement de l'action publique (Crim., 25 juin 2013, pourvoi n° 12-82.718, *Bull. crim.* 2013, n° 151).

En matière de presse, la chambre criminelle a jugé que la prescription est suspendue pendant la durée du délibéré, les parties poursuivantes étant alors dans l'impossibilité d'accomplir un acte de procédure interruptif de prescription avant le prononcé du jugement (Crim., 22 octobre 2013, pourvoi n° 12-84.408, *Bull. crim.* 2013, n° 198).

On peut assimiler à un obstacle de droit la fixation du point de départ de la prescription à une autre date que celle à laquelle les faits se sont produits. Les exemples sont nombreux. Il suffit ici de citer le cas du report au jour de la majorité du point de départ de la prescription pour les mineurs de quinze ans victimes de certains crimes et délits, tels que le viol et les agressions ou atteintes sexuelles, ou au jour où « l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique », par exemple en matière d'abus de faiblesse (articles 7 et 8 du code de procédure pénale).

La reconnaissance d'un obstacle de fait correspond à l'application de l'adage « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* », connu en matière civile. On peut rattacher à cette hypothèse le cas de l'infraction occulte ou clandestine, soit par nature, soit par dissimulation. Dans ces hypothèses, le point de départ de la prescription est reporté selon les mêmes modalités que celles mentionnées à l'article 8 du code de procédure pénale. Les délits d'atteinte à l'intimité de la vie privée, de simulation ou dissimulation d'enfant, ou encore de tromperie (respectivement Crim., 4 mars 1997, pourvoi n° 96-84.773, *Bull. crim.* 1997, n° 83 ; Crim., 23 juin 2004, pourvoi n° 03-82.371, *Bull. crim.* 2004, n° 173 et Crim., 7 juillet 2005, pourvoi n° 05-81.119, *Bull. crim.* 2005, n° 206) entrent dans la catégorie des infractions occultes par nature, mais pas celui de violation du secret professionnel (Crim., 8 novembre 2005, pourvoi n° 05-80.370, *Bull. crim.* 2005, n° 284).

Quant au crime de meurtre, la chambre criminelle lui a dénié son caractère d'infraction clandestine par dissimulation, en énonçant qu'en application de l'article 7 du code de procédure pénale, le délai de prescription de l'action publique commence à courir au jour où le crime a été commis (Crim., 16 octobre 2013, pourvoi n° 13-85.232, *Bull. crim.* 2013, n° 192).

5. Imprescriptibilité du crime contre l'humanité

L'imprescriptibilité du crime contre l'humanité illustre de façon exemplaire l'étroitesse du lien entre droit de la prescription et ordre public.

En premier lieu l'absence d'incrimination du crime contre l'humanité, en droit interne, au lendemain de la seconde guerre mondiale, a posé des difficultés.

Par deux arrêts du 20 décembre 1985 (pourvoi n° 85-95.166, *Bull. crim.* 1985, n° 407) et du 25 novembre 1986 (pourvoi n° 86-92.714, *Bull. crim.* 1986, n° 353), la chambre criminelle a énoncé que « constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité, au sens de l'article 6 (c) du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 – alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'article 6 (b) de ce texte – les actes inhumains et les persécutions qui au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre les personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ».

S'est ensuite posée la question de la prescription applicable à de tels crimes, laquelle a justifié la loi interprétative n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, dont l'article unique a énoncé que « les crimes contre l'humanité [...] sont imprescriptibles par leur nature ».

Il résulte d'un arrêt de la chambre criminelle du 26 janvier 1984 (pourvoi n° 83-94.425, *Bull. crim.* 1984, n° 34) que les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles par nature ; que leur imprescriptibilité se déduit tant des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations que du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et que la loi du 26 décembre 1964 précitée s'est bornée à confirmer que cette imprescriptibilité était déjà acquise, en droit interne, par l'effet des textes internationaux auxquels la France avait adhéré. Ainsi, bien que commis plus de trente ans avant la mise en mouvement de l'action publique, des crimes contre l'humanité ne sont pas couverts par la prescription.

Puis, la chambre criminelle a encore énoncé (Crim., 21 octobre 1993, pourvoi n° 93-83.325, *Bull. crim.* 1993, n° 307) que « le principe d'imprescriptibilité résultant des dispositions du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et de la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, régit, en tous leurs aspects, la poursuite et la répression des crimes contre l'humanité et fait obstacle à ce qu'une règle de droit interne, tirée de la chose jugée, permette à une personne, poursuivie du chef de l'un de ces crimes de se soustraire à l'action de la justice en raison du temps écoulé, que ce soit depuis les actes incriminés ou depuis une précédente condamnation prononcée sous une autre qualification ».

Cependant, cette jurisprudence est demeurée cantonnée aux crimes commis par les forces de l'Axe, ainsi que cela est ressorti d'autres décisions de la chambre criminelle.

Ainsi, celle-ci a-t-elle jugé par un arrêt du 17 juin 2003 (pourvoi n° 02-80.719, *Bull. crim.* 2003, n° 122) que « les dispositions de la loi du 26 décembre 1964 et celles du statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, ne concernent que les faits commis pour le compte de pays européens de l'Axe ». En conséquence de quoi, a justifié sa décision la chambre de l'instruction

qui retient que les tortures et exécutions sommaires commises en Algérie entre 1955 et 1957, « ne pouvant être poursuivies sous la qualification de crimes contre l'humanité, [...] entrent dans les prévisions de la loi n° 68-697, en date du 31 juillet 1968, portant amnistie ».

Enfin, la chambre criminelle a jugé, à l'occasion de l'entrée en vigueur du code pénal de 1994 qui incrimine les crimes contre l'humanité et les déclare imprescriptibles tant au regard de l'action publique que de la peine (article 213-5 du code pénal), que les articles 211-1 à 212-2 du code pénal ne s'appliquent pas aux faits commis avant la date de leur entrée en vigueur et qu'une coutume internationale ne saurait suppléer à l'absence de textes incriminant les faits sous la qualification de crimes contre l'humanité (même arrêt).

C'est ainsi que coexistent deux droits du crime contre l'humanité, celui afférent aux crimes commis par les forces de l'Axe, celui résultant du code pénal de 1994. La chambre criminelle en a tiré les conséquences (Crim., 1^{er} juin 1995, pourvoi n° 94-82.590, *Bull. crim.* 1995, n° 202) par les motifs suivants : « [Les dispositions spécifiques réprimant les crimes contre l'humanité commis au nom des puissances de l'Axe] n'ayant pas été abrogées, et le Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 n'ayant pas sur ce point d'effet rétroactif, les moyens sont inopérants ».

B. Limites à la limitation des droits : exemple du droit de propriété

À première lecture, l'article 544 du code civil donne cette impression que le propriétaire dispose sur la chose lui appartenant des prérogatives les plus étendues.

On sait pourtant que tant le législateur que la jurisprudence n'ont cessé au fil du temps d'impartir au droit de propriété des limites de plus en plus nombreuses, certaines dictées par des considérations d'intérêt général, d'autres imaginées pour le concilier avec des droits concurrents.

Dans cette « ambiance » restrictive du droit de propriété, il était une question fort débattue en doctrine : celle de savoir s'il était possible de créer conventionnellement un droit réel non expressément envisagé par le code civil. Une telle création, si elle était admise, devrait passer, tel que le droit des biens est conçu, par un amoindrissement du droit de propriété avec l'accord du propriétaire de la chose concernée.

Par un arrêt du 31 octobre 2012 (pourvoi n° 11-16.304, *Bull.* 2012, III, n° 159), la troisième chambre civile a enfin mis un terme à cette lancinante querelle doctrinale. Il s'agissait pour elle de juger de la validité d'un droit de jouissance d'une durée illimitée retenu au profit d'un tiers par le propriétaire-vendeur de l'immeuble vendu et grevant une partie de celui-ci. L'acquéreur de prétendre que ce droit inédit, qui devait selon lui recevoir la qualification de droit d'usage et d'habitation, sinon d'usufruit, s'était éteint au bout de trente années comme consenti au profit d'une personne morale. Cette argumentation n'a pas été accueillie par la Cour de cassation qui a posé qu'il « résulte de ces textes [les articles 544 et 1134 du code civil] que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ».

Par cet arrêt bien accueilli par la doctrine, la troisième chambre civile a donc admis la possibilité, et donc l'existence virtuelle, de droits réels d'un genre nouveau, comprendre non expressément prévus par le code civil.

La solution qu'il porte est, à la réflexion, doublement adossée sur l'ordre public.

Négativement, en ce que cet arrêt signifie implicitement mais nécessairement qu'il n'existe pas, en droit des biens, de règle impérative s'opposant par principe à la création d'un droit réel inédit, en sorte que celui-ci pourrait être valablement et librement créé par la volonté des propriétaires.

Positivement, en ce que la Cour de cassation prend soin de rappeler aux futurs créateurs de droits réels nouveaux que leur création ne saurait heurter une règle impérative, issue d'autres législations, quelle qu'elle soit.





LIVRE 4

**JURISPRUDENCE
DE LA COUR**

Reproduction autorisée avec indication de la source
Utilisation commerciale interdite

I. ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE

A. Assemblée plénière

Arrêts rendus en matière civile

Presse – Procédure – Action en justice – Assignation – Validité – Conditions – Précision et qualification du fait incriminé – Défaut – Cas – Fait doublement qualifié d'injure et de diffamation

Ass. plén., 15 février 2013, pourvoi n° 11-14.637, Bull. 2013, Ass. plén., n° 1, rapport de Mme Feydeau et avis de M. Marin

Selon l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, qui doit recevoir application devant la juridiction civile, l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé et énoncer le texte de loi applicable. Est nulle une assignation retenant pour le même fait la double qualification d'injure et de diffamation.

Par suite, une cour d'appel ayant constaté que des propos identiques ou quasiment identiques, même figurant pour certains dans des commentaires publiés à des dates distinctes, se trouvaient poursuivis sous deux qualifications différentes, en a déduit à bon droit que ce cumul de qualifications étant de nature à créer pour les défenderesses une incertitude préjudiciable à leur défense, l'assignation était nulle en son entier.

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse n'exclut pas que les infractions qu'elle réprime, à l'exception des délits de diffamation envers les administrations publiques et les fonctionnaires (article 46 de la loi), puissent donner lieu à des actions civiles.

Pendant plus d'un siècle, les juridictions civiles, saisies de telles actions, ont appliqué les règles du code de procédure civile, en sorte que le demandeur, tenu de démontrer, selon les modes de preuve admis au procès civil, que les éléments de l'infraction poursuivie étaient caractérisés, pouvait, en choisissant cette voie, s'affranchir des contraintes procédurales qui se seraient imposées à lui s'il avait agi devant le juge pénal. Il était seulement tenu de respecter le court délai de prescription.

Lorsque s'est amorcé, en 1992, le mouvement jurisprudentiel dans le sens de l'application des règles processuelles de la loi de 1881 au procès civil, et quand a été énoncé le principe selon lequel « aucune disposition législative n'écarter l'application de l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 dans le cas d'une action exercée séparément de l'action publique devant une juridiction civile » (2^e Civ., 22 juin 1994, pourvoi n° 92-19.460, *Bull.* 1994, II, n° 164), s'est posée la question de savoir comment adapter au procès civil les exigences légales d'un texte pénal, concernant notamment le régime de la preuve du fait diffamatoire. La prééminence des dispositions pénales s'est peu à peu imposée, y compris en matière de référé, et l'évolution jurisprudentielle, confortée par deux arrêts de l'assemblée plénière du 12 juillet 2000 (pourvoi n° 98-10.160, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 8; pourvoi n° 98-11.155, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 8) énonçant que « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent

être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil», a conduit à l'instauration d'un régime unique du procès de presse, imposant notamment à la victime, quelle que soit la voie choisie, de respecter les formalités de l'article 53 de la loi, sous peine de nullité de la citation ou de l'assignation.

Dans la ligne de cette jurisprudence, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 19 mars 2009, confirmant une ordonnance du juge de la mise en état, avait prononcé la nullité d'une assignation qui poursuivait les mêmes faits sous la double qualification d'injure et de diffamation. Cet arrêt avait été cassé, le 8 avril 2010, par la première chambre civile de la Cour de cassation, laquelle, assouplissant les exigences de l'article 53, avait jugé que pour satisfaire aux prescriptions de ce texte, il suffisait que la citation indique exactement au défendeur les faits et infractions qui lui étaient reprochés, sans qu'il soit nécessaire que l'assignation précise ceux des faits qui constitueraient des injures et ceux qui constitueraient des diffamations. La cour d'appel de renvoi a résisté et, par décision du 15 février 2011, a prononcé à nouveau la nullité de l'assignation.

L'assemblée plénière rejette le pourvoi dans l'arrêt ici commenté.

Après avoir affirmé que l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 devait recevoir application devant la juridiction civile, elle juge que des propos identiques ou quasiment identiques, même figurant dans des commentaires publiés à des dates différentes, ne pouvaient être poursuivis sous deux qualifications différentes, ce cumul de qualifications étant de nature à créer, pour les défenderesses, une incertitude préjudiciable à leur défense. Elle approuve donc la cour d'appel qui avait annulé, en son entier, l'assignation comportant une telle irrégularité.

Ainsi, la formation la plus solennelle de la Cour de cassation a entendu poursuivre dans la voie de l'uniformisation du régime du procès de presse.

Convention européenne des droits de l'homme – Article 8 – Respect de la vie familiale – Compatibilité – Code de la sécurité sociale – Article L. 512-2 – Portée

Ass. plén., 5 avril 2013, pourvoi n° 11-17.520, Bull. 2013, Ass. plén., n° 2, rapport de M. Huglo et avis de M. Azibert

Ass. plén., 12 juillet 2013, pourvoi n° 11-17.520, Bull. 2013, Ass. plén., n° 4, rapport de M. Huglo et avis de M. Azibert (arrêt interprétatif)

Les articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction issue respectivement de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 et du décret n° 2006-234 du 27 février 2006 qui revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne méconnaissent les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Sécurité sociale, prestations familiales – Prestations – Bénéficiaires – Enfant mineur étranger résidant en France – Conditions – Production du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration – Exception – Cas – Application de l'Accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 (CE – Algérie)

Mêmes arrêts

Il se déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'en application de l'article 68 de l'accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République Algérienne démocratique et populaire, d'autre part, d'effet direct, applicable aux prestations familiales en vertu des paragraphes 1 et 3, l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application de l'accord implique qu'un ressortissant algérien résidant légalement dans un État membre soit traité de la même manière que les nationaux de l'État membre d'accueil, de sorte que la législation de cet État membre ne saurait soumettre l'octroi d'une prestation sociale à un tel ressortissant algérien à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants.

Dans ce cas, l'application des articles L. 512-2, D. 512-1 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale qui, en ce qu'ils soumettent le bénéfice des allocations familiales à la production du certificat médical délivré par l'Office français de l'intégration et de l'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial, instituent une discrimination directement fondée sur la nationalité, doit être écartée.

Sécurité sociale, prestations familiales – Prestations – Bénéficiaires – Enfant mineur étranger résidant en France – Conditions – Production du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration – Exception – Cas – Application de la décision 3/80 du conseil d'association CEE-Turquie du 19 septembre 1980

Ass. plén., 5 avril 2013, pourvoi n° 11-18.947, Bull. 2013, Ass. plén., n° 3, rapport de M. Huglo et avis de M. Azibert

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'en application de l'article 3 § 1 de la décision 3/80 du Conseil d'association CEE-Turquie du 19 septembre 1980, relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille, applicable aux prestations familiales aux termes de son article 4, l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application de cette décision implique qu'un ressortissant turc visé par cette dernière soit traité de la même manière que les nationaux de l'État membre d'accueil, de sorte que la législation de cet État membre ne saurait soumettre l'octroi d'un droit à un tel ressortissant turc à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants.

Dès lors, une cour d'appel en a déduit à bon droit que l'application des articles L. 512-2, D. 512-1 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale qui, en ce qu'ils soumettent le bénéfice des allocations familiales à la production d'un document attestant d'une entrée régulière des enfants étrangers en France et, en particulier pour les enfants entrés au titre du regroupement familial, du certificat médical délivré par l'Office français de l'intégration et de l'immigration, instituent une discrimination directement fondée sur la nationalité, devait être écartée en l'espèce.

Par ces deux arrêts du 5 avril 2013, l'assemblée plénière a été amenée à statuer à nouveau sur la conventionnalité des articles L. 512-2, D. 512-1 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale, tels qu'issus de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006. Si, par deux arrêts rendus le 3 juin 2011 (pourvoi n° 09-71.352, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 5 ; pourvoi n° 09-69.052, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 6 ; sur la jurisprudence relative à la législation antérieure à la loi du

19 décembre 2005, voir Ass. plén., 16 avril 2004, pourvoi n° 02-30.157, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 8 ; 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 04-30837, *Bull.* 2006, II, n° 238 ; 2^e Civ., 6 décembre 2006, pourvoi n° 05-12.666, *Bull.* 2006, II, n° 342), l'assemblée plénière avait jugé que les dispositions précitées ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne méconnaissent les dispositions de l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, solution réitérée dans l'arrêt 1, la question posée par les deux pourvois invitait la Cour de façon nouvelle à examiner la conformité de ces dispositions du code de la sécurité sociale au regard tant des articles 68 et 69 de l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses membres d'une part, la République algérienne démocratique et populaire d'autre part, signé le 22 avril 2002 (l'Accord euro-méditerranéen d'association CE/Algérie), que de l'article 3, § 1, de la décision 3/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille (arrêt 2).

L'Accord euro-méditerranéen d'association CE/Algérie (voir la décision 2005/690/CE du Conseil du 18 juillet 2005 concernant sa conclusion, *JO de l'Union européenne* n° L 265 du 10 octobre 2005, p. 1) remplace, aux termes de son article 110, § 2, l'Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et la République algérienne démocratique et populaire (accord de coopération CEE/Algérie) approuvé par le règlement (CEE) n° 2210/78 du Conseil du 26 septembre 1978 (*JO des Communautés européennes* n° L 263 du 27 septembre 1978, p. 1), ainsi que l'accord entre les États membres de la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la République algérienne démocratique et populaire, signés tous deux à Alger le 26 avril 1976. Selon l'article 68, § 1, de cet accord d'association, « les travailleurs de nationalité algérienne et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient, dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés. »

Si la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas encore prononcée sur l'effet direct de cet article 68, en revanche, elle avait reconnu l'effet direct de l'article 39, § 1, de l'Accord de coopération CEE/Algérie précité qui instaurait déjà la même règle d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale (CJCE, arrêt du 5 avril 1995, Krid/Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, C-103/94, points 21 à 24 ; CJCE, arrêt du 15 janvier 1998, Babahenini/État belge, C-113/97, points 17 et 18). Cette jurisprudence a été appliquée fidèlement par la chambre sociale (Soc., 20 mai 1999, pourvoi n° 97-16.691, *Bull.* 1999, V, n° 230 ; et auparavant, Soc., 17 octobre 1996, pourvoi n° 95-10.956, *Bull.* 1996, V, n° 330, *RJS* décembre 1996, n° 1327 ; Soc., 7 mai 1991, pourvoi n° 88-15407, *Bull.* 1991, V, n° 231, *D.* n° 39 du 14 novembre 1991, somm. p. 349, obs. X. Prétot, *RJS* juin 1991, n° 754).

Par ailleurs, la Cour de justice a reconnu l'effet direct des dispositions similaires de l'article 65, § 1, de l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres et le Royaume du Maroc signé le 26 février 2006 (CJCE, ordonnance du 13 juin 2006, Echouikh, C-336/05 ; CJCE, ordonnance du 17 avril 2007, El Youssfi, C-276/06). La même jurisprudence a été adoptée

pour les dispositions similaires instaurant l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale de l'article 64, § 1, de l'Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres et la République tunisienne, signé le 17 juillet 1995 (CJCE, 14 décembre 2006, Gattoussi, C-97/05).

Il convient de remarquer que les ordonnances *Echouikh* et *El Youssefi* de la Cour de justice ont été adoptées selon la procédure prévue à l'article 104, § 3, du règlement de procédure de cette dernière, c'est-à-dire lorsque la réponse à la question préjudicielle « peut être clairement déduite de la jurisprudence ». L'assemblée plénière en a déduit dans l'arrêt 1 que l'effet direct de l'article 68 de l'Accord euro-méditerranéen CE/Algérie était hors de doute, sans qu'il y ait lieu de poser sur ce point une question préjudicielle à la Cour de justice.

Antérieurement à ces décisions rendues par simple ordonnance (voir auparavant CJCE, ordonnance du 12 février 2003, Alami, C-23/02, jugeant incompatible avec l'article 41, § 1, de l'Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et le Royaume du Maroc [Accord de coopération CEE/Maroc], signé le 27 avril 1976, le refus d'accorder à un travailleur de nationalité marocaine résidant sur son territoire le bénéfice d'un complément d'ancienneté majorant le montant de base de l'allocation de chômage au seul motif qu'aucune convention internationale ne prévoit la prise en considération des périodes de travail effectuées par l'intéressé dans un autre État membre, alors qu'une telle condition n'est pas imposée aux travailleurs ressortissants de l'État membre d'accueil), la Cour de justice avait répondu, par arrêt, à plusieurs questions préjudicielles émanant notamment de juridictions françaises. Elle a ainsi :

- déclaré incompatible avec l'article 41, § 1, de l'Accord de coopération CEE/Maroc précité la législation belge subordonnant à une condition de nationalité l'octroi d'une allocation d'attente en faveur des jeunes demandeurs d'emploi (CJCE, 31 janvier 1991, Office national de l'emploi/Kziber, C-18/90, p. 199);
- jugé incompatible avec ce même article 41, § 1, la législation belge refusant d'accorder une allocation pour handicapés au motif que le travailleur est de nationalité marocaine (CJCE, 20 avril 1994, Youssefi, C-58/93);
- déclaré incompatible avec l'article 39, § 1, de l'Accord de coopération CEE/Algérie précité la législation française refusant d'accorder une allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité à la veuve d'un travailleur algérien au motif de sa nationalité algérienne (CJCE, 5 avril 1995, Krid/Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, C-103/94);
- jugé incompatible avec l'article 41, § 1, de l'Accord de coopération CEE/Maroc précité la législation néerlandaise instituant une condition de nationalité pour bénéficier d'avantages transitoires en matière de pension de vieillesse (CJCE, 3 octobre 1996, Hallouzi-Choho/Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, C-126/95);
- jugé incompatible avec l'article 39, § 1, de l'Accord de coopération CEE/Algérie précité la législation française refusant l'octroi d'une allocation pour handicapés à l'épouse handicapée d'un travailleur algérien, motif pris de sa nationalité (CJCE, 15 janvier 1998, Babahenini/État belge, C-113/97).

Selon cette jurisprudence constante, les personnes relevant du champ d'application des dispositions des accords de coopération ou d'association précités peuvent prétendre

aux prestations de sécurité sociale dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre d'accueil, sans que la législation de ce dernier puisse leur imposer des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables aux ressortissants de cet État (voir, notamment, arrêt *Hallouzi-Chobo* préc., point 36, et ordonnance *Alami* préc., point 31 : doit ainsi être considérée comme incompatible avec ledit principe de non-discrimination l'application aux personnes visées à l'article 41, § 1, de l'Accord de coopération CEE/Maroc, non seulement de l'exigence de la nationalité de l'État membre concerné, mais également de toute autre condition qui n'est pas requise pour les nationaux).

L'assemblée plénière juge, dans le premier arrêt (pourvoi n° 11-17.520), que les dispositions en cause du code de la sécurité sociale instituent une discrimination directement fondée sur la nationalité, étant rappelé que les textes précités du code de la sécurité sociale visent eux-mêmes uniquement certains étrangers et ne peuvent être considérés comme étant indistinctement applicables au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, par l'intermédiaire de la production exigée du certificat de contrôle médical remis par l'administration française à l'issue de la procédure de regroupement familial, l'octroi des prestations familiales demandées par un ressortissant étranger en situation régulière est subordonné à l'entrée régulière des enfants mineurs nés à l'étranger, c'est-à-dire au respect de la procédure de regroupement familial. Or les ressortissants français dont certains enfants seraient nés à l'étranger ne sont pas tenus, pour percevoir les prestations familiales dans le cas du retour de ces enfants sur le territoire national, au respect de la procédure de regroupement familial, qui n'est évidemment applicable qu'aux étrangers ressortissants d'un État non-membre de l'Union européenne.

En ce qui concerne le second arrêt (pourvoi n° 11-18.947), relatif à un ressortissant turc, la décision 3/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille (*JO des Communautés européennes*, n° C110 du 25 avril 1983, p. 60) vise à coordonner les régimes de sécurité sociale des États membres en vue de faire bénéficier les travailleurs turcs occupés ou ayant été occupés dans l'un ou plusieurs des États membres de la Communauté, ainsi que les membres de leur famille et leurs survivants, de prestations dans les branches traditionnelles de la sécurité sociale. À cet effet, les dispositions de cette décision sont reprises, pour l'essentiel, de certaines dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (*JO des Communautés européennes* n° L 149 du 5 juillet 1971, p. 2). L'article 3, § 1, de cette décision 3/80, intitulé « Égalité de traitement » et qui reprend le libellé de l'article 3, § 1, du règlement n° 1408/71, dispose : « Les personnes qui résident sur le territoire de l'un des États membres et auxquelles les dispositions de la présente décision sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci sous réserve des dispositions particulières de la présente décision. »

Dans son arrêt *Sürül* du 4 mai 1999 (C-262-96), la Cour de justice a reconnu l'effet direct de l'article 3, § 1, de la décision 3/80. Par ailleurs, dans cet arrêt, elle a jugé que « le principe, inscrit à l'article 3, paragraphe 1, de la décision 3/80, de l'absence de

toute discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application de cette décision implique qu'un ressortissant turc visé par cette dernière soit traité de la même manière que les nationaux de l'État membre d'accueil, de sorte que la législation de cet État membre ne saurait soumettre l'octroi d'un droit à un tel ressortissant turc à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants [...] » (point 97).

En présence, comme dans le premier arrêt, d'une discrimination directe, l'assemblée plénière n'était pas en droit d'examiner l'existence de justifications possibles. En effet, les discriminations directes, et notamment les discriminations directement fondées sur la nationalité, ne peuvent être justifiées que par des dispositions expresses du traité, telles que, par exemple, en matière de libre circulation des marchandises, l'article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne; en matière de libre prestation des services et de liberté d'établissement, les articles 51 et 52 de ce même Traité; en matière de libre circulation des travailleurs, l'article 45, § 3, du même Traité. En revanche, les discriminations indirectes peuvent être légitimées par des justifications dont la terminologie diffère suivant les domaines : « raisons impérieuses d'intérêt général » en matière de libre circulation des personnes; « exigences impérieuses » en matière de libre circulation des marchandises; « éléments objectifs étrangers toute discrimination » en matière d'égalité de traitement. La Cour de justice l'a rappelé dans des arrêts nécessairement anciens dans la mesure où la diffusion du droit de l'Union conduit à rendre rares des discriminations directement fondées sur la nationalité (ainsi, CJCE, arrêt du 16 décembre 1992, *Commission/Belgique*, C-211/91, points 10 et 11 : « Les justifications avancées par le gouvernement belge ne relèvent d'aucune des exceptions à la libre prestation de services admises par l'article 56, à savoir l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique. Or, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour (voir notamment arrêt du 25 juillet 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, point 11, C-288/89 [...]), seules ces exceptions peuvent être invoquées utilement pour justifier des réglementations nationales qui ne sont pas indistinctement applicables aux prestations de service quelle qu'en soit l'origine »; voir également CJCE, arrêt du 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders/État néerlandais*, C-352/85, points 32 à 34; CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, *Commission/Pays-Bas*, C-353/89, point 15; CJCE, arrêt du 4 mai 1993, *Federación de Distribuidores Cinematográficos/État espagnol*, C-17/92, point 16).

Cette jurisprudence a été appliquée par la Cour de justice en ce qui concerne l'article 3, § 1, de la décision 3/80 du Conseil d'association. Ainsi, dans l'arrêt *Öztürk* (CJCE, arrêt du 28 avril 2004, C-373/02), elle a examiné, au regard de la prohibition des discriminations indirectes, la législation autrichienne qui subordonnait l'ouverture du droit à une pension de vieillesse anticipée pour cause de chômage à la condition que l'intéressé ait bénéficié, pendant une certaine période précédant la demande de pension, de prestations de l'assurance chômage autrichienne uniquement. Dans la mesure où une telle législation s'applique indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés, elle a conclu néanmoins à l'existence d'une discrimination indirecte et a examiné l'existence d'un objectif légitime de politique sociale, dont elle a rejeté d'ailleurs la pertinence. De même, dans son arrêt *Kocak et Örs* relatif également à l'article 3, § 1, de la décision 3/80 (CJCE, arrêt du 14 mars 2000, affaires jointes C-102/98 et C-211/98), elle a jugé ainsi : « Une réglementation telle que celle en cause au principal ne comportant dès lors pas de différence de traitement susceptible de constituer

une discrimination indirecte en raison de la nationalité, il n'y a plus lieu d'examiner si elle est justifiée par des considérations objectives et si elle est proportionnée aux objectifs légitimement poursuivis par le droit national (voir, à cet égard, arrêts du 15 janvier 1998, *Schöning-Kougebetopoulou/Freie* [...], C-15/96, point 21, et du 7 mai 1998, *Clean Car Autoservice*, C-350/96, [...], points 30 et 31)» (point 52).

L'on relèvera par ailleurs que la décision 3/80 du Conseil d'association ne comporte pas de disposition similaire à celle de l'article 14 de la décision 1/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative au développement de l'association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, qui dispose que «les dispositions de la présente section sont appliquées sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publiques».

Si tant est que l'on puisse interpréter la Convention internationale des droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989 non pas seulement comme justifiant une législation telle que la législation française, mais comme rendant obligatoirement nécessaire l'adoption d'une telle législation, l'assemblée plénière a estimé, en application de la règle de l'article 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (article 351 du TFUE, ex-article 307, et auparavant 234, du Traité instituant la Communauté européenne), que «les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1^{er} janvier 1958 [date de l'entrée en vigueur du Traité de Rome] ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités. Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec les traités, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune.», que cette convention n'est pas de nature à permettre à un État membre de ne pas respecter ses obligations communautaires résultant de l'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie du 12 octobre 1963 qui, en tout état de cause, est antérieur à la Convention internationale des droits de l'enfant.

Par ailleurs, compte tenu de la nature mixte des accords d'association, qui sont à la fois approuvés par une décision du Conseil de l'Union européenne, et ratifiés par les États membres (du fait des compétences partagées entre l'Union et les États membres pour certaines matières), et qui sont donc en partie des normes adoptées sur le fondement des traités (la possibilité de signer des accords d'association est prévue par les articles 217 et suivants du TFUE), la Cour de justice en a déduit, depuis l'arrêt *Demirel* (CJCE, arrêt du 30 septembre 1987, C-12/86; voir aussi CJCE, arrêt du 14 novembre 1989, *Grèce/Commission*, C-30/88; CJCE, arrêt du 20 septembre 1990, *Sevince/Staatssecretaris van Justitie*, C-192/89), que «les dispositions d'un accord conclu par le Conseil [...] forment partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de cet accord, de l'ordre juridique communautaire» (point 8), que, «du fait de leur rattachement direct à l'accord qu'elles mettent en œuvre, les décisions du conseil d'association font, au même titre que l'accord lui-même, partie intégrante, à partir de leur entrée en vigueur, de l'ordre juridique communautaire» (point 9) et que la Cour de justice est dès lors «compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'accord en tant qu'acte pris par une des institutions de la Communauté» (point 10) (CJCE, arrêt du 20 septembre 1990, *Sevince*,

préc.). Il semble dès lors que la Cour de justice considère les accords d'association comme étant du droit communautaire dérivé, c'est-à-dire comme des normes faisant partie du corpus juridique produit par les institutions de l'Union. Par voie de conséquence, ce n'est pas la date de l'entrée en vigueur de l'accord d'association lui-même qui doit être considérée, mais la date de l'entrée en vigueur du Traité de Rome sur le fondement duquel les accords d'association sont conclus, soit le 1^{er} janvier 1958, pour examiner si le droit communautaire est susceptible de ne pas affecter les dispositions d'une convention signée antérieurement au Traité de Rome par un ou plusieurs États membres avec des États tiers. En tout état de cause, la difficulté n'existait pas pour l'Accord d'association CEE/Turquie.

En ce qui concerne l'Accord euro-méditerranéen d'association CE/Algérie du 22 avril 2002, soit postérieur à la Convention internationale des droits de l'enfant, il existait une difficulté, mais son article 110, § 2, dispose que « dès son entrée en vigueur, le présent accord remplace l'accord de coopération entre la Communauté économique européenne et la République algérienne démocratique et populaire [...] signé [...] à Alger le 26 avril 1976 ». Or, ainsi qu'il a été dit, l'article 39, § 1, de l'Accord de coopération CEE/Algérie instaurait déjà la même règle d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, disposition déclarée d'effet direct par la Cour de justice (CJCE, arrêt du 5 avril 1995, Krid/Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, C-103/94, points 21 à 24, et CJCE, arrêt du 15 janvier 1998, Babahenini/État belge, C-113/97, points 17 et 18). En conséquence, au moment de la ratification par la France de la Convention internationale des droits de l'enfant, celle-ci était déjà tenue, en vertu de l'Accord de coopération CEE-Algérie précité, de respecter le principe d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale. Dès lors, l'État membre ne pouvait, par la ratification d'une convention internationale signée avec des États tiers, se dispenser de respecter ses obligations communautaires.

En tout état de cause, l'assemblée plénière n'a pas jusqu'ici retenu une interprétation de l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant identique à celle retenue par la deuxième chambre civile dans son arrêt du 15 avril 2010 (pourvoi n° 09-12.911, *Bull.* 2010, II, n° 85).

Si l'assemblée plénière avait identifié une contrariété entre le droit de l'Union résultant de l'Accord euro-méditerranéen d'association CE/Algérie et de la décision 3/80 du Conseil d'association du 19 septembre 1980 relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille et la Convention internationale des droits de l'enfant, la France aurait été tenue, en vertu de l'article 351, alinéa 2, du TFUE, de dénoncer la Convention internationale des droits de l'enfant.

Sécurité sociale, accident du travail – Cotisations – Taux – Fixation – Taux individuel – Accidents ou maladies professionnelles prises en considération – Maladies professionnelles – Dépenses engagées par la caisse – Inscription au compte spécial – Conditions – Détermination

Ass. plén., 12 juillet 2013, pourvoi n° 11-18.735, Bull. 2013, Ass. plén., n° 5, rapport de M. Buisson et avis de M. Azibert

Le cancer broncho-pulmonaire primitif ayant été inscrit au tableau n° 30 instauré par le décret n° 85-630 du 19 juin 1985, dont l'annulation partielle n'a pas eu pour effet

de l'en retirer, l'inscription de ses conséquences financières au compte spécial ne peut être décidée dès lors que fait défaut la condition nécessaire de l'antériorité de l'exposition, quel que soit le tableau qui, en vigueur au temps de la déclaration de ladite maladie, en l'espèce le tableau n° 30 bis, régit les conditions de sa reconnaissance.

Par l'arrêt ici commenté, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, sur la délicate question de l'inscription au compte spécial au cas de succession de tableaux de maladies professionnelles, met fin à une jurisprudence de la deuxième chambre civile qui avait d'ailleurs, récemment, amorcé une évolution en ce sens.

En 2005, le salarié d'une société, au sein de laquelle il était employé depuis février 1975, avait déclaré être atteint d'un cancer broncho-pulmonaire primitif, maladie professionnelle qui, inscrite au tableau n° 30 bis, avait été constatée médicalement pour la première fois en décembre 2004.

Après le rejet de son recours gracieux contre la décision de prise en charge de cette maladie au titre de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles puis l'inscription à son compte employeur des dépenses afférentes à cette maladie, ladite société avait sollicité de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAAT) l'inscription au compte spécial, en soutenant :

- qu'en toute hypothèse, l'exposition, qui avait pris fin en 1992, se situait avant l'entrée en vigueur du tableau n° 30 bis, instauré par le décret n° 96-445 du 22 mai 1996 modifiant et complétant les tableaux de maladies professionnelles annexés au livre IV du code de la sécurité sociale, prévoyant le cancer broncho-pulmonaire primitif provoqué par l'inhalation des poussières d'amiante, alors que la pathologie avait été constatée pour la première fois postérieurement à cette date ;
- que le tableau n° 30 entré en vigueur en 1985 visait les cancers broncho-pulmonaires primitifs quand la relation avec l'amiante est caractérisée, sans qu'aucune précision ne soit alors apportée quant à la liste des travaux susceptibles de provoquer cette maladie, précision qui n'avait été apportée que par le tableau n° 30 bis ;
- qu'elle ne pouvait, avant l'entrée en vigueur du tableau n° 30 bis, avoir conscience de ce que les travaux d'entretien et de maintenance effectués par le salarié sur des équipements contenant des matériaux à base d'amiante étaient susceptibles de provoquer un tel cancer.

En défense, la caisse régionale d'assurance maladie d'Île-de-France (CRAMIF) avait soutenu que, le cancer broncho-pulmonaire primitif dû à l'amiante étant désigné au tableau n° 30 depuis le 19 juin 1985, la victime avait donc été exposée au risque après l'identification et la reconnaissance de cette maladie, par un tableau, au titre des maladies professionnelles.

Par arrêt en date du 22 janvier 2009, la CNITAAT avait, au visa de l'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale et de l'arrêté du 16 octobre 1995 pris pour l'application de l'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale relatif à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles, fixant les conditions d'inscription au compte spécial, débouté la société de sa demande au motif que, le « cancer broncho-pulmonaire primitif » figurant dans le tableau n° 30 établi par le décret n° 76-34

du 5 janvier 1976, l'exposition au risque de l'amiante avait eu lieu postérieurement à la reconnaissance de cette maladie professionnelle.

Sur pourvoi de la société, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, par arrêt du 6 mai 2010 (pourvoi n° 09-12.643) rendu au visa de l'article 2, 2°, de l'arrêt interministériel du 16 octobre 1995 précité, cassé et annulé l'arrêt attaqué en considérant « qu'en statuant par une telle assimilation [des tableaux n° 30 et 30 bis], alors que la prise en charge d'un cancer broncho-pulmonaire primitif au titre du tableau n° 30 bis, seul applicable en l'espèce, répond à des conditions distinctes de celles retenues par le tableau n° 30 E antérieurement applicable, la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail a violé les textes susvisés ».

Statuant sur renvoi après cassation par un arrêt en date du 31 mars 2011, la CNITAAT a, rejetant les prétentions de la société, dit n'y avoir lieu à inscription au compte spécial, aux motifs que « le cancer broncho-pulmonaire primitif a été inscrit initialement au tableau n° 30 des maladies professionnelles par décret du 19 juin 1985 et se trouvait donc connu des parties dès cette date » et que le tableau n° 30 bis créé par le décret du 22 mai 1996 n'a, en isolant ce cancer des autres pathologies consécutives à l'inhalation de poussières d'amiante, fait que modifier les conditions administratives de la reconnaissance d'une maladie déjà référencée et répertoriée dans le tableau de 1985 dont l'annulation par le Conseil d'État, dans son arrêt du 10 juin 1994 (CE, 10 juin 1994, n° 132667, publié au *Recueil Lebon*), n'a pas atteint l'inscription de ladite maladie dans un tableau.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a été saisie sur pourvoi de la société.

En l'état du dossier, il s'agissait de savoir si, statuant sur l'inscription au compte spécial des conséquences financières de la prise en charge d'une maladie professionnelle, le juge ne devait appliquer qu'un seul tableau de maladies professionnelles, celui qui était en vigueur au jour de la déclaration, ou tenir compte de la succession de deux tableaux relativement à une même maladie pour opérer une application distributive de ces tableaux entre la déclaration et l'inscription au compte spécial.

L'exposition du salarié à l'amiante n'étant pas discutée dans la présente espèce, il suffit, sans revenir sur le dispositif issu de la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, de rappeler que la qualification de « maladie professionnelle » suppose, outre la preuve rapportée par le salarié de l'exposition habituelle au risque considéré, que la maladie en cause soit inscrite dans l'un des tableaux prévus aux articles L. 461-2 et R. 461-3 du code de la sécurité sociale et obéisse aux conditions posées par le tableau applicable.

En revanche, le contentieux de l'espèce implique de préciser qu'aux termes de l'article L. 461-2 précité, la révision des tableaux résulte d'un décret, qui peut être l'objet d'un contrôle de légalité. Tel a été le cas pour les maladies provoquées par l'amiante, dont la nocivité, détectée très tôt, a donné lieu, entre 1945 et 1996, à quatre révisions rendues nécessaires par l'évolution des connaissances scientifiques. Ainsi, le cancer broncho-pulmonaire primitif a été inscrit dans le tableau instauré par l'article 6 du décret n° 85-630 du 19 juin 1985, que le Conseil d'État a, usant de la pratique de « l'annulation en tant que » laissant intactes les autres dispositions divisibles du décret, considéré comme illégal « en tant que ce tableau ne mentionne les cancers broncho-pulmonaires primitifs que "quand la relation avec l'amiante est médicalement caractérisée" » (CE, 10 juin 1994, n° 132667, préc.).

Dérogatoire au principe de la responsabilisation de l'employeur que porte l'inscription à son compte des conséquences financières de la prise en charge d'une maladie professionnelle, l'inscription de ces conséquences au compte spécial, régie par l'arrêté du 16 octobre 1995 pris pour l'application de l'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale relatif à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles, obéit à la logique de la mutualisation d'un risque qui ne peut – ou ne doit – pas être individualisé dans une entreprise. En application de l'article D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale, l'arrêté du 16 octobre 1995, dans sa rédaction applicable à l'espèce, a, en son article 2, 2°, édicté qu'une telle inscription requiert une double exigence : d'inscription à un tableau, en l'espèce le tableau n° 30, d'une part, de chronologie supposant l'intervention d'une première constatation médicale après l'entrée en vigueur du tableau concerné et l'exposition au risque avant l'entrée en vigueur dudit tableau, d'autre part.

Au cas de succession de tableaux, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation considérait jusqu'alors, dans le sens de l'arrêt à l'origine de la rébellion des juges du fond, qu'« en statuant ainsi par une telle assimilation, alors que la prise en charge d'un cancer broncho-pulmonaire primitif au titre du tableau n° 30 bis, seul applicable en l'espèce, répond à des conditions distinctes de celles retenues par le tableau n° 30 E antérieurement applicable, la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail a violé les textes susvisés » (2^e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 10-14.636, *Bull.* 2011, II, n° 57. Voir aussi, 2^e Civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-21.688 et pourvoi n° 08-21.848 ; 2^e Civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-24.177). Elle avait toutefois jugé, plus récemment, que « de ces constatations et énonciations, la Cour nationale a justement déduit que le salarié victime avait été exposé au risque à une date postérieure à la date d'entrée en vigueur du tableau n° 30 concernant sa maladie de sorte que la société ne pouvait prétendre à l'inscription au compte spécial des frais liés à celle-ci » (2^e Civ., 14 mars 2013, pourvoi n° 11-28.417).

Parallèlement, il était établi, aux termes d'une jurisprudence constante, que « même dans le cas où les dépenses afférentes à la maladie professionnelle sont inscrites au compte spécial en raison de ce que celle-ci n'a été inscrite au tableau que postérieurement à la période d'exposition au risque, la caisse primaire d'assurance maladie, tenue de faire l'avance des sommes allouées en réparation du préjudice de caractère personnel, conserve contre l'employeur dont la faute inexcusable a été reconnue le recours prévu par l'article L. 452-3, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale » (2^e Civ., 14 décembre 2004, pourvoi n° 03-30.247, *Bull.* 2004, II, n° 520) ou encore que « l'inscription au compte spécial du montant des prestations légales afférentes à la maladie, lorsque le salarié a été exposé au risque chez plusieurs employeurs, ne fait pas obstacle à ce qu'en cas de faute inexcusable de l'un des employeurs, la caisse récupère le montant de la majoration de la rente auprès de ce dernier par l'imposition de la cotisation complémentaire prévue à l'article L. 452-2 du code de la sécurité sociale » (2^e Civ., 11 octobre 2012, pourvoi n° 11-22.066, *Bull.* 2012, II, n° 165. Voir aussi, 2^e Civ., 3 février 2011, pourvoi n° 09-16.364).

La question de la reconnaissance de la maladie professionnelle et celle de l'imputation de ses conséquences financières au compte spécial sont évidemment liées par une condition similaire : l'inscription à un tableau de maladies professionnelles. Ordinairement, la condition de l'inscription au tableau est remplie par le recours au même tableau,

celui qui est en vigueur au temps de la déclaration. Cependant, la question était posée de savoir si, lorsque la maladie en cause a fait l'objet de tableaux successifs en raison des circonstances de l'espèce et de l'évolution des connaissances scientifiques, la condition de l'inscription devait demeurer caractérisée dans le seul tableau applicable au temps de la déclaration ou pouvait l'être dans un tableau antérieur.

En faveur de cette dernière position, on pouvait relever l'autonomie existant entre deux institutions, la déclaration et l'inscription au compte spécial, qui, ayant un fondement, un objet et une finalité distincts, obéissent à des logiques et des régimes juridiques différents. Sous ce regard, on pouvait considérer que la maladie étant inscrite dans un tableau, donc reconnue, la révision dudit tableau n'avait d'autre objet, dicté par l'évolution des connaissances scientifiques, que de modifier les conditions de sa prise en charge, en sorte qu'il était possible de procéder à une application distributive des tableaux, le plus ancien régissant l'inscription au compte spécial et le plus récent la déclaration.

Cette solution paraissait tout autant inspirée par la logique juridique en ce que :

- elle répondait au fondement du compte spécial, la mutualisation, qui ne peut trouver application que pour un risque ignoré au moment de l'exposition, alors qu'en l'espèce, déclaré en 2005, le cancer broncho-pulmonaire primitif était inscrit dans un tableau des maladies professionnelles depuis 1985 ;
- elle prévenait une contradiction prévisible, du fait d'une jurisprudence ci-dessus exposée, entre l'inscription au compte spécial et la reconnaissance ultérieure d'une faute inexcusable, particulièrement à propos du contentieux des maladies provoquées par l'amiante.

Rejetant le pourvoi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation se prononce en ce sens, en considérant que « le cancer broncho-pulmonaire primitif constitue l'une des maladies, résultant des poussières d'amiante, incluses dans le tableau n° 30, instauré par le décret n° 85-630 du 19 juin 1985, dont l'annulation partielle, tirée de l'abrogation de la présomption d'imputabilité, n'a pas eu pour effet de retirer cette maladie dudit tableau ; qu'ayant relevé que [l'employé] avait été exposé à l'amiante jusqu'en 1992, donc postérieurement à l'entrée en vigueur de ce décret, la Cour nationale en a exactement déduit que faisait défaut la condition d'exclusive antériorité de l'exposition, nécessaire à l'inscription au compte spécial, quel que soit le tableau qui, applicable au moment de la déclaration de ladite maladie, en l'occurrence le tableau n° 30 bis, régissait les conditions de sa reconnaissance ».

Sécurité sociale, allocations diverses – Allocation spécifique de cessation anticipée d'activité – Attribution – Salaire de référence – Fixation – Conditions – Affiliation au régime général – Exclusion – Portée

Ass. plén., 20 décembre 2013, pourvoi n° 12-24.706, Bull. 2013, Ass. plén., n° 6, rapport de M. Rémerly et avis de M. Azibert

En application de l'article 41 II de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999, ensemble l'article 2 du décret n° 99-247 du 29 mars 1999, le montant de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est déterminé sur la base d'un salaire de référence fixé d'après les

rémunérations brutes visées à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale et égal à leur moyenne mensuelle actualisée des douze derniers mois d'activité du bénéficiaire.

En l'absence de l'exigence d'une condition d'affiliation au régime général, qui ne résulte pas du renvoi à ce dernier texte, les salaires perçus pendant une période d'expatriation et ayant donné lieu à cotisations à la caisse des Français de l'étranger ne sont pas exclus de la base de calcul de l'allocation.

Le montant de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (ACAATA) est calculé, selon l'article 41, II, de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999, en fonction de la moyenne actualisée des salaires mensuels bruts des douze derniers mois d'activité salariée de son bénéficiaire. L'article 2 du décret n° 99-247 du 29 mars 1999 relatif à l'allocation de cessation anticipée d'activité prévue à l'article 41 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999, décret d'application de l'article précité, précise que le salaire de référence servant de base à la détermination de l'allocation est fixé d'après les rémunérations visées à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, ce texte général définissant les éléments de rémunération servant d'assiette aux cotisations dues au régime général de la sécurité sociale. Par ailleurs, l'ACAATA est financée par un fonds *ad hoc* géré par la Caisse des dépôts et consignations, le fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA), dont les ressources sont constituées d'une fraction du droit de consommation perçu sur les tabacs (0,31 %) et, surtout, d'une contribution des branches accidents du travail et maladies professionnelles du régime général ainsi que du régime des salariés agricoles.

Se fondant sur le renvoi à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale et sur le mode spécifique de financement de l'allocation, une caisse régionale d'assurance retraite et de la santé au travail, tout en admettant le principe du versement de l'ACAATA à un salarié d'un chantier naval, avait refusé de tenir compte de sa rémunération effective pendant les douze derniers mois de son activité, au motif que, pendant cette période, l'intéressé était expatrié, hors Union européenne, et que le salaire qu'il percevait à l'étranger n'avait pas supporté les cotisations sociales au régime général, principal contributeur du FCAATA. Ce salaire n'avait donné lieu qu'à des cotisations versées à la caisse des Français de l'étranger, à laquelle l'adhésion est volontaire et facultative et qui ne participe pas au financement du fonds.

Cette position, conforme à diverses circulaires et réponses ministérielles, avait été suivie par les juges du fond, y compris sur renvoi après première cassation prononcée par un arrêt de la deuxième chambre civile du 13 janvier 2011 (pourvoi n° 10-10.980, *Bull.* 2011, II, n° 13).

L'assemblée plénière l'écarte à nouveau dans l'arrêt ici commenté, relevant que les textes, en imposant, sans restriction particulière, de prendre en considération les rémunérations des douze derniers mois d'activité de l'allocataire, n'opèrent pas de distinction et n'exigent pas une affiliation au régime général. L'assemblée plénière, pour répondre sur ce point précis à l'argument de texte tiré du renvoi précité à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, prend soin d'indiquer que la référence à ce texte d'assiette a pour seul but de définir les éléments de rémunération à prendre en compte pour le calcul de l'ACAATA, sans exclure qu'il puisse s'agir de gains perçus à l'étranger ni emporter, plus généralement, soumission au régime général avec obligation d'affiliation à celui-ci. En l'absence d'une telle condition, aucune raison déterminante ne justifie de

«geler», contre la lettre des dispositions législatives applicables, les dernières rémunérations lorsqu'elles sont perçues à l'étranger.

Par ailleurs, l'allocation est, en partie, financée par une ressource fiscale, même minime, ce qui, avec la création d'un fonds spécial pour la gérer pouvant s'apparenter à un fonds d'indemnisation, laisse penser qu'elle repose sur une idée de solidarité plus large en faveur des travailleurs victimes de leur exposition à l'amiante, c'est-à-dire une solidarité nationale et non purement professionnelle. Parce qu'elle ne présente pas ainsi toutes les caractéristiques d'une allocation contributive, dont le montant serait lié au versement préalable de cotisations alimentant le FCAATA, l'assemblée plénière décide que, pour les expatriés cotisant à la caisse des Français de l'étranger, leurs derniers salaires seront compris dans la base de calcul de l'allocation. Cette solution est conforme à la doctrine constante de la deuxième chambre civile, exprimée non seulement par le premier arrêt de cassation prononcé dans la présente affaire, précité, mais, déjà, par un arrêt du 17 décembre 2009 (pourvoi n° 08-21.791, *Bull.* 2009, II, n° 295) qui imposait un calcul en fonction de la moyenne actualisée des salaires mensuels bruts des douze derniers mois d'activité salariée «quel que soit le régime auquel l'intéressé a été affilié au cours de cette même période».

La solution retenue vaut pour les salariés expatriés hors Union européenne. Elle réserve l'application des textes spécifiques à certains régimes et l'application du droit de l'Union européenne, qui adopte, pour les travailleurs migrants, notamment les travailleurs frontaliers, une solution différente, mais proche, quoique plus délicate à mettre en œuvre, consistant à reconstituer une carrière nationale aux expatriés (CJCE, 9 novembre 2006, *Nemec*, C-205/05).

Arrêts rendus en matière pénale

Aucun arrêt rendu en 2013.

B. Chambre mixte

Arrêts rendus en matière civile

Contrats et obligations conventionnelles – Interdépendance – Contrats interdépendants – Qualification – Contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière – Effets – Clauses inconciliables avec cette interdépendance réputées non écrites

Ch. mixte, 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22.768, Bull. 2013, Ch. mixte, n° 1, rapport de Mme Kamara et avis de M. Le Mesle

Ch. mixte, 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22.927, Bull. 2013, Ch. mixte, n° 1, rapport de Mme Kamara et avis de M. Le Mesle

Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants. Sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance.

Par ces deux arrêts, la Cour de cassation met fin à une certaine disparité des solutions jurisprudentielles en matière de groupes de contrats interdépendants, comprenant à la fois une ou plusieurs conventions de prestations de services conclues par un professionnel, « pivot » de l'opération, avec une société de services, et un contrat de location du matériel nécessaire à l'exécution de ces prestations, signé par le même professionnel avec une société financière l'ayant acquis pour le lui louer.

Dans le silence des textes, la détermination de l'existence d'ensembles contractuels interdépendants, conditionnant le sort de la clause de divisibilité figurant dans les contrats de location financière, a reçu, au cours des trois dernières décennies, des réponses variées de la chambre commerciale et de la première chambre civile. En effet, ces chambres ont oscillé tour à tour entre une conception objective de l'interdépendance contractuelle, fondée notamment sur la cause, l'objet, l'intérêt, le sens ou la raison d'être d'un contrat par rapport à l'autre, et une conception subjective, relevant de la volonté des parties de rendre les contrats indivisibles, ces deux notions étant parfois combinées pour se conforter. Cette variabilité des solutions a conduit naturellement à une incertitude nuisible à la sécurité juridique, résultant en particulier de ce que la recherche de la commune intention des parties relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il était d'autant plus indispensable d'harmoniser la jurisprudence que le recours à la location financière pour l'équipement des entreprises connaît un essor significatif en France. C'est dans ces conditions que la chambre commerciale a décidé de renvoyer à la chambre mixte deux affaires symptomatiques.

Dans l'espèce ayant donné lieu au premier arrêt (pourvoi n° 11-22.768), l'exploitant d'un bar-brasserie avait conclu auprès d'une société un contrat d'installation d'un réseau global de communication interactive et, auprès d'une autre société qui s'était rendue acquéreur du matériel utile, un contrat de location, le second contrat stipulant qu'il était indépendant du premier. Le système de communication n'ayant jamais fonctionné de manière satisfaisante, l'exploitant avait cessé de régler les loyers et avait été poursuivi en paiement par le bailleur financier, tandis que la société prestataire de services était mise en liquidation judiciaire. Retenant que la location du matériel ne se concevait qu'en considération de la convention de prestation de services et que le bailleur ne pouvait valablement se retrancher derrière la clause du contrat de location stipulant l'indépendance des deux contrats, la cour d'appel de Paris a prononcé la résiliation de ceux-ci.

Le moyen unique du pourvoi dirigé contre cet arrêt prétendait que, hormis les cas où la loi le prévoit, il n'existe d'indivisibilité entre deux contrats distincts que si les parties contractantes l'ont stipulée, de sorte que le refus d'appliquer la clause d'indépendance constituait une violation de la force obligatoire des contrats et des règles relatives à l'indivisibilité des obligations.

L'espèce ayant donné lieu au second arrêt (pourvoi n° 11-22.927) a connu un cheminement plus sinueux. Un professionnel avait confié à une société la sauvegarde à distance de ses fichiers informatiques et avait souscrit auprès d'une autre société des

contrats de location financière du matériel adéquat, comportant une clause d'indépendance. Invoquant l'inexécution du service de sauvegarde, le professionnel avait notifié la résiliation du contrat de prestation de services, cessé de régler les loyers et opposé au bailleur financier la résiliation des contrats de location. La Cour de cassation a cassé pour défaut de base légale l'arrêt de la cour d'appel de Lyon ayant condamné ce professionnel à payer les loyers, en retenant que les juges du fond n'avaient pas recherché, comme il leur était demandé, si la circonstance que les contrats aient été conclus le même jour pour une même durée et moyennant un paiement unique à répartir par l'une des sociétés au profit de chacune d'elles ne révélait pas la commune intention des parties de rendre leurs accords indivisibles. Mais, statuant sur renvoi, la cour d'appel de Lyon autrement composée a à nouveau jugé que l'exécution de chaque contrat ne dépendait pas, dans l'intention commune des parties, de l'exécution de l'autre et qu'aucun élément du débat ne permettait d'écarter la stipulation d'indépendance figurant au contrat de location.

La première branche du moyen unique du pourvoi formé contre cette décision était tirée de la violation des articles 1134, 1135 et 1218 du code civil ainsi que des règles gouvernant l'indivisibilité.

La chambre mixte rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris et casse l'arrêt de la cour d'appel de Lyon, énonçant que sont interdépendants les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière et ajoute conséquemment que les clauses inconciliables avec cette interdépendance – au nombre desquelles figurent les clauses de divisibilité ou d'indépendance présentes dans les contrats de location financière – sont réputées non écrites. Ayant statué au visa de l'article 1134 du code civil, elle entend souligner que la bonne foi est exigée non seulement dans l'exécution des contrats, mais également lors de leur formation.

Dans sa fonction de création prétorienne du droit, la Cour de cassation précise les éléments qui caractérisent l'interdépendance contractuelle et, dès lors, affirme son pouvoir d'en contrôler la qualification. Elle remplit ainsi pleinement son rôle essentiel de régulateur et assure de manière harmonieuse l'égalité de traitement par les juges du fond de situations identiques.

Arrêts rendus en matière pénale

Aucun arrêt rendu en 2013.

II. AVIS (ARTICLES L. 441-1 À L. 441-4 ET R. 441-1 DU CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE)

Avis rendus en matière civile

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Recevabilité – Conditions – Respect de la procédure de consultation des parties et du ministère public

Avis de la Cour de cassation, 14 janvier 2013, n° 12-00.014, Bull. 2013, Avis, n° 1, rapport de Mme Mariette et avis de Mme Taffaleau

Aux termes de l'article 1031-1 du code de procédure civile, lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité, et recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Dès lors qu'il résulte du jugement et du dossier transmis à la Cour de cassation que la procédure de consultation des parties et du ministère public n'a pas été respectée, la demande d'avis n'est pas recevable.

La période d'essai permet au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent et à l'employeur d'évaluer les compétences de l'intéressé dans son travail.

Jusqu'à la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, le code du travail ne comportait qu'une seule disposition relative à la période d'essai, l'article L. 122-4, devenu L. 1231-1 du code du travail, qui prévoit : « Le contrat à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre. Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai. »

La loi du 25 juin 2008 précitée a profondément réformé le régime de la période d'essai, en particulier en matière de durée, de renouvellement ou encore de rupture de l'essai. Elle a inséré une section 4, « période d'essai », dans le chapitre 1^{er} du titre 2 du livre 2 du code du travail consacré à la formation du contrat de travail, section comportant les articles L. 1221-19 à L. 1221-26.

La rupture de la période d'essai peut avoir lieu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, sans motif ni procédure. L'article L. 1231-1 du code du travail exclut en effet la période d'essai du champ d'application des règles relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée. Depuis la loi du 25 juin 2008 précitée, un délai de prévenance légal est imposé en cas de rupture de la période d'essai, variant en fonction de la durée de présence du salarié dans l'entreprise et de la personne qui prend l'initiative de la rupture :

– lorsqu'il est mis fin par l'employeur au contrat, en cours ou au terme de la période d'essai définie aux articles L. 1221-19 à L. 1221-24 ou à l'article L. 1242-10 du code du travail pour les contrats stipulant une période d'essai d'au moins une semaine, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à vingt-quatre heures en deçà de huit jours de présence, quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence, deux semaines après un mois de présence et un mois après trois mois de présence (article L. 1221-25) ;

– lorsque c’est le salarié qui met fin à l’essai, il doit prévenir son employeur au moins quarante-huit heures à l’avance, ce délai étant ramené à vingt-quatre heures si la durée de présence dans l’entreprise est inférieure à huit jours (article L. 1221-26 du code du travail).

L’article L. 1221-25, alinéa 6, du code du travail dispose que la période d’essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance.

Antérieurement à la loi du 25 juin 2008 précitée, pour l’application de préavis imposés par des accords collectifs, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que si la convention ne prévoit pas que le délai de prévenance doit s’insérer dans la période d’essai et prendre fin avant le terme de celle-ci, le non-respect par l’employeur de ce délai n’a pas pour effet de rendre le contrat définitif, le salarié ne pouvant alors prétendre qu’à une indemnité compensatrice du préavis non effectué (Soc., 15 mars 1995, pourvoi n° 91-43.653, *Bull.* 1995, V, n° 88; Soc., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-41.132, *Bull.* 1999, V, n° 311; Soc., 21 mai 2002, pourvoi n° 00-42.098).

Elle a également jugé, à propos d’un délai de prévenance imposé par un contrat de travail, que le non-respect par l’employeur du délai de prévenance n’avait pas pour effet de rendre le contrat définitif, le salarié ne pouvant prétendre qu’à une indemnité compensatrice relative au préavis ne pouvant être exécuté (Soc., 9 janvier 2008, pourvoi n° 06-45.100 : « Le non-respect par l’employeur d’un délai de prévenance, stipulé par le contrat de travail, n’imposant pas que ce délai s’insère dans la période d’essai et prenne fin avant le terme de cette période, n’a pas pour effet de rendre le contrat définitif. »).

Plusieurs cours d’appel se sont prononcées, concernant des faits postérieurs à l’entrée en vigueur de la loi de 2008, sur le non-respect par l’employeur du délai de prévenance. Si certaines jugent que la rupture des relations contractuelles s’analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, d’autres considèrent, au contraire, que le contrat de travail n’est pas définitif et que la rupture s’analyse en une rupture de période d’essai. Dans cette dernière hypothèse, les cours d’appel qui reconnaissent le droit à indemnisation du salarié divergent cependant quant à la qualification de celle-ci. Certaines accordent des dommages-intérêts, tandis que d’autres allouent une indemnité compensatrice correspondant à la partie non respectée du délai de prévenance. Or, la qualification des sommes versées au salarié est importante car leur régime juridique en dépend. Les dommages-intérêts sont exonérés de cotisations sociales et d’impôt sur le revenu car ils réparent un préjudice. En revanche, l’indemnité compensatrice de préavis a le caractère de salaire et est donc soumise au paiement de cotisations sociales, de la CSG, de la CRDS et de l’impôt sur le revenu.

La Cour de cassation a été saisie d’une demande d’avis formée par le conseil de prud’hommes d’Argentan qui posait les questions suivantes :

« – le délai de prévenance prévu par l’article L. 1221-25 du code du travail doit-il être inclus dans la période d’essai ?
 – le non-respect de ce délai doit-il conduire au versement d’une indemnité compensatrice ?
 – le non-respect de ce délai doit-il conduire à la poursuite du contrat de travail jusqu’à la fin de ce délai de prévenance et éventuellement au licenciement puisque la période d’essai est terminée ? »

Dans l’avis ici commenté, la Cour de cassation estime que les questions sont irrecevables faute d’avoir été posées dans les conditions fixées à l’article 1031-1 du code

de procédure civile, le conseil de prud'hommes n'ayant pas invité les parties à présenter leurs observations sur cette demande.

Par un arrêt du 23 janvier 2013 (Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 11-23.428, *Bull.* 2013, V, n° 14), la chambre sociale a jugé que la rupture de la période d'essai ne s'analyse pas en un licenciement lorsque l'employeur a mis fin à la période d'essai avant son terme, alors même qu'il n'a pas respecté le délai de prévenance.

Appel civil – Procédure avec représentation obligatoire – Moyen – Moyen nouveau – Recevabilité – Condition

Avis de la Cour de cassation, 21 janvier 2013, n° 12-00.018, Bull. 2013, Avis, n° 2, rapport de M. de Leiris et avis de M. Mucchielli

Dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire en appel, les parties peuvent, jusqu'à la clôture de l'instruction, invoquer de nouveaux moyens.

Le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 a réformé la procédure ordinaire avec représentation obligatoire devant la cour d'appel en matière civile. La procédure débute désormais par un échange de conclusions devant avoir lieu dans des délais et suivant des sanctions particulières, prévus par les articles 908 à 910 du code de procédure civile. Dans les quinze jours suivant ce premier échange, l'article 912 du même code prévoit que le conseiller de la mise en état examine l'affaire pour fixer la date de la clôture et celle des plaidoiries, sauf lorsqu'elle nécessite de nouveaux échanges de conclusions, cas dans lequel le conseiller en fixe le calendrier, après avoir recueilli l'avis des avocats.

À l'occasion d'un appel jugé suivant cette nouvelle procédure, après un premier échange de conclusions entre les parties dans les délais réglementaires, l'appelant avait conclu à nouveau, en l'absence de calendrier fixé par le conseiller de la mise en état et avant toute clôture de l'instruction. Ces nouvelles conclusions soulevaient, pour la première fois, une fin de non-recevoir opposée à la demande accueillie en première instance. L'intimé avait invoqué l'irrecevabilité de cette fin de non-recevoir. Si les fins de non-recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause, y compris donc pour la première fois en cause d'appel, l'intimé appuyait son raisonnement sur le fait que l'appelant ne pouvait plus invoquer de nouveaux moyens postérieurement au délai qui lui avait été imparti pour déposer ses premières conclusions.

La cour d'appel de Poitiers a soumis à la Cour de cassation la question de savoir si l'appelant pouvait, à ce stade de la procédure d'appel, « articuler des moyens nouveaux (fins de non-recevoir ou moyens de fond) non soulevés dans ses premières conclusions d'appel, et non suscités par une évolution du litige ».

Dans sa décision ici commentée, la Cour de cassation émet l'avis que les parties peuvent, jusqu'à la clôture de l'instruction, invoquer de nouveaux moyens.

En l'absence, dans les textes réformés, de disposition imposant aux parties d'émettre, dès leur premier jeu de conclusions, l'ensemble de leurs moyens, l'avis fait ainsi application des principes généraux du procès civil, en ne conditionnant pas l'évolution des moyens des parties à l'établissement par le conseiller de la mise en état d'un calendrier de procédure, à une évolution des données du litige ou à toute autre exigence qui serait propre à la procédure d'appel telle qu'elle a été réformée. Ainsi, chaque partie peut, tant que l'instruction par le conseiller de la mise en état demeure en cours, opposer à

son adversaire de nouveaux moyens, en ce compris de nouvelles fins de non-recevoir ou de nouveaux moyens de fond.

Procédure civile – Conclusions – Conclusions d’appel – Conclusions des articles 908 et 909 du code de procédure civile – Nature – Portée

Avis de la Cour de cassation, 21 janvier 2013, n° 12-00.016, Bull. 2013, Avis, n° 3, rapport de M. de Leiris et avis de M. Lathoud

Les conclusions exigées par les articles 908 et 909 du code de procédure civile sont toutes celles remises au greffe et notifiées dans les délais prévus par ces textes, qui déterminent l’objet du litige ou soulèvent un incident de nature à mettre fin à l’instance.

Le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 a réformé la procédure ordinaire avec représentation obligatoire devant la cour d’appel statuant en matière civile. Les articles 908 et 909 du code de procédure civile, dans leur rédaction issue de ce décret, imposent en particulier aux parties un délai pour conclure, sanctionné, pour l’appelant, tenu de conclure dans les trois mois de sa déclaration d’appel, par la caducité de cette déclaration, et, pour l’intimé, tenu de répliquer dans les deux mois suivant la notification des conclusions de l’appelant, par l’irrecevabilité de ses conclusions.

À l’occasion d’un appel jugé suivant cette nouvelle procédure, un intimé avait sollicité, en application de l’article 526 du code de procédure civile, la radiation de l’affaire pour défaut d’exécution du jugement frappé d’appel, puis, une fois sa demande de radiation rejetée par le conseiller de la mise en état, avait conclu sur le fond.

Ces conclusions sur le fond ayant été remises au greffe et notifiées entre avocats plus de deux mois suivant la notification des conclusions de l’appelant, le conseiller de la mise en état de la cour d’appel de Versailles s’est interrogé sur le contenu des conclusions attendues des parties. Il a soumis à la Cour de cassation la question de savoir si les conclusions visées par les articles 908 et 909 du code de procédure civile étaient nécessairement des conclusions sur le fond, ou s’il pouvait s’agir de conclusions saisissant le conseiller de la mise en état d’un incident tendant à obtenir la radiation du rôle de la Cour par application de l’article 526 du même code, ou, plus généralement, tendant à mettre fin à l’instance ou à en suspendre ou en interrompre le cours.

Dans sa décision ici commentée, la Cour de cassation émet l’avis que les conclusions exigées par les articles 908 et 909 du code de procédure civile sont toutes celles remises au greffe et notifiées dans les délais prévus par ces textes, qui déterminent l’objet du litige ou soulèvent un incident de nature à mettre fin à l’instance.

La formule, qui reprend le critère dégagé par la Cour de cassation pour déterminer le domaine d’application de l’exigence de récapitulation des dernières conclusions des parties devant le tribunal de grande instance et la cour d’appel, instaure ainsi une continuité depuis les premières conclusions des parties jusqu’à leurs dernières conclusions récapitulatives. À cet égard, le terme d’incident peut être compris, non dans le sens étroit des « incidents d’instance », mais dans le sens plus large que le code de procédure civile peut conférer à ce terme, de sorte que répondent aux exigences de ces textes toutes les écritures des parties qui concluent sur le fond ou qui soulèvent une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident mettant fin à l’instance. En revanche, les conclusions tendant à la radiation, et plus généralement à la suspension ou à l’interruption de l’instance, n’entrent pas dans les prévisions de ces textes.

Procédure civile – Procédure de la mise en état – Conseiller de la mise en état – Compétence – Exclusion – Cas – Mise à l'écart des pièces non communiquées simultanément à la notification des conclusions

Avis de la Cour de cassation, 21 janvier 2013, n° 12-00.017, Bull. 2013, Avis, n° 4, rapport de M. Pimouille et avis de M. Mucchielli

Le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour écarter des débats les pièces, invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions.

L'article 906 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, modifié par le décret n° 2012-634 du 3 mai 2012 relatif à la fusion des professions d'avocat et d'avoué près les cours d'appel, dispose : « Les conclusions sont notifiées et les pièces communiquées simultanément par l'avocat de chacune des parties à celui de l'autre partie. »

Saisie d'une demande d'avis portant sur la sanction applicable en cas de non-respect de cette exigence de simultanéité de la notification des conclusions et de la communication des pièces, la Cour de cassation a dit que « doivent être écartées les pièces, invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions » (Avis de la Cour de cassation, 25 juin 2012, n° 12-00.005, Bull. 2012, Avis, n° 5).

Cet avis impliquait logiquement la question subséquente de l'autorité compétente pour écarter les pièces et du statut de la décision les écartant.

C'est ainsi que, par ordonnance du 17 octobre 2012, un conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Paris a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis portant sur la compétence du conseiller de la mise en état pour écarter des débats les pièces qui n'auraient pas été communiquées conformément aux dispositions de l'article 906 du même code, l'éventuelle exclusivité de cette compétence, l'autorité de chose jugée attachée à ses décisions en cette matière et la possibilité de déférer celles-ci à la cour d'appel.

La demande d'avis citait les articles 907 et 763 du code de procédure civile, en ce qu'ils définissent la mission du conseiller de la mise en état : veiller au bon déroulement de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces.

Les textes relatifs à la mise en état ne contiennent aucune disposition prévoyant expressément que le conseiller de la mise en état disposerait du pouvoir d'écarter des pièces mises dans le débat dans des conditions non conformes aux prescriptions de l'article 906. Un tel pouvoir ne lui est conféré ni par les textes spécifiques à la mise en état devant la cour d'appel, ni par référence aux dispositions applicables à la mise en état devant le tribunal de grande instance.

Certes, l'article 914 du code de procédure civile confère au conseiller de la mise en état des prérogatives qui ont sur le sort de la procédure des conséquences radicales, telles que la compétence exclusive pour constater la caducité de la déclaration d'appel, prononcer l'irrecevabilité de l'appel ou l'irrecevabilité de conclusions.

Même si le fait de priver une partie de la possibilité de produire des éléments de preuve nécessaires au soutien de ses prétentions peut avoir une influence déterminante

sur la solution du litige, la mise à l'écart de certaines pièces ne marque pas nécessairement la fin du procès.

L'application du principe selon lequel « qui peut le plus, peut le moins » aurait donc pu conduire à reconnaître au conseiller de la mise en état, malgré l'absence de texte le prévoyant expressément, le pouvoir d'écarter des débats les pièces non communiquées conformément aux exigences de l'article 906 du code de procédure civile.

Cependant, la communication des pièces entre les parties est régie par les articles 132 à 137 du code de procédure civile qui prévoient que la communication des pièces doit être spontanée, que le juge peut enjoindre aux parties, éventuellement sous astreinte, de communiquer leurs pièces, et qui donnent au juge le pouvoir d'« écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile » (article 135 du code de procédure civile).

Cette dernière règle trouve sa source dans le principe de la contradiction en vertu duquel, aux termes de l'article 15 du code de procédure civile, « 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'organiser sa défense », le juge étant tenu, par l'article 16 du même code, de faire observer en toutes circonstances le principe de la contradiction.

La notion de « temps utile », sans autre précision, laisse au juge le pouvoir d'apprécier souverainement le caractère éventuellement tardif de la communication et la proportionnalité de la sanction.

Cette prérogative relève, non des pouvoirs du juge ou du conseiller de la mise en état, mais de la formation de jugement.

L'article 906 du code de procédure civile supprime cette marge d'appréciation dans la procédure d'appel, pour en améliorer la célérité et l'efficacité, en prescrivant une communication des pièces simultanée à la notification des conclusions, ce qui revient à établir une présomption irréfragable que des pièces qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions ne peuvent l'être en temps utile et doivent, dès lors, toujours être écartées par le juge.

Dans l'avis ici commenté, la Cour de cassation considère qu'en l'absence de texte donnant compétence au conseiller de la mise en état pour mettre à l'écart les pièces non communiquées simultanément à la notification des conclusions, cette sanction, prévue par son avis n° 12-00.005 du 25 juin 2012, ne peut être mise en œuvre que par la formation de jugement.

Conflit de juridictions – Procédure judiciaire internationale – Commission rogatoire internationale – Commission rogatoire en provenance d'un État étranger – Exécution – Compétence du juge commis – Détermination – Application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire

Avis de la Cour de cassation, 18 mars 2013, n° 12-70.020, Bull. 2013, Avis, n° 5, rapport de M. Matet et avis de M. Domingo

En application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance est compétent pour les matières pour lesquelles compétence n'est pas

attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, de sorte que la demande de l'autorité requérante décernée en application des dispositions de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ayant pour seul objet l'exécution d'une commission rogatoire, cette demande qui n'entre pas dans le champ de la compétence d'attribution du tribunal de commerce, telle que définie par l'article L. 721-3 du code de commerce, relève de la compétence du tribunal de grande instance.

La Cour de cassation a été saisie par le président du tribunal de grande instance de Nanterre, par demande du 17 décembre 2012, de la question de droit suivante :

« L'exécution d'une commission rogatoire de l'étranger à l'occasion d'une demande d'obtention de preuve par application de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 relève-t-elle de la compétence du tribunal de grande instance, dès lors que le litige oppose deux sociétés commerciales ? »

Cette demande d'avis s'inscrivait dans le contexte des commissions rogatoires en matière civile et commerciale adressées par une juridiction étrangère à l'autorité centrale française en application de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, contexte très limité dans la mesure où les commissions rogatoires décernées par une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'y sont pas soumises mais sont exécutées par application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

La question posée était celle de savoir si la commission rogatoire en provenance d'un État étranger, transmise ensuite par l'autorité centrale française au ministère public dans le ressort duquel elle doit être exécutée, devait l'être par la juridiction civile ou par la juridiction commerciale en fonction de la matière sur laquelle portait le litige à l'occasion duquel elle avait été adressée par le juge étranger. Bien que la Convention soit entrée en vigueur pour la France le 6 octobre 1974, la question n'avait jamais été posée à la Cour de cassation, et l'entrée en vigueur du règlement a renouvelé son intérêt, les tribunaux de grande instance ayant été désignés pour exécuter les commissions rogatoires adressées par une juridiction d'un État membre.

Il n'existe pas de disposition expresse comparable pour l'exécution des commissions rogatoires internationales en application de la Convention susvisée. Cependant, l'attribution d'une compétence concurrente entre tribunal de grande instance et tribunal de commerce aurait risqué de créer un contentieux artificiel de la compétence, préjudiciable à l'exécution diligente de la commission rogatoire internationale.

La Cour de cassation a pris en compte le fait que la commission rogatoire exécutée en France est détachable de l'instance engagée à l'étranger, que le juge français se limite à accomplir la mesure qui est demandée par le juge étranger, sauf les exceptions prévues à la Convention, de sorte qu'un critère tiré de la matière du procès qui se déroule à l'étranger ne serait pas opérant.

En conséquence, la Cour de cassation estime dans l'avis ici commenté que la demande du juge étranger ayant pour seul objet l'exécution d'une commission rogatoire n'entre pas dans le champ de la compétence d'attribution du tribunal de commerce, telle que définie par l'article L. 721-3 du code de commerce, et relève, en application de l'article

L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, du tribunal de grande instance, compétent pour les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande.

Indemnisation des victimes d'infraction – Procédure – Offre d'indemnisation – Acceptation par les représentants légaux du mineur victime – Conditions – Autorisation du juge aux affaires familiales – Domaine d'application – Étendue – Détermination

Avis de la Cour de cassation, 25 mars 2013, n° 12-70.019, Bull. 2013, Avis, n° 6, rapport de M. Chaumont et avis de M. Maître

Hors le cas de tutelle avec conseil de famille, les représentants légaux d'un mineur ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction doivent recueillir l'autorisation du juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs, préalablement à l'acceptation de l'offre d'indemnisation prévue par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, dès lors qu'elle emporte pour le mineur renonciation à un droit.

La Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis du tribunal de grande instance de Paris tendant à déterminer si les représentants légaux d'un mineur doivent être autorisés par le juge aux affaires familiales, qui exerce, depuis le 1^{er} janvier 2011, les fonctions de juge des tutelles des mineurs, à signer le constat d'accord prévu par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale.

Ce constat d'accord clôt la phase amiable, instituée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, du dispositif qui permet à toute victime de nationalité française ayant subi un préjudice résultant de faits, volontaires ou non, présentant le caractère matériel d'une infraction, d'obtenir la réparation intégrale des dommages qui résultent des atteintes à sa personne, à condition que ce préjudice présente un certain caractère de gravité ou qu'il résulte de certaines infractions limitativement énumérées (il existe une hypothèse marginale d'atteintes aux biens).

La phase amiable, préalable et obligatoire, débute par une requête de la victime qui indique quelles sont les atteintes qu'elle a subies et qui formule une demande d'indemnité; la requête est adressée à la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI), qui la transmet au Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI), lequel doit distinguer les différents postes de préjudice, les évaluer, et proposer une indemnité à la victime; si la victime accepte cette offre, le constat d'accord est soumis à l'homologation du président de la CIVI.

Dans le silence de la loi du 9 mars 2004 précitée et du décret n° 2005-564 du 27 mai 2005 pris en application de l'article 706-5-1 du code de procédure pénale et relatif à la procédure d'indemnisation amiable devant les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions, il est apparu, en cas de minorité de la victime, des pratiques divergentes, certains présidents de CIVI exigeant que les représentants légaux soient autorisés par le juge des tutelles à signer le constat d'accord, d'autres se dispensant de cette autorisation préalable.

Pour déterminer sa position, la formation pour avis a considéré que la signature d'un constat d'accord emporte pour le mineur renonciation à un droit, dès lors que les faits

dont il est victime font naître dans son patrimoine le droit d'obtenir devant la CIVI la réparation intégrale de son préjudice, et que le représentant légal renonce pour lui, de façon anticipée, à ce droit, en acceptant l'offre du FGTI.

Or, dans l'administration légale pure et simple, même d'un commun accord, les parents ne peuvent renoncer à un droit pour le mineur sans y être autorisés par le juge des tutelles (article 389-5, alinéa 3, du code civil). Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, ou lorsqu'un administrateur *ad hoc* est désigné, l'administrateur ne peut conclure un acte de disposition sans l'autorisation du juge des tutelles (articles 389-6 et 506 du code civil). Il en est de même pour le tuteur, qui doit être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge, à faire des actes de disposition (article 505, alinéa 1^{er}, du même code). *A fortiori*, ni l'administrateur ni le tuteur ne peuvent renoncer à un droit pour le mineur.

C'est pourquoi, la formation pour avis retient, dans l'avis ici commenté, que « hors le cas de tutelle avec conseil de famille, les représentants légaux d'un mineur ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction doivent recueillir l'autorisation du juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs, préalablement à l'acceptation de l'offre d'indemnisation prévue par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, dès lors qu'elle emporte pour le mineur renonciation à un droit ».

Sécurité sociale, assurances sociales – Maladie – Frais de transport – Remboursement – Paiement indu – Action en répétition – Établissement de la prescription médicale après l'accomplissement du transport – Preuve – Charge – Portée

Avis de la Cour de cassation, 8 avril 2013, n° 13-70.002, Bull. 2013, Avis, n° 7, rapport de Mme Chauchis et avis de Mme de Beaupuis

S'agissant d'une demande en répétition de l'indu, la charge de la preuve de l'établissement de la prescription médicale d'un transport sanitaire après l'accomplissement de celui-ci, de nature à exclure sa prise en charge s'il ne revêt pas de caractère d'urgence, pèse sur l'organisme social.

Saisi d'un litige opposant une caisse de sécurité sociale à une société de transports par ambulances conventionnée, à laquelle était réclamé le remboursement d'une certaine somme correspondant au coût de plusieurs transports dont l'organisme social estimait qu'ils avaient été prescrits après leur réalisation, le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Ariège a adressé à la Cour de cassation la demande d'avis suivante : « En matière de frais de transports sanitaires, visés aux articles R. 322-10 et suivants du code de la sécurité sociale, lorsque la prescription médicale porte la même date que le jour où le transport (non urgent) a été effectué, à quelle partie appartient-il de démontrer que cette prescription a été établie *a posteriori*? »

En matière de transports sanitaires, la question de l'existence de la prescription médicale et du moment de son établissement est centrale.

En effet, il résulte de l'article R. 322-10-2 du code de la sécurité sociale qu'aucune prise en charge ne peut intervenir sans présentation de la prescription médicale de transport, précisant le motif et le mode de transport retenu. L'existence d'une telle prescription témoigne ainsi de ce que le déplacement est médicalement justifié. Quant au

moment de l'établissement de la prescription médicale, ce même article précise qu'en cas d'urgence, celle-ci peut être établie *a posteriori*, expression entendue comme signifiant « après la réalisation du transport ». En l'absence d'urgence, le moment auquel la prescription doit être établie n'est pas indiqué par le texte. Une interprétation jurisprudentielle a néanmoins conduit à exiger qu'en cas de soin non urgent, la prescription soit établie *a priori* (2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-30.451 ; 2^e Civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-16.466 ; Soc., 9 mai 1996, pourvoi n° 94-16.277).

S'agissant de l'avis ici commenté, la question portait en l'occurrence sur la charge de la preuve du moment de l'établissement de la prescription médicale de nature à justifier la demande de remboursement d'un transport sanitaire non urgent, dans l'hypothèse où la prescription médicale porte la même date que celle de la facture de transport. Appartient-il alors au transporteur d'apporter d'emblée des éléments complémentaires, ou revient-il à la caisse de prouver que les conditions d'une prise en charge ne sont pas remplies ?

La Cour de cassation estime que la question ne présente pas de difficulté sérieuse, dès lors que, « s'agissant d'une demande en répétition de l'indu, [...] la charge de la preuve de l'établissement de la prescription médicale d'un transport sanitaire après l'accomplissement de celui-ci, de nature à exclure sa prise en charge s'il ne revêt pas de caractère d'urgence, pèse sur l'organisme social ».

La Cour affirme en effet, de façon constante, que les demandes en répétition de prestations indûment versées par les organismes d'assurance maladie sont soumises aux dispositions applicables à toute demande tendant à cette fin.

Le transporteur bénéficiant de la convention de dispense d'avance des frais, le litige intervenait, ici, en aval du paiement, au titre d'une demande en répétition d'indu de l'organisme social. Demandeur à l'indu, l'organisme social n'était pourtant pas demandeur à l'action en raison des particularités procédurales en matière de sécurité sociale, la saisine du tribunal n'intervenant qu'à l'issue de la procédure amiable instaurée par les dispositions du code de la sécurité sociale, après rejet explicite ou implicite du nécessaire recours formé devant la commission de recours amiable. L'analyse de la charge probatoire devait, dès lors, être faite en référence au demandeur à l'allégation, indépendamment de sa place de demandeur ou défendeur à l'instance. Que la juridiction soit saisie par l'organisme social (2^e Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-14.544, *Bull.* 2010, II, n° 92), ou par l'assuré contestant la décision de réclamation d'indu (Soc., 1^{er} avril 1999, pourvois n° 97-11.141 et n° 97-11.142), la Cour de cassation considère qu'il appartient au demandeur en répétition d'indu de prouver que les conditions de celle-ci sont remplies. L'indu réclamé par les organismes sociaux étant traité, par la jurisprudence, comme un indu objectif, l'organisme doit simplement démontrer qu'il n'était pas le *solvens* de la dette qu'il a payée, sans que la preuve de l'existence d'une erreur à l'origine de son paiement ne soit requise. De plus, en cas d'anomalie de facturation ou de tarification par un professionnel, l'indu est déduit de l'absence de conformité aux règles de facturation ou de tarification.

La Cour de cassation, n'ayant pas entendu réserver un sort distinct à la demande en répétition d'indu formulée dans les conditions visées par la demande d'avis, a dit n'y avoir lieu à avis.

Appel civil – Procédure avec représentation obligatoire – Procédures fondées sur l'article 905 du code de procédure civile – Articles 908 à 911 du code de procédure civile – Application (non)

Avis de la Cour de cassation, 3 juin 2013, n° 13-70.004, Bull. 2013, Avis, n° 8, rapport de M. Pimouille et avis de M. Lathoud

Les dispositions des articles 908 à 911 du code de procédure civile ne sont pas applicables aux procédures fixées selon les dispositions de l'article 905 du même code.

Devant la formation collégiale de la cour d'appel, en matière contentieuse, la procédure ordinaire avec représentation obligatoire peut emprunter deux chemins séparés.

Par principe, les affaires suivent le circuit décrit par l'article 907 du code de procédure civile et sont instruites sous le contrôle d'un conseiller de la mise en état.

La récente réforme destinée à améliorer la célérité et l'efficacité de la procédure d'appel a imparti des délais à l'appelant pour conclure, à l'intimé pour répliquer, et a donné au conseiller de la mise en état le pouvoir de sanctionner d'office toute partie qui ne respecterait pas ces délais.

Ces sanctions, prévues par les articles 908 à 911 du code de procédure civile, sont, suivant les cas, la caducité de la déclaration d'appel ou l'irrecevabilité des conclusions.

Par exception, lorsque l'appel est relatif à une ordonnance de référé ou à l'une des ordonnances du juge de la mise en état énumérées aux 1° et 4° de l'article 776 du code de procédure civile, ou lorsqu'elles présentent, aux yeux du président de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée, un caractère d'urgence ou sont en état d'être jugées, les affaires suivent un circuit court, décrit par l'article 905 du code de procédure civile.

Le président de la chambre saisie fixe aussitôt à bref délai l'audience à laquelle l'affaire sera appelée.

Ces affaires, destinées, par nature ou par décision du président, à être jugées rapidement, sont-elles exposées aux sanctions prévues pour améliorer la célérité et l'efficacité de la procédure d'appel dans le cadre de la mise en état ?

Par ordonnance du 5 avril 2013, le conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Lyon a rendu une décision sollicitant l'avis de la Cour de cassation sur la question suivante : « Les dispositions des articles 908 à 911 du code de procédure civile sont-elles applicables aux procédures fixées selon les dispositions de l'article 905 du même code ? »

Par un arrêt du 16 mai 2013 (pourvoi n° 12-19.119, *Bull.* 2013, II, n° 90), la deuxième chambre civile a déjà jugé que les dispositions de l'article 908 du code de procédure civile n'avaient pas vocation à s'appliquer aux procédures fixées en application de l'article 905 s'agissant de l'appel d'une ordonnance de référé.

La Cour de cassation répond, dans l'avis ici commenté, que : « Les dispositions des articles 908 à 911 du code de procédure civile ne sont pas applicables aux procédures fixées selon les dispositions de l'article 905 du même code ».

Elle étend ainsi la solution déjà adoptée par la deuxième chambre civile, d'une part, à toutes les sanctions prévues par les articles 908 à 911 du code de procédure civile, d'autre part, à toutes les affaires relevant de l'article 905 du code de procédure civile.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Organes – Contrôleurs – Prérogatives – Action en extension de la procédure collective – Carence du mandataire de justice – Qualité du créancier contrôleur pour agir

Avis de la Cour de cassation, 3 juin 2013, n° 13-70.003, Bull. 2013, Avis, n° 9, rapport de Mme Texier et avis de Mme Bonhomme

L'article L. 622-20 du code de commerce confère au créancier nommé contrôleur, en cas de carence du mandataire judiciaire, qualité pour agir en extension d'une procédure collective sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité de la personne morale.

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a introduit une brèche dans le monopole du mandataire judiciaire pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers pendant la période d'observation d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire en prévoyant qu'en cas de carence de sa part, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

La demande d'avis posait la question de savoir si, en application de cette disposition, insérée à l'article L. 622-20, alinéa 1^{er}, du code de commerce, un créancier nommé contrôleur a qualité pour exercer une action en extension de procédure collective sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité de la personne morale.

En cas de succès, l'action en extension entraîne la mise en commun des patrimoines des débiteurs concernés. Son exercice est réservé aux personnes mentionnées à l'article L. 621-2, alinéa 2, du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, au nombre desquelles figurent le mandataire judiciaire, mais aussi l'administrateur judiciaire, qui ne sont pas chargés de défendre l'intérêt collectif des créanciers.

Ces particularités conduisaient à se demander, d'une part, si l'article L. 622-20 du code de commerce, dont le troisième alinéa se réfère aux « sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le mandataire judiciaire ou, à défaut, par le ou les créanciers nommés contrôleurs », est applicable à une action qui ne tend pas à l'obtention d'un paiement, d'autre part, si, en présence de dispositions spéciales désignant le mandataire judiciaire parmi les titulaires de l'action, le droit d'action subsidiaire du créancier nommé contrôleur est écarté et, enfin, si l'action en extension exercée par ce dernier l'est nécessairement dans l'intérêt collectif des créanciers.

Après avoir examiné ces différents points, la Cour de cassation, dans l'avis ici commenté, estime que l'article L. 622-20 du code de commerce confère au créancier nommé contrôleur, en cas de carence du mandataire judiciaire, qualité pour exercer l'action en extension de procédure collective.

Procédure civile – Acte de procédure – Notification – Notification par la voie électronique – Conditions – Consentement à l'utilisation de la voie électronique – Adhésion au réseau privé virtuel avocat (RPVA) – Portée

Avis de la Cour de cassation, 9 septembre 2013, n° 13-70.005, Bull. 2013, Avis, n° 10, rapport de M. Vasseur et avis de M. Mucchielli

L'adhésion d'un avocat au « réseau privé virtuel avocat » (RPVA) emporte nécessairement consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par la voie électronique.

La dématérialisation de la procédure civile devant les cours d'appel, entrée en vigueur pour les appels formés à compter du 1^{er} septembre 2011 et étendue à la remise des conclusions depuis le 1^{er} janvier 2013 a été à l'origine d'une difficulté relative à la validité de la notification des conclusions entre avocats.

L'article 748-2 du code de procédure civile prévoyant que le destinataire de la notification consente expressément à l'utilisation de la voie électronique, à moins que des dispositions spéciales n'imposent l'usage de ce mode de communication, un conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Toulouse a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis portant sur la manifestation de ce consentement et la possibilité de le tenir pour acquis par l'adhésion au « réseau privé virtuel avocat » (RPVA) ou par la signature d'une convention idoine entre l'ordre des avocats et la cour d'appel, ainsi que sur l'exigence même de ce consentement alors que les échanges entre les avocats et les greffes des cours d'appel dans les procédures avec représentation obligatoire sont obligatoirement dématérialisés.

À l'ensemble de ces questions, la Cour de cassation donne une réponse unique, qui évacue toute ambiguïté et dissipe les divergences jurisprudentielles qui s'étaient faites jour devant les cours d'appel : l'adhésion d'un avocat au RPVA emporte nécessairement consentement de sa part à recevoir la notification d'actes de procédure par la voie électronique.

Alors que la suppression de la profession d'avoué conduit des avocats de barreaux différents à postuler devant une même cour d'appel, la solution donnée par cet avis permet de simplifier et de sécuriser la notification des conclusions entre eux. En confortant la dématérialisation de la procédure civile devant la cour d'appel, cet avis favorise en outre la loyauté des comportements procéduraux attendue des auxiliaires de justice.

Contrat de travail, durée déterminée – Rupture – Résiliation anticipée – Cas – Inaptitude constatée par le médecin du travail – Procédure – Entretien préalable – Exclusion – Détermination

Avis de la Cour de cassation, 21 octobre 2013, n° 13-70.006, Bull. 2013, Avis, n° 11, rapport de Mme Wurtz et avis de M. Liffra

La procédure de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée pour inaptitude du salarié, constatée par le médecin du travail, telle que prévue à l'article L. 1243-1 du code du travail, ne doit pas donner lieu à une convocation à un entretien préalable.

La Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis sur la question suivante : la procédure de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée pour inaptitude du salarié, constatée par le médecin du travail, telle que prévue à l'article L. 1243-1 du code du travail, doit-elle donner lieu à une convocation à un entretien préalable ?

Aux termes de l'article L. 1243-1 du code du travail, «sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail».

Le législateur n'a pas fixé la procédure de rupture applicable dans ces hypothèses, y compris pour ce nouveau cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, issu de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit qu'est l'inaptitude.

Mais l'article L. 1242-14 du code du travail précise que « les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages applicables aux salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée s'appliquent également aux salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail ».

De même, l'article L. 1226-20, alinéa 1, du code du travail dispose que « lorsque le salarié est titulaire d'un contrat à durée déterminée, les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 1226-12 et des articles L. 1226-14 à L. 1226-16, relatives aux conditions de licenciement d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ne sont pas applicables ».

Or les dispositions exclues ci-dessus prévoient que si l'employeur prononce un licenciement pour inaptitude, il doit respecter la procédure applicable au licenciement pour motif personnel.

Il résulte donc de la combinaison de l'ensemble de ces textes que la procédure propre au licenciement ne s'applique pas pour le contrat à durée déterminée, quel que soit le motif de rupture.

C'est la solution retenue par la Cour de cassation dans son avis.

La question de la convocation à un entretien préalable à la rupture pouvait néanmoins légitimement se poser, au regard du caractère hybride des nouvelles dispositions issues de la loi du 17 mai 2011 précitée, lesquelles empruntent à la fois au régime du contrat à durée déterminée et à celui du contrat à durée indéterminée d'une part, et en considération de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui exige une convocation à un entretien préalable en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée pour faute grave d'autre part.

En effet, le législateur a prévu que les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée et déclarés inaptes à leur poste de travail par le médecin du travail bénéficient du même droit au reclassement que les salariés engagés en contrat à durée indéterminée, les articles L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail ne distinguant pas les obligations de l'employeur sur ce point selon la nature et la durée du contrat. De même, la rupture anticipée du contrat à durée déterminée ouvre droit, pour le salarié déclaré inapte, à une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité légale de licenciement (article L. 1226-4-3) ou à une indemnité doublée en cas d'inaptitude d'origine professionnelle (article L. 1226-20, alinéa 4). Enfin, l'employeur est dans l'obligation de reprendre le paiement des salaires à défaut de reclassement du salarié ou de rupture du contrat de travail à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'avis médical d'inaptitude (articles L. 1226-4-2 et L. 1226-20, alinéa 3). Toutes ces dispositions sont ainsi calquées sur le régime applicable aux salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée et licenciés pour inaptitude à leur poste.

Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation admet que lorsque la rupture du contrat à durée déterminée est motivée par une faute grave, s'agissant d'un

motif disciplinaire, l'employeur doit convoquer le salarié à un entretien préalable (Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-41.265, *Bull.* 1991, V, n° 509 ; Soc., 27 mai 1992, pourvoi n° 88-44.605, *Bull.* 1992, V, n° 341 ; Soc., 10 mars 2004, pourvoi n° 01-44.750, *Bull.* 2004, V, n° 80).

La Cour a cependant écarté cette formalité de convocation à un entretien préalable, exclue par les textes susvisés, et le licenciement pour inaptitude n'ayant nullement un caractère disciplinaire qui aurait justifié l'application des articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code du travail.

Cette solution ne méconnaît pas, par ailleurs, le principe général d'égalité de traitement entre les salariés, qui tant pour la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 8 septembre 2011, Rosado Santana, C-177/10), que pour la Cour de cassation et le législateur français (article L. 1242-14), s'attache aux seules conditions de travail et ne s'étend pas aux dispositions régissant la rupture du contrat de travail.

Avis rendus en matière pénale

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Recevabilité – Conditions – Respect de la procédure de consultation des parties

Avis de la Cour de cassation, 14 janvier 2013, n° 12-00.015, Bull. crim. 2013, Avis, n° 1, rapport de Mme Harel-Dutirou et avis de M. Desportes

Aux termes de l'article 706-65 du code de procédure pénale, lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public. Il recueille les observations écrites éventuelles des parties et les conclusions du ministère public dans le délai qu'il fixe, à moins que ces observations ou conclusions n'aient déjà été communiquées.

Dès lors qu'il résulte des énonciations du jugement et du dossier transmis à la Cour de cassation que la procédure de consultation des parties n'a pas été respectée, la demande d'avis n'est pas recevable.

La Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis comprenant trois questions et ainsi libellée :

- « 1) L'objet social de nature à répondre à l'exigence "d'assistance aux victimes d'infractions" posée par l'article 2-9 du code de procédure pénale doit-il figurer expressément dans la déclaration en préfecture tel qu'il est publié au journal officiel ou peut-il être développé dans les statuts ?
- 2) L'article 2-9 du code de procédure pénale exige-t-il que l'assistance aux victimes d'infraction soit inscrite dans les statuts depuis au moins cinq ans lors de la constitution de partie civile ou suffit-il que l'association ait été créée il y a au moins cinq ans lors de la constitution de partie civile ?
- 3) L'article 2-9 du code de procédure pénale exige-t-il de l'association la défense spécifique de victimes d'actes de terrorisme ? ».

Il convient de rappeler que l'article 706-65 du code de procédure pénale dispose que « Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 [actuel article L. 441-1] du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public. Il recueille les observations écrites éventuelles

des parties et les conclusions du ministère public dans le délai qu'il fixe, à moins que ces observations ou conclusions n'aient déjà été communiquées.

Dès réception des observations et conclusions ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 706-67 ».

Il résulte de ce texte que le juge, dans un premier temps, doit solliciter l'avis des parties pour connaître leurs éventuelles observations sur l'opportunité de transmettre une question à la Cour de cassation en leur accordant un délai puis, dans un second temps, prend sa décision de transmission.

Le non-respect de cette exigence a été sanctionné par la Cour de cassation qui a ainsi déclaré irrecevables plusieurs demandes d'avis après avoir relevé, soit que les observations des parties avaient été sollicitées postérieurement à sa saisine (Avis de la Cour de cassation, 16 décembre 2002, n° 02-00.007, *Bull.* 2002, Avis, n° 1), soit qu'elles l'avaient été concomitamment (Avis de la Cour de cassation, 29 avril 1993, n° 09-30.002, *Bull.* 1993, Avis, n° 3 ; Avis de la Cour de cassation, 24 novembre 2008, n° 08-00.012, *Bull.* 2008, Avis, n° 8).

En l'espèce, la Cour de cassation a relevé que le tribunal, saisi par requête du ministère public, a décidé, par jugement, de solliciter l'avis de la Cour de cassation et de surseoir à statuer sans disposer des observations de toutes les parties, notamment de celles du prévenu, puisqu'il les a demandées concomitamment.

Elle considère en conséquence, au vu des éléments ci-dessus exposés, qu'il n'a pas été strictement satisfait aux conditions de l'article 706-65 du code de procédure pénale.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Recevabilité – Conditions – Compétence de la juridiction dont émane la demande d'avis

Avis de la Cour de cassation, 8 avril 2013, n° 13-70.001, Bull. crim. 2013, Avis, n° 2, rapport de M. Laurent et avis de M. Sassoust

La demande d'avis émanant d'une juridiction incompétente pour statuer sur les incidents d'exécution auxquels peuvent donner lieu les arrêts de la cour d'assises, lesquels relèvent de la compétence exclusive de la chambre de l'instruction dans le ressort de laquelle a été prononcée la condamnation ou de celle dans le ressort de laquelle le condamné est détenu, en application de l'article 710, alinéas 2 et 3, du code de procédure pénale, n'est pas recevable.

La déclaration d'irrecevabilité de la demande d'avis formulée le 7 janvier 2013 par le tribunal correctionnel de Roanne a pour principal intérêt de rappeler la nécessité, pour les juridictions du fond, de respecter une méthodologie rigoureuse et de vérifier leur compétence avant d'envisager la transmission à la Cour de cassation d'une question de droit qu'elles estiment être nouvelle, sérieuse et récurrente.

En l'espèce, le tribunal correctionnel de Roanne se trouvait saisi d'un incident contentieux d'exécution, sur le fondement des articles 710 et 711 du code de procédure pénale, à l'initiative d'une personne incarcérée dans son ressort qui avait été condamné, le 8 avril 2009, par la cour d'assises des Bouches-du-Rhône, à vingt ans de réclusion criminelle pour assassinat, peine comportant, de plein droit, une période de

sûreté de dix ans. L'intéressé avait effectué, à compter du 24 février 2005, une période de détention provisoire au cours de laquelle il avait également exécuté trois condamnations délictuelles à des peines d'emprisonnement non assorties d'une période de sûreté.

Il soutenait que sa période de sûreté devait prendre fin le 24 février 2015, dix ans après son placement sous mandat de dépôt criminel, et contestait l'analyse du procureur de la République qui estimait pour sa part que le temps d'exécution des trois peines délictuelles devait être exclu de la computation de la période de sûreté, raisonnement conduisant à reporter le terme de celle-ci au 4 octobre 2018. L'enjeu de la procédure était donc d'importance.

La question posée par le tribunal correctionnel reprenait, en substance, les termes du débat qui vient d'être résumé, mais des raisons de procédure ont fait obstacle à ce qu'il y soit répondu.

Le litige entrainait, sans conteste, dans le champ d'application des articles 710 et 711 du code de procédure pénale, textes dont on rappellera qu'ils ont une portée générale et trouvent à s'appliquer chaque fois que le recours à la procédure qu'ils organisent n'est pas expressément exclu (Crim., 9 mai 1994, pourvoi n° 92-83.092, *Bull. crim.* 1994, n° 175) et qu'une autre procédure n'est pas spécialement prévue par la loi (Avis de la Cour de cassation, 7 février 2011, n° 10-00.009, *Bull. crim.* 2011, Avis, n° 1).

Pour autant, il ne relevait pas de la compétence du tribunal correctionnel de Roanne. Il résulte en effet de l'article 710 que si les incidents contentieux relatifs à l'exécution sont, en principe, portés devant le tribunal ou la cour qui a rendu la sentence (alinéa 1^{er}), ceux auxquels peuvent donner lieu les arrêts de la cour d'assises, y inclus ceux statuant sur l'action civile (Crim., 27 septembre 2000, pourvoi n° 99-87.598, *Bull. crim.* 2000, n° 282), relèvent de la compétence de la chambre de l'instruction de la cour d'appel dans le ressort de laquelle a été prononcée la condamnation (alinéa 2), ou de celle de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le condamné est détenu (alinéa 3).

La Cour de cassation veille au strict respect de cette répartition des compétences juridictionnelles (Crim., 5 décembre 2007, pourvoi n° 07-85.037, *Bull. crim.* 2007, n° 304 : cassation de l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait, à tort, retenu sa compétence pour connaître de la contestation du calcul d'un crédit de réduction de peines faisant suite à des condamnations correctionnelles).

En l'espèce, le condamné, qui avait le choix entre la saisine des chambres de l'instruction des cours d'appel d'Aix-en-Provence et de Lyon, ne pouvait, en revanche, saisir le tribunal correctionnel de son lieu d'incarcération, lequel aurait dû se déclarer d'emblée incompétent.

En effet, les juridictions pénales ont l'obligation de vérifier leur compétence, qui est régie par des règles d'ordre public. Elles doivent, s'il y a lieu, se déclarer, même d'office, incompétentes (Crim., 3 janvier 1970, pourvoi n° 69-93.254, *Bull. crim.* 1970, n° 4 ; Crim., 4 janvier 1990, pourvoi n° 89-82.636, *Bull. crim.* 1990, n° 1 ; Crim., 1^{er} décembre 1993, pourvoi n° 92-86.077, *Bull. crim.* 1993, n° 366 ; Crim., 22 mai 1996, pourvoi n° 95-84.899, *Bull. crim.* 1996, n° 212 ; Crim., 15 novembre 2006, pourvoi n° 06-85.275, *Bull. crim.* 2006, n° 289 ; Crim., 20 juillet 2011, pourvoi n° 10-83.763, *Bull. crim.* 2011, n° 160), ce en tout état de la procédure (Crim., 1^{er} février 2005, pourvoi n° 04-85.351, *Bull. crim.* 2005, n° 32 ; Crim., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-84.531, *Bull. crim.* 2009, n° 129).

Si elles s'abstiennent de le faire, le moyen pris de cette incompétence peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation (Crim., 28 février 2006, pourvoi n° 05-85.840, *Bull. crim.* 2006, n° 57 ; Crim., 9 janvier 2013, pourvoi n° 12-83.047, *Bull. crim.* 2013, n° 12), et être soulevé d'office par celle-ci (Crim., 26 février 1970, pourvoi n° 69-90.567, *Bull. crim.* 1970, n° 80 ; Crim., 31 mai 1988, pourvoi n° 88-82.449, *Bull. crim.* 1988, n° 233 ; Crim., 5 décembre 2007, préc.).

La déclaration d'incompétence du tribunal correctionnel étant inéluctable, au regard de cette jurisprudence abondante et constante, cette juridiction ne pouvait être admise à interroger la Cour de cassation sur une question de pur droit, intéressant le fond de la procédure dont elle avait été saisie par erreur.

Si la demande d'avis n'avait pas achoppé sur ce point de procédure, la Cour de cassation aurait été conduite à rechercher si la question posée pouvait être considérée comme nouvelle, au regard de l'arrêt rendu, le 1^{er} février 2012, par la chambre criminelle (pourvoi n° 10-84.178, *Bull. crim.* 2012, n° 34), aux termes duquel le condamné ne saurait se faire un grief de ce que, par suite de la mise à exécution préalable de peines d'emprisonnement ne comportant pas de période de sûreté, dans l'ordre chronologique de réception des extraits de décisions de condamnation, la peine de réclusion criminelle, assortie d'une période de sûreté, prononcée contre lui, ait été mise à exécution à une date postérieure à celle retenue, compte tenu de la détention provisoire, comme point de départ de la période de sûreté, dès lors que cette computation n'a pas eu pour effet de proroger, à son préjudice, la date d'expiration de ladite période de sûreté.

III. ARRÊTS RENDUS PAR LES CHAMBRES

Les arrêts sont ici classés en huit rubriques :

- A. Droit des personnes et de la famille
- B. Droit du travail
- C. Droit immobilier, environnement et urbanisme
- D. Activités économiques, commerciales et financières
- E. Responsabilité civile, assurances et sécurité sociale
- F. Procédure civile et organisation des professions
- G. Droit pénal et procédure pénale
- H. Application du droit de l'Union européenne, conventionnel et international

A. Droit des personnes et de la famille

1. Divorce

Divorce, séparation de corps – Règles spécifiques au divorce – Prestation compensatoire – Fixation – Critères – Ressources et besoins des époux – Détermination – Éléments à considérer – Ressources de l'époux débiteur – Exclusion – Indemnité versée au titre de la réparation d'un préjudice corporel consécutif à un accident de la circulation – Conditions – Preuve de la compensation d'un handicap – Applications diverses

1^{re} Civ., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12-29.127, Bull. 2013, I, n° 245

L'article 272, alinéa 2, du code civil, relatif à la fixation de la prestation compensatoire et issu de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, dispose que, « dans la détermination des besoins et des ressources, le juge ne prend pas en considération les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap ».

En application de ce texte, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que, dans la détermination des ressources d'un époux en vue de la fixation de la prestation compensatoire, le juge ne doit pas prendre en considération une rente d'accident du travail (1^{re} Civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-16.388; 1^{re} Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-19.537; 1^{re} Civ., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-19.051), mais qu'il doit prendre en compte l'allocation adulte handicapé qui, à la différence de la prestation de compensation, est destinée à garantir un minimum de revenus à l'allocataire et non à compenser son handicap (1^{re} Civ., 28 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.609, *Bull.* 2009, I, n° 214), de même que la pension d'invalidité, qui comprend l'indemnisation de pertes de gains professionnels et des incidences professionnelles de l'incapacité (1^{re} Civ., 26 septembre 2012, pourvoi n° 10-10.781, *Bull.* 2012, I, n° 178; déjà en ce sens, à propos d'une pension militaire d'invalidité, 1^{re} Civ., 9 novembre 2011, pourvoi n° 10-15.381, *Bull.* 2011, I, n° 197).

Saisie de la question de l'applicabilité de l'article 272, alinéa 2, du code civil à une indemnité versée au titre de la réparation d'un préjudice corporel consécutif à un accident de la circulation, la première chambre civile décide, dans l'arrêt ici commenté, qu'une telle indemnité «ne figure au nombre des sommes exclues, par l'article 272, alinéa 2, du code civil, des ressources prises en considération par le juge pour fixer la prestation compensatoire que dans la mesure où l'époux bénéficiaire établit qu'elle a compensé un handicap».

Il en résulte que l'indemnité sera exclue des ressources prises en considération pour fixer la prestation compensatoire si l'époux bénéficiaire démontre qu'elle est versée au titre du droit à compensation d'un handicap et à hauteur des sommes pour lesquelles une telle preuve sera rapportée.

En l'espèce, l'époux bénéficiaire de l'indemnité n'ayant pas offert de prouver que celle-ci avait en tout ou partie pour objet de compenser le handicap résultant de l'accident dont il avait été victime, la première chambre civile a approuvé la cour d'appel d'avoir pris en considération l'indemnité au titre de ses ressources.

La réparation du préjudice corporel inclut des postes très divers, les uns susceptibles de compenser un handicap, les autres sans rapport avec cette compensation, et il importe donc d'identifier, parmi ses composantes, celles qui sont versées au titre du droit à compensation d'un handicap. Mais une indemnité en capital peut avoir été versée à l'un des époux au titre de la réparation d'un préjudice corporel plusieurs années avant le divorce et avoir fait l'objet de placements ou avoir été partiellement utilisée. La difficulté pour les juges d'avoir à distinguer, parmi les sommes encore détenues à la date du divorce, entre les diverses composantes de l'indemnité, imposait de mettre à la charge de la partie qui demande à voir exclure l'indemnité de ses ressources la preuve de ce que celle-ci avait été versée au titre de la compensation d'un handicap.

2. Droit d'auteur

Conventions internationales – Accords et conventions divers – Convention d'Union de Berne du 9 septembre 1886 – Protection des œuvres littéraires et artistiques – Détermination du titulaire initial des droits d'auteur – Article 5 2° – Loi applicable – Détermination

1^{re} Civ., 10 avril 2013, pourvoi n° 11-12.508, Bull. 2013, I, n° 68

La détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée.

Voir le commentaire p. 622.

3. Presse

Presse – Procédure – Action en justice – Assignation – Validité – Conditions – Précision et qualification du fait incriminé – Défaut – Cas – Fait doublement qualifié d'injure et de diffamation

Ass. plén., 15 février 2013, pourvoi n° 11-14.637, Bull. 2013, Ass. plén., n° 1
Selon l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, qui doit recevoir application devant la juridiction civile, l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé et énoncer le texte de loi applicable. Est nulle une assignation retenant pour le même fait la double qualification d'injure et de diffamation.

Par suite, une cour d'appel ayant constaté que des propos identiques ou quasiment identiques, même figurant pour certains dans des commentaires publiés à des dates distinctes, se trouvaient poursuivis sous deux qualifications différentes, en a déduit à bon droit que ce cumul de qualifications étant de nature à créer pour les défenderesses une incertitude préjudiciable à leur défense, l'assignation était nulle en son entier.

Voir le commentaire p. 493.

4. Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

État civil – Acte de l'état civil – Acte dressé à l'étranger – Transcription – Refus – Cas – Fraude à la loi – Applications diverses – Procréation ou gestation pour le compte d'autrui

1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-18.315, Bull. 2013, I, n° 176

1^{re} Civ., 13 septembre 2013, pourvoi n° 12-30.138, Bull. 2013, I, n° 176

Dans chacune de ces deux espèces, un homme de nationalité française, qui avait eu recours, en Inde, à une gestation pour autrui, avait demandé la transcription, sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance des enfants qui en étaient issus – dans un des dossiers, une fille, dans l'autre des jumeaux – actes établis en Inde, et mentionnant que ces enfants étaient issus d'une femme indienne et du demandeur français.

L'un des deux hommes s'était heurté à un refus de la cour d'appel de Rennes, tandis que l'autre, à quelques semaines d'intervalle, avait obtenu cette transcription de la part de la même juridiction. Le pourvoi émanait donc, dans le premier cas (pourvoi n° 12-18.315), de celui qui se présentait comme le père de l'enfant, dans le second (pourvoi n° 12-30.138), du ministère public.

Précédemment, dans trois arrêts du 6 avril 2011 (pourvoi n° 09-17.130, *Bull.* 2011, I, n° 70; pourvoi n° 09-66.486, *Bull.* 2011, I, n° 71; pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72), la première chambre civile avait refusé de faire produire effet à des actes de naissance dressés aux États-Unis à la suite de jugements américains obtenus par des couples français qui avaient eu recours, dans ce pays, à une gestation pour autrui, actes portant la mention de ces couples en tant que père et mère, au motif que le principe essentiel de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposait à ce que soit désignée comme mère, dans un acte de l'état civil, une femme qui n'avait pas accouché.

Dans les affaires jugées le 13 septembre 2013, les actes n'étant pas entachés du même défaut, et le seul effet que les demandeurs entendaient obtenir étant la paternité, la Cour de cassation, écartant l'argument selon lequel la seule régularité formelle de l'acte d'état civil aurait commandé sa transcription en vertu de l'article 47 du code civil, a rejeté le pourvoi contre le premier arrêt et cassé le second au motif qu'en l'état actuel du droit positif, lequel prohibe la gestation pour autrui (article 16-7 du code civil) et attache à cette prohibition une nullité d'ordre public (article 16-9), la transcription sur les registres de l'état civil français ne peut être ordonnée « lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui ».

C'est donc la fraude commise par les demandeurs, sanction de la violation d'une disposition d'ordre public, qui interdit de faire produire effet à la convention et à ses suites, ce qui a conduit également, dans l'arrêt de rejet, à valider l'annulation de la reconnaissance paternelle qui avait été obtenue par le ministère public. En effet, l'action en contestation de la filiation conférée à ce dernier, en cas de fraude, par l'article 336 du code civil, n'est pas, contrairement à ce que soutenait l'auteur de la reconnaissance, subordonnée à la preuve de la non-paternité au sens de l'article 332 du même code.

En dernier lieu, la Cour de cassation avait à examiner le moyen, invoqué en demande dans le premier arrêt (pourvoi n° 12-18.315), selon lequel l'intérêt de l'enfant au sens de l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ou le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, commanderait la reconnaissance en France du lien de filiation et la transcription des actes de naissance sur les registres français. Dans les arrêts précités de 2011, il avait été jugé, à propos des enfants conçus aux États-Unis, que le refus de reconnaissance en France de leur état civil ne les privait pas de leur filiation au regard du droit étranger ni ne les empêchait de vivre en France avec leurs « parents d'intention ». Les arrêts de 2013, en indiquant qu'en présence d'une fraude ces principes ne sauraient être « utilement invoqués », vont plus loin. En effet, faire prévaloir la situation concrète des enfants en cause dans tous les cas aboutirait à priver de toute effectivité non seulement les dispositions du droit interne mais aussi celles édictées par d'autres conventions internationales destinées à protéger les enfants des trafics, notamment en matière d'adoption.

B. Droit du travail

Introduction

Au point de vue du droit du travail, l'année 2013 aura été marquée par la promulgation de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, qui contient de nombreuses dispositions dont les éventuelles difficultés d'application n'ont pas encore été soumises à la Cour de cassation, ne serait-ce que par la procédure de saisine pour avis.

En revanche, si cette procédure n'a pu prospérer, faute d'avoir été régulièrement mise en œuvre, pour un avis portant sur le délai de prévenance en cas de rupture de la

relation contractuelle pendant la période d'essai (Avis de la Cour de cassation, 14 janvier 2013, n° 12-00.014, *Bull.* 2013, Avis, n° 1), la formation pour avis a pu se prononcer sur la question de la nécessité d'un entretien préalable pour une rupture de contrat à durée déterminée à raison de l'inaptitude du salarié (Avis de la Cour de cassation, 21 octobre 2013, n° 13-70.006, *Bull.* 2013, Avis, n° 11).

On ne saurait trop insister sur l'intérêt de cette procédure qui, même si elle est juridiquement dépourvue d'effet contraignant, a le mérite de répondre immédiatement aux juridictions saisies de litiges se rapportant aux questions en cause et de donner des lignes directrices, en pratique suivies par la Cour dans sa jurisprudence, propres à assurer une meilleure sécurité juridique et à limiter le développement des contentieux.

Ce double objectif poursuivi par la chambre sociale explique aussi un certain nombre de ses décisions rendues au cours de la période de référence, par exemple :

- l'ensemble de ses arrêts relatifs à la rupture conventionnelle du contrat de travail, afin de donner son plein effet à ce mode de cessation des relations de travail conçu par le législateur comme une alternative aux trop nombreuses procédures contentieuses opposant les salariés à leurs employeurs, sous réserve de la vérification de la pleine liberté du consentement des parties ;
- ceux tendant à clarifier la répartition des compétences, soit entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires, soit entre le tribunal des affaires de sécurité sociale et le conseil de prud'hommes ;
- ceux ayant pour but de prévenir ou de mettre fin à des divergences de jurisprudence, entre les mêmes juridictions ;
- ceux ayant, en matière d'heures supplémentaires, cherché à simplifier la tâche des juges du fond, pour le calcul des heures susceptibles d'être retenues et leur évaluation.

À ces objectifs, il faut aussi ajouter la recherche de solutions en harmonie avec la volonté des partenaires sociaux, comme en attestent notamment les arrêts rendus sur la question de l'application du principe d'égalité de traitement aux accords de protection sociale complémentaire, celui du 13 février 2013 sur les modalités d'organisation des opérations électorales professionnelles ainsi que différents arrêts rendus, après consultation des organisations patronales et syndicats de salariés, en matière de représentation du personnel.

Les statistiques produites pour l'évolution du contentieux du droit du travail devant les juridictions du fond et celles concernant le nombre d'affaires jugées par la chambre sociale de la Cour de cassation montrent malheureusement que cette branche du droit continue d'appartenir à ce qu'il est convenu d'appeler « un contentieux de masse ».

Des propositions ont été présentées au cours de l'année 2013 pour chercher à rationaliser le traitement de ces affaires.

D'autres sont faites dans le cadre de ce *Rapport*, pour tenter de résoudre des questions qui ne relèvent pas des seules interventions de la Cour de cassation, comme l'évolution nécessaire de la législation interne sur les congés payés, à mettre en harmonie avec les textes européens applicables, ou l'adaptation indispensable de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps

de travail, la pratique ayant révélé des difficultés excédant les limites du pouvoir juridictionnel de la Cour.

Mais l'efficacité attendue du juge en toutes matières, spécialement dans celle du droit du travail compte tenu de son impact sur la vie quotidienne des citoyens, passe non seulement par une réflexion sur la simplification et la clarification des règles applicables et appliquées en ce domaine, mais aussi par la poursuite et l'approfondissement du dialogue entre toutes les juridictions concernées par le droit du travail, d'une part, et entre l'institution judiciaire et l'ensemble des parties intéressées d'autre part.

1. Contrat de travail, organisation et exécution du travail

a. Emploi et formation

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2013.

b. Droits et obligations des parties au contrat de travail

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir disciplinaire – Sanction – Conditions – Faute du salarié – Prescription – Délai – Interruption – Cas
Soc., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-28.109, Bull. 2013, V, n° 7

Depuis l'arrêt *Hôtel Le Berry* (Soc., 16 juin 1998, pourvoi n° 95-45.033, *Bull.* 1998, V, n° 320), la chambre sociale juge qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée. Le droit disciplinaire et le droit de la modification du contrat de travail se juxtaposant, tous deux doivent être respectés par l'employeur. Ainsi, lorsque l'employeur notifie au salarié, à titre de sanction, une mesure modifiant le contrat de travail, il doit informer l'intéressé de sa faculté d'accepter ou de refuser cette « proposition » (Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-70.619, *Bull.* 2011, V, n° 97 ; Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 09-43.321). La modification du contrat de travail, pour quelque cause que ce soit, nécessite l'accord exprès du salarié, qui ne peut résulter ni de son silence ni de la poursuite du travail aux conditions nouvelles (Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 08-43.317 ; Soc., 13 octobre 2011, pourvoi n° 09-66.991).

En cas de refus du salarié, l'employeur, n'ayant pas dans ce cas « épuisé » son pouvoir disciplinaire, peut prononcer une autre sanction au lieu et place de la sanction refusée (Soc., 16 juin 1998 préc. ; Soc., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-43.400, *Bull.* 2000, V, n° 233 ; Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-44.476, *Bull.* 2004, V, n° 193). L'employeur peut faire le choix d'une sanction plus grave, notamment un licenciement (Soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-42.669), y compris pour faute grave si les faits reprochés à l'intéressé le justifient (Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 06-45.897, *Bull.* 2009, V, n° 41).

En ce cas, il appartient à l'employeur d'engager la procédure disciplinaire dans un délai restreint (Soc., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-44.476, *Bull.* 2004, V, n° 193) et de convoquer l'intéressé à un nouvel entretien (Soc., 27 mars 2007, pourvoi n° 05-41.921, *Bull.* 2007, V, n° 57).

Cette faculté de nouvelle sanction est préservée par la computation des différents délais du droit disciplinaire, et, en particulier, le délai de prescription des faits fautifs prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail. Depuis un arrêt de 2001, la chambre juge que ce délai est interrompu par la convocation à l'entretien préalable et qu'un nouveau délai de deux mois commence à courir à compter de cette date (Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-41.217, *Bull.* 2001, V, n° 304). Dans un important arrêt du 28 avril 2011, la chambre sociale a énoncé que lorsque le salarié refuse une mesure de rétrogradation disciplinaire notifiée après un premier entretien préalable, l'employeur qui envisage de prononcer un licenciement au lieu de la sanction initiale doit convoquer l'intéressé à un nouvel entretien dans le délai de prescription de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail et que le refus du salarié interrompt ce délai (Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-13.979, *Bull.* 2011, V, n° 98). Aussi, l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter du refus du salarié pour convoquer celui-ci à un nouvel entretien en vue d'une autre sanction disciplinaire, mais encore faut-il que le refus du salarié se manifeste alors que le délai de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 court toujours, puisqu'il est une cause interruptive de ce délai.

C'est la difficulté à laquelle était confrontée la cour d'appel de Toulouse en l'espèce : le salarié avait été convoqué à un premier entretien préalable le 11 février 2008 qui s'était tenu le 19 février 2008. Le 17 mars 2008, l'employeur lui notifiait une proposition de rétrogradation avec un délai d'un mois pour accepter ou refuser cette mesure. Par lettre du 15 avril 2008, le salarié contestait les griefs qui lui étaient reprochés et réitérait sa demande de réintégration dans une autre société. Le 20 mai 2008, il était convoqué à un nouvel entretien préalable et était licencié pour faute grave par lettre du 18 juin 2008. La cour d'appel avait considéré que dès lors que le salarié n'avait pas manifesté son refus à la proposition de mesure de rétrogradation dans le délai de deux mois à compter de la convocation au premier entretien préalable, la prescription des faits fautifs était acquise le 11 avril 2008, soit avant la convocation au nouvel entretien préalable. Le pourvoi soutenait qu'à partir du moment où la convocation au nouvel entretien préalable était intervenue dans les deux mois du refus manifesté par le salarié, la prescription des faits fautifs ne pouvait être acquise.

Complétant l'édifice jurisprudentiel précité, la chambre sociale, dans son arrêt du 15 janvier 2013, énonce que « la notification par l'employeur, après l'engagement de la procédure disciplinaire, d'une proposition de modification de contrat de travail soumise au salarié, interrompt le délai de deux mois prévu par l'article L. 1332-4 du code du travail qui court depuis la convocation à l'entretien préalable ; que le refus de cette proposition par le salarié interrompt à nouveau ce délai ; qu'il s'ensuit que la convocation du salarié par l'employeur à un entretien préalable en vue d'une autre sanction disciplinaire doit intervenir dans les deux mois de ce refus ». Aussi, il a été jugé en l'espèce que la prescription des faits fautifs n'était pas acquise, le délai de deux mois ayant été interrompu une première fois par la convocation au premier entretien préalable, puis par la notification de la proposition de rétrogradation et enfin par le refus intervenu dans les deux mois de cette notification.

Il importe donc à l'employeur qui notifie une proposition de modification de contrat de travail telle une mesure de rétrogradation, à titre disciplinaire, de veiller à recueillir la réponse du salarié dans les deux mois de cette notification, pour que le refus du salarié puisse être à nouveau interruptif du délai de prescription prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail.

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Étendue – Restriction aux libertés fondamentales – Restriction à la liberté religieuse – Fondement – Principe de laïcité – Possibilité – Exclusion – Cas – Organisme de droit privé ne gérant pas un service public

Contrat de travail, exécution – Règlement intérieur – Contenu – Restriction aux libertés individuelles – Restriction à la liberté religieuse – Validité – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, Bull. 2013, V, n° 75

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Étendue – Restrictions aux libertés fondamentales – Restriction à la liberté religieuse – Fondement – Principes de neutralité et de laïcité – Applications diverses – Organisme de droit privé gérant un service public

Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-11.690, Bull. 2013, V, n° 76

Contrat de travail, exécution – Règlement intérieur – Contenu – Restriction aux libertés individuelles – Restriction à la liberté religieuse – Interdiction de manifestation des croyances religieuses – Validité – Conditions – Mission de service public – Applications diverses – Caisse primaire d'assurance maladie
Même arrêt

Dans ces deux arrêts du 19 mars 2013, la chambre sociale est conduite pour la première fois à déterminer les contours de la liberté religieuse au sein de l'entreprise. Les deux dossiers concernaient le licenciement d'une salariée aux motifs qu'elle portait un voile islamique et contrevenait ainsi à une clause de neutralité insérée dans le règlement intérieur de l'employeur. Toutefois, le contexte des deux affaires était sensiblement différent dans la mesure où le premier dossier concernait une salariée travaillant au sein d'une crèche privée, tandis que dans l'autre la salariée exerçait ses fonctions dans une caisse primaire d'assurance maladie.

Il ne faisait aucun doute que les litiges devaient être jugés sur le terrain de la liberté religieuse, reconnue à l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puisque, dans l'arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire dite des crucifix italiens (CEDH, arrêt du 18 mars 2011, *Lautsi e.a. c. Italie*, n° 30814/06), la Cour de Strasbourg a indiqué que le port du voile islamique ne peut être considéré comme un symbole religieux passif, comme un simple crucifix dans une salle de classe, mais constitue un « signe extérieur fort ». Par ailleurs, était également applicable la directive 78/2000/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, laquelle prohibe notamment les discriminations fondées sur les convictions religieuses et se trouve applicable à l'accès à l'emploi, aux conditions de travail et au licenciement.

La Cour européenne des droits de l'homme a déjà statué à plusieurs reprises sur la question du voile islamique.

Dans l'affaire *Dahlab c. Suisse* (arrêt du 15 février 2001, n° 42393/98), s'agissant de la décision de la direction d'une école d'interdire à une enseignante de porter le foulard,

confirmée par arrêt du Tribunal fédéral en 1997, elle a estimé que la mesure n'était pas déraisonnable, compte tenu en particulier du fait que les enfants dont Mme Dahlab avait la charge en tant qu'institutrice avaient entre quatre et huit ans, âge auquel les enfants étaient plus facilement influençables que des élèves plus âgés.

Mais la décision fondamentale en la matière est l'arrêt de Grande Chambre du 10 novembre 2005 (Leyla Şahin c. Turquie, n° 44774/98), dans lequel la Cour de Strasbourg a jugé que « lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national [...]. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, d'autant plus, comme le démontre l'aperçu de droit comparé [...], au vu de la diversité des approches nationales quant à cette question. En effet, il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société [...] et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes [...]. La réglementation en la matière peut varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public » (§ 109; voir aussi CEDH, arrêt du 4 décembre 2008, Kervanci c. France, n° 31645/04, et CEDH, arrêt du 4 décembre 2008, Dogru c. France, n° 27058/05).

Il ressort de cette jurisprudence qu'il n'est pas possible en la matière de déterminer l'existence d'un standard européen qui serait imposé à tous les États signataires de la Convention tant les traditions culturelles, historiques et l'attitude à l'égard de la laïcité et de la liberté religieuse varient d'un État européen à un autre (voir, sur ce point, J. Andriantsimbazovina, « De la difficulté de construire un *ius commune* européen des droits de l'homme. Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit européen* 2006, n° 1-2, p. 237 et s., spéc. p. 261).

Enfin, dans un arrêt du 15 janvier 2013 (Eweida et autres c. Royaume-Uni, affaires jointes n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10), la Cour européenne des droits de l'homme a fait pour la première fois, semble-t-il, une application horizontale de l'article 9 de la Convention en étant confrontée à des restrictions à la liberté religieuse apportées par des employeurs privés. Dans cette hypothèse, l'article 9 de la Convention est applicable au titre des obligations positives qui pèsent sur l'État de protéger les droits fondamentaux. S'il n'est plus exigé que la restriction soit prévue par la loi au sens de l'article 9, § 2, puisqu'elle émane d'un particulier, le juge national doit procéder à une balance entre l'intérêt du requérant de voir ses droits fondamentaux respectés et les intérêts publics en présence.

En l'espèce, la chambre sociale devait confronter le droit à la liberté religieuse de la salariée avec un intérêt public.

Dans le premier arrêt, celui-ci ne pouvait être que la liberté de conscience des enfants, reconnue à l'article 16 de la Convention internationale des droits de l'enfant et non, comme revendiqué par l'association Baby Loup, le principe de laïcité. En effet, la doctrine est unanime sur ce point et considère que le principe de laïcité, institué par l'article 1^{er} de la Constitution, vise seulement l'État et les administrations publiques,

entendues au sens large, puisqu'il s'impose aussi aux salariés des organismes de droit privé gérant un service public.

En ce qui concerne la directive 78/2000/CE du Conseil du 27 novembre 2000 précitée, celle-ci est intégrée aux articles L. 1121-1, L. 1131-1 et L. 1133-1 du code du travail, ce dernier texte exigeant comme la directive que la discrimination soit justifiée par une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Selon l'article L. 1121-1 du code du travail : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Enfin, l'article L. 1321-3 prévoit que le règlement intérieur ne peut contenir « des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », ni « des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de [...] leurs convictions religieuses ».

Il n'est pas apparu possible à la chambre de reconnaître à une crèche privée le statut d'entreprise de tendance prévu à l'article 4 § 2 de la directive¹, dans la double mesure où les considérants de la directive donnent une définition de l'entreprise de tendance en référence à la déclaration n° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, annexée à l'acte final du Traité d'Amsterdam, laquelle vise les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres ainsi que les organisations philosophiques et non confessionnelles et où, par ailleurs, l'article 4 § 2 de la directive comporte une clause de *standstill*². Or, il n'existait pas au jour de l'adoption de la directive du 27 novembre 2000, pas plus qu'aujourd'hui, de législation en droit français sur les entreprises de tendance.

La chambre était conduite dès lors à vérifier si la discrimination était fondée par une « condition essentielle et déterminante » tenant à la nature de l'emploi occupé par la salariée. Or, il convient de relever que le licenciement a été prononcé pour non-respect du règlement intérieur de l'association quant au principe de laïcité et que la clause du règlement intérieur est générale et vise tous les emplois de l'association, y compris les collaborateurs occasionnels. À cet égard, la jurisprudence tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation montre qu'une prohibition générale dans un règlement intérieur d'entreprise est invalide, même dans une entreprise dite de tendance (CE, 20 juillet 1990, n° 85429, publié au *Recueil Lebon* ; Soc., 9 juin 1998, pourvoi n° 95-45.019, *Bull.* 1998, V, n° 315). Tel est également l'avis de la doctrine :

1. Statut en vertu duquel « dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif ».

2. Clause en vertu de laquelle « les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la [...] directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la [...] directive », les dispositions précitées de l'article 4 § 2 propres aux entreprises de tendance.

« Pour être valables, il faudrait d'abord que ces clauses respectent la règle définie à l'article L. 120-2, c'est-à-dire qu'elles soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Il ne peut donc être admis des clauses générales s'appliquant à tout le personnel de l'entreprise de tendance : justifiée pour un cadre, telle clause limitative de liberté pourrait n'avoir aucune cause pour un personnel d'exécution » (P. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. pal.* 1996, p. 1427).

Dès lors, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles est cassé, la clause de laïcité du règlement intérieur de l'association étant déclarée invalide.

En revanche, s'agissant du second dossier où était en cause une salariée travaillant au sein d'une caisse primaire d'assurance maladie, dans la mesure où, comme on le sait, les organismes de sécurité sociale revêtent le caractère d'organismes de droit privé chargés d'une mission de service public (CE, Ass., 13 mai 1938, n° 57302, publié au *Recueil Lebon*; CE, Ass., 16 mars 1956, n° 10336 publié au *Recueil Lebon*; Cons. const., 14 décembre 1982, décision n° 82-148 DC, Loi relative à la composition des conseils d'administration des organismes du régime général de sécurité sociale), la chambre sociale, en s'inspirant de l'avis rendu par le Conseil d'État le 3 mai 2000 (avis n° 217017; voir aussi CE, 31 janvier 1964, Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon, n° 59115 et CE, 31 janvier 1964, Caisse d'allocations familiales de la Côte-d'Or, n° 57001, publiés au *Recueil Lebon*), selon lequel « il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci », estime que les salariés des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public étaient tenus de respecter les principes de neutralité du service public et de laïcité. Le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant jugé le licenciement fondé est dès lors rejeté.

c. Modification dans la situation juridique de l'employeur

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2013.

d. Contrats et statuts particuliers

Statuts professionnels particuliers – Journaliste professionnel – Statut – Application – Conditions – Activité principale de l'employeur – Entreprise ou agence de presse – Nécessité (non) – Publication de presse disposant d'une indépendance éditoriale – Détermination – Portée

Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-17.516, *Bull.* 2013, V, n° 216

Selon l'article L. 7111-3 du code du travail, est journaliste professionnel « toute personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques ou agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources ».

La question posée en l'espèce était la suivante : la rédactrice en chef d'une revue éditée par une chambre syndicale peut-elle prétendre au statut de journaliste professionnel ? La cour d'appel avait donné gain de cause à l'intéressée, en retenant que la revue en cause, *Ateliers d'art*, publication non réservée aux seuls artisans professionnels

puisque s'adressant à un large public, peut être classée dans la catégorie générale de la presse d'information, dans la mesure où y sont publiés des articles de fond sur l'art de la céramique.

La définition du journaliste professionnel a donné lieu à une jurisprudence abondante tant de la Cour de cassation que du Conseil d'État.

Dans la majeure partie des arrêts de la Cour de cassation, il était jugé que le statut de journaliste professionnel implique l'exercice de l'activité dans une entreprise de presse (Soc., 22 octobre 1996, pourvoi n° 94-17.199, *Bull.* 1996, V, n° 341 ; Soc., 10 octobre 2001, pourvoi n° 99-45.852). Ainsi, a été rejeté le pourvoi d'un rédacteur en chef adjoint, responsable des numéros spéciaux de *60 millions de consommateurs*, qui avait formé une demande fondée sur la convention collective nationale des journalistes (Soc., 17 mars 1999, pourvoi n° 96-45.487) : il a été retenu que cette publication avait pour objectif unique l'information des consommateurs et ne constituait pas un établissement autonome au sein de l'entreprise, de sorte que son éditeur, l'Institut national de la consommation, n'était pas une entreprise de presse. Certains arrêts se référaient à l'information du public ou des lecteurs. Ainsi, selon la chambre sociale (Soc., 5 mars 1987, pourvoi n° 84-41.834, *Bull.* 1987, V, n° 119), le journaliste professionnel est celui qui a pour occupation principale régulière et rétribuée d'apporter une collaboration intellectuelle et permanente en vue de l'information des lecteurs (voir, dans le même sens, Soc., 1^{er} avril 1992, pourvoi n° 88-42.951, *Bull.* 1992, V, n° 221 ; Soc., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-42.770).

De son côté, le Conseil d'État jugeait de façon constante que la reconnaissance de la qualité de journaliste professionnel n'est pas nécessairement subordonnée à la condition que l'activité soit exercée au sein d'une entreprise de presse (voir, par exemple, CE, 22 juin 2001, n° 219930).

Il existait ainsi incontestablement une divergence de jurisprudence entre les deux ordres de juridiction, relevée par des auteurs.

Par l'arrêt du 25 septembre 2013 ici commenté, qui marque une évolution de sa jurisprudence, la Cour de cassation se prononce de manière à mettre fin à cette divergence, en jugeant que dans le cas où l'employeur n'est pas une entreprise de presse ou une agence de presse, la qualité de journaliste professionnel peut être retenue si l'intéressé exerce son activité dans une publication de presse disposant d'une indépendance éditoriale. Ce concept d'indépendance éditoriale a été retenu car il est au cœur de la fonction de journaliste.

L'arrêt d'appel a été cassé, les juges du fond n'ayant pas constaté que la salariée exerçait son activité dans une publication de presse disposant d'une indépendance éditoriale.

Statuts professionnels particuliers – Marin – Durée du travail – Durée hebdomadaire – Modulation – Accord de modulation – Limites maximales légales des heures de travail – Respect – Nécessité – Portée

Soc., 25 septembre 2013, pourvois n° 12-17.776 et n° 12-17.777, Bull. 2013, V, n° 217

Statut collectif du travail – Réduction négociée du temps de travail – Modulation du temps de travail – Mise en œuvre – Répartition des horaires par un accord collectif – Moment – Effet – Modification du contrat de travail – Détermination – Portée

Même arrêt

Voir le commentaire p. 543.

2. Durée du travail et rémunérations

a. Durée du travail, repos et congés

Congés payés

Union européenne – Travail – Aménagement du temps de travail – Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003 – Article 7 – Repos et congés – Droit au congé annuel payé – Paiement d'un congé déterminé effectivement pris – Imputation – Versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-14.070, Bull. 2013, V, n° 272

Selon l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 mars 2006, C-131/04 et C-257/04, l'article 7 de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 ne s'oppose pas, en principe, à ce que des sommes qui ont été payées, de manière transparente et compréhensible, au titre du congé annuel minimal au sens de cette disposition sous la forme de versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué soient imputées sur le paiement d'un congé déterminé qui est effectivement pris par le travailleur.

La cour d'appel ayant constaté, d'une part, que le contrat de travail se bornait à stipuler que la rémunération globale du salarié incluait les congés payés, ce dont il résultait que cette clause du contrat n'était ni transparente ni compréhensible, et, d'autre part, que, lors de la rupture, le salarié n'avait pas pris effectivement un reliquat de jours de congés payés, a décidé à bon droit de condamner l'employeur au paiement d'une indemnité compensatrice.

Voir le commentaire p. 617.

Heures supplémentaires

Pouvoirs des juges – Appréciation souveraine – Contrat de travail – Salaire – Heures supplémentaires – Importance – Évaluation – Éléments versés aux débats – Prise en compte – Détermination – Portée

Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-17.525, Bull. 2013, V, n° 297

Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-11.886, Bull. 2013, V, n° 296

Pouvoirs des juges – Appréciation souveraine – Contrat de travail – Salaire – Heures supplémentaires – Importance – Évaluation – Précision – Détail du calcul appliqué – Nécessité (non)

Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-22.344, *Bull.* 2013, V, n° 299

Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 11-28.314, *Bull.* 2013, V, n° 298

Par ces quatre arrêts rendus le même jour, la chambre sociale poursuit son œuvre jurisprudentielle en matière d'heures supplémentaires. Après avoir, par un précédent arrêt publié au *Rapport annuel* (*Soc.*, 24 novembre 2010, pourvoi n° 09-40.928, *Bull.* 2010, V, n° 266, *Rapport* 2010, p. 317), fixé le mécanisme probatoire de l'existence des heures supplémentaires – 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 pour permettre à l'employeur de répondre en apportant, le cas échéant, la preuve contraire – la chambre sociale entend préciser l'étendue des pouvoirs des juges du fond amenés à évaluer l'importance des heures supplémentaires ainsi reconnues.

Dans une première espèce (pourvoi n° 12-17.525), l'employeur s'opposait à la demande en paiement d'un rappel d'heures supplémentaires et critiquait l'arrêt qui l'avait condamné à verser une somme au titre du montant global des heures supplémentaires tout en constatant que la demande du salarié, basée sur un calcul annuel, apparaissait forfaitaire et excessive, ne détaillait pas les heures accomplies réellement sur chaque semaine, ce dont il résultait que cette demande n'était nullement justifiée. La chambre sociale rejette le pourvoi au motif qu'ayant constaté l'existence d'heures supplémentaires, c'est en fonction des éléments de fait qui lui étaient soumis et qu'elle a analysés que la cour d'appel en a souverainement évalué l'importance et fixé en conséquence les créances salariales s'y rapportant.

De même, dans une deuxième espèce (pourvoi n° 12-11.886), l'employeur et le salarié critiquaient l'arrêt de la cour d'appel se bornant, pour limiter la condamnation de l'employeur à une certaine somme au titre des heures supplémentaires, à affirmer péremptoirement qu'elle avait les éléments pour fixer à cette somme le montant des heures supplémentaires dues à la salariée, « sans déduire aucun motif à l'appui de cette allégation et expliquer comment elle parvenait à une telle somme ». La chambre sociale rejette les pourvois au motif « qu'ayant constaté l'existence d'heures supplémentaires, la cour d'appel, motivant sa décision, en a souverainement évalué l'importance et fixé en conséquence les créances salariales s'y rapportant en fonction des éléments de fait qui lui étaient soumis et qu'elle a analysés ».

Par un autre arrêt (pourvoi n° 12-22.344), la chambre sociale précise le sens de cette jurisprudence. L'employeur faisait grief à l'arrêt de le condamner au paiement d'une somme forfaitaire sans préciser le nombre d'heures réellement travaillées ni le détail de son calcul. Le pourvoi est rejeté au motif « qu'après avoir apprécié l'ensemble des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui n'a pas procédé à une évaluation forfaitaire, a, sans être tenue de préciser le détail du calcul appliqué, souverainement évalué l'importance des heures supplémentaires et fixé en conséquence les créances salariales s'y rapportant ».

Enfin un quatrième arrêt (pourvoi n° 11-28.314) fait l'application de cette jurisprudence pour rejeter un moyen du pourvoi de l'employeur faisant grief à l'arrêt de la

cour d'appel de fixer à une certaine somme le rappel d'heures supplémentaires en retenant une évaluation forfaitaire des sommes dues.

Par ces quatre arrêts, la chambre sociale reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain pour évaluer l'importance des heures supplémentaires et fixer le rappel de salaire correspondant, à condition que leurs décisions soient motivées par l'analyse des éléments de preuve qui leurs sont soumis.

Modulation du temps de travail

Statuts professionnels particuliers – Marin – Durée du travail – Durée hebdomadaire – Modulation – Accord de modulation – Limites maximales légales des heures de travail – Respect – Nécessité – Portée

Soc., 25 septembre 2013, pourvois n° 12-17.776 et n° 12-17.777, Bull. 2013, V, n° 217

Statut collectif du travail – Réduction négociée du temps de travail – Modulation du temps de travail – Mise en œuvre – Répartition des horaires par un accord collectif – Moment – Effet – Modification du contrat de travail – Détermination – Portée

Même arrêt

Dans un arrêt du 28 septembre 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé que « l'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié » (Soc., 28 septembre 2010, pourvoi n° 08-43.161, *Bull.* 2010, V, n° 197). Le pourvoi invoquait cette jurisprudence pour critiquer l'arrêt d'une cour d'appel rejetant une demande de rappel de salaire en s'appuyant sur un accord instituant une modulation du temps de travail sans constater que le salarié avait bien donné son accord exprès à la modification du contrat de travail qui en découlait.

Mais, postérieurement, et en réaction au prononcé de cet arrêt, le législateur est intervenu, le 22 mars 2012, pour introduire dans le code du travail un article L. 3122-6, aux termes duquel « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail » (loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, article 45).

Bien que ce texte n'ait pas été invoqué par les parties, la chambre sociale, à l'occasion du litige ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté, précise les conditions d'application dans le temps de cette réforme afin de fixer l'état du droit sur ce point et lever d'éventuelles incertitudes. Or la jurisprudence issue de l'arrêt du 28 septembre 2010 avait fixé la portée des accords de modulation sur les contrats en cours et cette solution s'inscrivait dans une jurisprudence plus large selon laquelle un accord collectif ne peut, sans l'accord des salariés concernés, modifier les droits qu'ils tiennent de leur contrat de travail (Soc., 14 mai 1998, pourvoi n° 96-43.797, *Bull.* 1998, V, n° 251), pas plus qu'il ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié (Soc., 25 février 2003, pourvoi n° 01-40.588, *Bull.* 2003, V, n° 64). Dès lors, la loi nouvelle modifiait bien l'état du droit existant et ne pouvait pas être regardée comme étant simplement interprétative

(Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-67.051, *Bull.* 2011, V, n° 142). Il n'était pas davantage possible de retenir un éventuel caractère rétroactif de la loi. En outre, un tel effet rétroactif aurait pu remettre en cause les créances de salaires acquises avant l'entrée en vigueur de la loi du 22 mars 2012 précitée, créances qui pourraient relever de la qualification d'« espérances légitimes » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Soc., 24 novembre 2010, pourvoi n° 08-44.181, *Bull.* 2010, V, n° 268 ; Soc., 21 mars 2012, pourvoi n° 04-47.532, *Bull.* 2012, V, n° 101).

b. Rémunérations

Statut collectif du travail – Conventions et accords collectifs – Accords collectifs – Accords particuliers – Banque – Caisse d'épargne – Accord du 11 décembre 2003 – Rémunération annuelle minimale – Calcul – Assiette – Éléments pris en compte – Primes de vacances, familiale et d'expérience – Portée

Soc., 24 avril 2013, pourvois n° 12-10.196 et n° 12-10.219, Bull. 2013, V, n° 114

Travail réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Défaut – Cas – Attribution d'avantages par engagement unilatéral de l'employeur – Bénéficiaires – Salariés engagés postérieurement à la dénonciation d'un accord collectif – Conditions – Avantages identiques aux avantages individuels acquis dont bénéficient les salariés engagés antérieurement à la dénonciation de l'accord – Portée

Même arrêt

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation précise la portée d'une part d'un accord relatif à la rémunération annuelle minimale, d'autre part d'engagements unilatéraux, applicables au sein des entreprises du réseau des caisses d'épargne.

Un accord du 19 décembre 1985 prévoyait notamment le versement, outre d'un salaire de base, de primes de vacances, familiale et d'expérience. Il avait été dénoncé au mois de juillet 2001, sans qu'un accord de substitution ne soit conclu à l'expiration des délais prévus à l'article L. 2261-13 du code du travail.

En application des dispositions de cet article, les salariés ont continué à bénéficier des primes de vacances, familiale et d'expérience en tant qu'avantages individuels acquis, la chambre sociale de la Cour de cassation venant préciser, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2008 (pourvoi n° 06-44.437, *Bull.* 2008, V, n° 147), que la structure de la rémunération, en l'espèce le fait de bénéficier d'un salaire de base et du versement distinct des trois primes, était en soi un avantage individuel acquis.

Par un accord collectif national de la Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance du 11 décembre 2003, a été instaurée une rémunération annuelle minimale conventionnelle définie comme suit : « [...] rémunération annuelle, en dehors des sommes éventuellement versées au titre de la participation, de l'intéressement ou de la part variable de chaque salarié à temps complet, [devant] être au moins égale à la rémunération annuelle minimale du niveau de classification de l'emploi occupé » (article 2).

En l'espèce, le salarié, soutenant que les primes de vacances, familiale et d'expérience devaient, parce qu'il s'agissait d'avantages individuels acquis, être exclues de l'assiette de comparaison pour la détermination de la rémunération annuelle minimale conventionnelle, avait réclamé le paiement d'un rappel de salaire à ce titre. La cour d'appel avait accueilli ces prétentions.

La chambre sociale casse cette décision sur ce point : rappelant les termes de l'article 2 de l'accord du 11 décembre 2003 précité instituant une rémunération annuelle minimale conventionnelle, elle constate que les avantages individuels acquis ne font pas partie des éléments exclus de l'assiette de comparaison pour déterminer ladite rémunération. Elle en tire la conséquence que les primes de vacances, familiale et d'expérience dont bénéficient les salariés au titre des avantages individuels acquis doivent être prises en compte pour l'appréciation du respect du salaire minimum conventionnel.

Ce faisant, elle confirme sa jurisprudence selon laquelle, lorsque les partenaires sociaux ont précisé les éléments de rémunération exclus du minimum conventionnel, il faut, sous peine de violer la convention ou l'accord collectif, s'en tenir strictement à cette définition.

Par ailleurs, par deux engagements unilatéraux, la Caisse nationale avait, d'une part fait bénéficier les salariés présents dans l'entreprise à l'expiration des délais prévus à l'article L. 2261-13 du code du travail des modalités d'évolution de la « gratification de fin d'année treizième mois », devenue un avantage individuel acquis, prévues par l'accord du 19 décembre 1985 dénoncé, d'autre part accordé aux salariés engagés postérieurement une prime de treizième mois répondant aux mêmes conditions.

Le salarié estimant, au nom du principe d'égalité de traitement, qu'il avait droit au paiement cumulatif de la gratification de fin d'année et de la prime de treizième mois, avait formé une demande en paiement d'un rappel de salaire à ce titre.

La chambre sociale approuve la cour d'appel de l'en avoir débouté, et affirme pour ce faire que « le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce que l'employeur fasse bénéficier, par engagement unilatéral, les salariés engagés postérieurement à la dénonciation d'un accord collectif d'avantages identiques à ceux dont bénéficient, au titre des avantages individuels acquis, les salariés engagés antérieurement à la dénonciation de l'accord ».

3. Santé et sécurité au travail

a. Accident du travail

Contrat de travail, exécution – Maladie du salarié – Accident du travail ou maladie professionnelle – Inaptitude au travail – Obligation de reclassement – Manquement – Préjudice – Réparation – Étendue – Détermination – Portée
Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.799, Bull. 2013, V, n° 135

Voir le commentaire p. 570.

b. Obligation de sécurité

Contrat de travail, exécution – Employeur – Obligations – Sécurité des salariés – Obligation de résultat – Manquement – Préjudice – Préjudice spécifique d'anxiété – Indemnisation – Étendue – Troubles psychologiques – Cas – Troubles liés au bouleversement dans les conditions d'existence – Droit à une indemnisation distincte (non)

Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-12.110, Bull. 2013, V, n° 201

Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.157, Bull. 2013, V, n° 209

Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.912, Bull. 2013, V, n° 202

Prud'hommes – Compétence – Compétence matérielle – Litiges nés à l'occasion du contrat de travail – Sécurité des salariés – Obligation de résultat – Applications diverses – Protection des salariés contre les risques liés à l'inhalation de poussière d'amiante – Manquement – Préjudice spécifique d'anxiété – Indemnisation – Conditions – Période antérieure à la déclaration de la maladie – Détermination

Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.157, Bull. 2013, V, n° 209

Prud'hommes – Compétence – Compétence matérielle – Litiges nés à l'occasion du contrat de travail – Sécurité des salariés – Obligation de résultat – Applications diverses – Protection des salariés contre les risques liés à l'inhalation de poussière d'amiante – Manquement – Demande en réparation – Conditions – Détermination – Portée

Même arrêt

L'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999 a institué en faveur des travailleurs ayant été particulièrement exposés à l'amiante un mécanisme de départ anticipé à la retraite : dès lors 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 des travailleurs de l'amiante (ACAATA).

La vocation de ce dispositif est de « compenser la perte d'espérance de vie à laquelle sont confrontées, statistiquement, les personnes contaminées par l'amiante » (*Le drame de l'amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer des leçons pour l'avenir, Rapport d'information* n° 37 (2005-2006) de Gérard Dériot et Jean-Pierre Godefroy, fait au nom de la mission commune d'information du Sénat, déposé le 26 octobre 2005, 2^e partie, I, B, 1).

Se prononçant pour la première fois sur l'éventuel droit à une indemnisation complémentaire fondée sur le droit commun des salariés ayant demandé le bénéfice de l'ACAATA, la chambre sociale a, par un arrêt du 11 mai 2010 (pourvoi n° 09-42.241, *Bull.* 2010, V, n° 106, *Rapport annuel* 2010, p. 318), jugé que ces derniers ne pouvaient prétendre à la « réparation d'une perte de revenu résultant de la mise en œuvre du dispositif légal », fermant ainsi la voie de l'indemnisation d'un préjudice économique.

En revanche, la chambre sociale a admis la compétence des juridictions prud'homales pour indemniser le préjudice moral ou psychologique, dénommé préjudice spécifique d'anxiété, et résultant de l'angoisse permanente dans laquelle se trouvent les salariés ainsi exposés aux poussières d'amiantes au cours de leur carrière professionnelle de développer une maladie liée à l'amiantes, ce préjudice donnant lieu à réparation sur le fondement du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

Par arrêt du 4 décembre 2012, la chambre sociale a modifié le contenu du préjudice d'anxiété en ce que l'obligation de se soumettre à des contrôles et examens réguliers n'en était plus un élément constitutif, ce préjudice étant désormais caractérisé par la seule situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiantes (Soc., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.294. *Bull.* 2012, V, n° 316).

Par cinq arrêts du 25 septembre 2013, dont trois sont publiés au *Rapport*, la chambre sociale rappelle ces solutions et surtout répond pour la première fois à la question de savoir si les salariés admis au bénéfice de l'ACAATA peuvent en outre prétendre à l'indemnisation des troubles subis dans leurs conditions d'existence.

En l'occurrence, les cours d'appel d'Agen et de Paris, pour allouer aux demandeurs, outre une indemnité réparant leur préjudice d'anxiété, une somme en réparation des troubles subis dans leurs conditions d'existence, avaient retenu, au terme de motifs très proches, que les salariés exposés à l'amiantes subissent, en raison de la diminution de leur espérance de vie et du risque de développer une maladie grave, une modification dans leurs conditions d'existence caractérisée par l'impossibilité d'envisager sereinement leur avenir pouvant les amener à modifier les orientations de leur vie quotidienne et leurs projets de vie.

De telles motivations ont été censurées (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.912, *Bull.* 2013, V, n° 202 et pourvoi n° 12-20.157, *Bull.* 2013, V, n° 209), les troubles que cette indemnisation visait à réparer étant exclusivement psychologiques, comme ceux déjà indemnisés au titre du préjudice d'anxiété.

La chambre sociale énonce ainsi que « l'indemnisation accordée au titre du préjudice d'anxiété répare l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence, résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiantes », et casse les arrêts ayant admis l'indemnisation des troubles dans les conditions d'existence au visa de l'article 1147 du code civil et du principe de la réparation intégrale du préjudice, entendu ici dans sa deuxième composante, à savoir que seul le dommage doit être réparé.

À l'inverse, la chambre sociale a approuvé les arrêts des cours d'appel de Toulouse et d'une autre formation de la cour d'appel de Paris qui avaient rejeté les demandes présentées au titre du préjudice résultant du bouleversement dans les conditions d'existence, soit que la demande visait à voir réparer sous une autre dénomination le préjudice économique (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 11-20.948, *Bull.* 2013, V, n° 212) soit que la demande ne constituait qu'une déclinaison du préjudice psychologique n'ouvrant pas droit à une indemnisation distincte du préjudice d'anxiété (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-12.110, *Bull.* 2013, V, n° 201).

L'autre apport de ces décisions consiste dans la reconnaissance de la compétence de la juridiction prud'homale pour réparer le préjudice d'anxiété subi par le salarié admis

au bénéfice de l'ACAATA, avant la déclaration d'une maladie professionnelle (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-20.157, préc.). Dans cette affaire, l'un des salariés, qui avait été exposé aux poussières d'amiante au cours de sa carrière professionnelle, se trouvait atteint de plaques pleurales depuis 2006, cette affection étant prise en charge au titre des maladies professionnelles, mais le tribunal des affaires de sécurité sociale n'ayant reconnu la faute inexcusable que du premier employeur de l'intéressé et non de la société atraite devant la juridiction prud'homale.

Considérant néanmoins que la réparation du préjudice d'anxiété subi avant la déclaration de la maladie professionnelle était distincte de l'action en réparation de la maladie au sens de l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale, la chambre sociale décide d'approuver la décision des juges du fond ayant condamné le second employeur à payer une somme à ce titre à son ancien salarié.

4. Égalité de traitement, discrimination, harcèlement

a. Égalité de traitement

Contrat de travail, exécution – Prévoyance collective – Couverture de prévoyance complémentaire – Couverture des risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite – Principe d'égalité de traitement – Domaine d'application – Salariés relevant d'une même catégorie professionnelle – Détermination – Portée

Soc., 13 mars 2013, pourvois nos 11-20.490 à 11-20.494, 11-20.497 à 11-20.501, 11-20.503 à 11-20.517, 11-20.519 à 11-20.528, 11-21.114 à 11-21.128, 11-21.131 à 11-21.135, 11-21.137 à 11-21.141, 11-21.396 à 11-21.400, 11-21.402 à 11-21.406, 11-21.409 à 11-21.423, 11-21.429 à 11-21.438, 11-21.444 à 11-21.459 et 11-21.461 à 11-21.473, Bull. 2013, V, n° 70

Le principe d'égalité appliqué dans les relations de travail fait que la seule différence de catégorie professionnelle ne peut en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155 et pourvoi n° 10-11.933, *Bull.* 2011, V, n° 143 ; voir également, Soc., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, *Bull.* 2009, V, n° 168). Le principe d'égalité ne prohibe donc pas des différences entre catégories professionnelles, mais les soumet à une exigence de justification objective et pertinente.

Rendu après audition des grandes organisations patronales et syndicales et d'institutions qualifiées dans le domaine de la prévoyance sociale, l'arrêt du 13 mars 2013 limite, en matière de prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, la portée du principe d'égalité aux salariés relevant d'une même catégorie professionnelle (pour la retraite, on peut trouver les prémices d'une telle limitation dans Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-15.806, *Bull.* 2012, V, n° 13). En ces

matières, des différences de traitement peuvent donc être fondées sur l'appartenance à une catégorie professionnelle déterminée sans autre condition que cette appartenance.

Trois motifs justifient ce cantonnement de la règle d'égalité :

- d'abord, le particularisme des régimes complémentaires, qui reposent sur une évaluation des risques garantis en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle. On comprend que, dans un secteur comme le bâtiment et les travaux publics, les cadres ne sont pas soumis aux mêmes risques que les ouvriers. Les régimes de garantie des premiers ne pourraient dès lors pas être élargis, en l'état, aux seconds et une modification des données actuarielles sur lesquelles ils reposent pourrait même entraîner leur disparition ;
- ensuite, ces régimes prennent en compte un objectif de solidarité en impliquant une participation financière des bénéficiaires. Leur élargissement se traduirait par un accroissement des charges également pour les salariés, qui pourrait être sensible pour les bas salaires, de sorte qu'on peut même se demander si on serait bien en présence d'un avantage au sens jusque-là donné à cette notion dans le contentieux relatif à l'égalité de traitement ;
- enfin, la mise en œuvre de la protection complémentaire requiert la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise, alors que la règle d'égalité n'intéresse que les rapports entre un employeur et ses salariés.

L'arrêt préserve donc la grande diversité des régimes existants et leurs équilibres établis sur la base de données actuarielles spécifiquement catégorielles. L'enjeu était important puisqu'il semble qu'un alignement des systèmes catégoriels les moins favorables sur les plus avantageux aurait provoqué un accroissement global du coût du travail d'au moins 1 %, sans compter l'amputation significative de la rémunération nette des salariés du bas de l'échelle.

D'ailleurs, ni l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 qui prévoit la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé, ni le projet de loi qui en assure une transcription législative n'imposent une égalité intercatégorielle.

L'arrêt n'opère par ailleurs aucune distinction selon que le régime de prévoyance est instauré par décision unilatérale de l'employeur, comme c'était le cas en l'espèce, ou par accord collectif. Le principe d'égalité de traitement assigne en effet un résultat à atteindre vis-à-vis des salariés plus qu'il ne régit un comportement patronal. Il est donc normalement indifférent à la source de la différenciation. Par ailleurs, l'accord national interprofessionnel et le projet de loi ci-dessus évoqués prévoient que les garanties en matière de maladie font l'objet d'une négociation de branche, qu'à défaut d'accord de branche, elles font l'objet d'une négociation d'entreprise, et qu'à défaut d'accord dans l'entreprise, elles font l'objet d'une décision unilatérale de l'employeur. Sauf à discréditer la négociation collective en incitant les syndicats qui souhaiteraient obtenir les mêmes garanties pour tous à ne pas négocier, il aurait été paradoxal d'exiger un tel résultat en cas de décision unilatérale de l'employeur.

Il doit enfin être observé que cet arrêt n'a pas pour effet de modifier la jurisprudence sanctionnant, en matière de protection sociale complémentaire, les différences de traitement entre catégories professionnelles lorsque ces différences constituent une discrimination entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (voir Soc.,

6 juin 2012, pourvoi n° 10-21.489, *Bull.* 2012, V, n° 168 et Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-23.013, *Bull.* 2012, V, n° 206, pour des cas de discrimination indirecte).

Statut collectif du travail – Conventions et accords collectifs – Accords collectifs – Accords particuliers – Banque – Caisse d'épargne – Accord du 11 décembre 2003 – Rémunération annuelle minimale – Calcul – Assiette – Éléments pris en compte – Primes de vacances, familiale et d'expérience – Portée

Soc., 24 avril 2013, pourvois n° 12-10.196 et n° 12-10.219, *Bull.* 2013, V, n° 114

Travail réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Défaut – Cas – Attribution d'avantages par engagement unilatéral de l'employeur – Bénéficiaires – Salariés engagés postérieurement à la dénonciation d'un accord collectif – Conditions – Avantages identiques aux avantages individuels acquis dont bénéficient les salariés engagés antérieurement à la dénonciation de l'accord – Portée

Même arrêt

Voir le commentaire p. 544.

b. Discrimination

Séparation des pouvoirs – Compétence judiciaire – Domaine d'application – Application du droit de l'Union européenne – Conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne – Appréciation – Question préjudicielle au juge administratif – Exclusion – Conditions – Détermination – Portée
Soc., 30 septembre 2013, pourvois n° 12-14.752 et n° 12-14.964, *Bull.* 2013, V, n° 222

Voir le commentaire p. 614.

c. Harcèlement

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Salarié protégé – Mesures spéciales – Autorisation administrative – Réalité de l'incapacité physique – Contrôle – Nécessité – Portée

Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-20.301, *Bull.* 2013, V, n° 286

Voir le commentaire p. 567.

5. Accords collectifs et conflits collectifs du travail

a. Accords et conventions collectifs

Travail – Conventions et accords collectifs de travail (article L. 2263-1 du code du travail) – Dérogations à des dispositions législatives ou réglementaires – Infractions aux stipulations dérogatoires – Sanctions pénales – Condition – Détermination – Portée

Crim., 5 mars 2013, pourvoi n° 11-83.984, Bull. crim. 2013, n° 59

Par cet arrêt du 5 mars 2013, la chambre criminelle juge qu'est justifiée, au regard de l'article L. 2263-1 du code du travail, la décision d'une cour d'appel ayant déclaré coupables du délit d'entrave à la constitution d'un comité d'entreprise, prévu à l'article L. 2328-1 du même code, le président et le directeur d'une association gérant un centre social d'insertion et de réinsertion, aux motifs que « si, en raison de l'effectif du centre social, la mise en place d'un comité d'entreprise n'était pas obligatoire au sens de [l'article L. 2328-1], les dispositions de l'article L. 2322-3 du même code qui permettent de créer un comité d'entreprise, par convention ou accord collectif de travail, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, et la convention collective nationale étendue des centres sociaux, à laquelle l'association était soumise, imposaient à celle-ci, pour satisfaire aux prescriptions [de la convention collective], de créer un conseil d'établissement, cet organisme étant doté des mêmes attributions et exerçant le même rôle que le comité d'entreprise ».

La procédure en cause mettait en jeu l'application de l'article L. 2263-1 du code du travail, aux termes duquel « lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause ».

Ce texte a remplacé, le 1^{er} mai 2008, l'ancien article L. 153-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, qui comportait une rédaction approchante : « Lorsqu'en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions législatives ou réglementaires, les infractions aux stipulations dérogatoires sont passibles des sanctions qu'entraînerait la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cause. »

En application de ce dernier texte, la chambre criminelle, rompant avec son ancienne jurisprudence dans trois arrêts du 4 avril 1991 (Crim., 4 avril 1991, pourvoi n° 88-84.270, *Bull. crim.* 1991, n° 164 ; pourvoi n° 89-83.204, *Bull. crim.* 1991, n° 164 ; pourvoi n° 89-85.536, *Bull. crim.* 1991, n° 164), avait jugé que les juridictions correctionnelles ne pouvaient condamner un prévenu, s'agissant de dispositions dérogatoires, ni pour la méconnaissance d'un simple accord d'entreprise prévoyant la désignation d'un représentant syndical au comité de groupe, ni pour le non-respect des dispositions de l'article L. 236-11 du code du travail à l'occasion du licenciement du représentant syndical d'un comité interentreprises d'hygiène et de sécurité institué par voie conventionnelle,

ni, *a fortiori*, pour l'abrogation d'un usage d'établissement accordant des avantages aux membres suppléants d'un comité d'entreprise.

Cette position a ensuite été maintenue (voir Crim., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-84.884, *Bull. crim.* 2012, n° 154, pour une convention collective prévoyant l'obligation de négocier avec les organisations syndicales le report de fermeture d'un établissement).

L'arrêt commenté s'inscrit dans la ligne de cette jurisprudence, la procédure fournissant en l'espèce un cas d'application d'une disposition conventionnelle de nature à être assortie de sanctions pénales comme instituant, par un accord collectif étendu dans une matière déterminée, ainsi que l'autorise l'article L. 2322-3 du code du travail en cas d'effectif inférieur à cinquante salariés, un organisme composé de l'employeur ainsi que des délégués du personnel titulaires et suppléants et ayant les mêmes attributions professionnelles, économiques, sociales et culturelles que celles d'un comité d'entreprise.

Statut collectif du travail – Conventions et accords collectifs – Dispositions générales – Accords collectifs – Reconnaissance ou modification d'une unité économique et sociale – Protocole d'accord préélectoral – Exclusion – Portée
Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 13-12.712, Bull. 2013, V, n° 266

La chambre sociale prend ici position sur la question très débattue des conditions de validité d'un accord de reconnaissance d'une unité économique et sociale.

Les conditions d'apparition de la notion, purement prétorienne, d'unité économique et sociale (UES) expliquent que l'institution ait été à l'origine directement rattachée au domaine des institutions représentatives du personnel, et plus particulièrement des élections professionnelles. En effet, l'UES a pour vocation première d'assurer, quels que soient les choix d'organisation et de gestion de son entreprise par l'employeur, une représentation du personnel au niveau le plus adapté, si besoin est en réunissant plusieurs structures.

La jurisprudence en déduisait que la reconnaissance conventionnelle de l'UES se rattachait très directement à la mise en place d'un processus électoral et à la désignation de représentants syndicaux à ce niveau. Par conséquent, la reconnaissance conventionnelle de l'UES était le fait du protocole préélectoral, adopté par accord de tous les syndicats représentatifs (*Soc.*, 23 juin 1988, pourvoi n° 87-60.245, *Bull.* 1988, V, n° 392), et qui devait être revu à chaque échéance électorale (*Soc.*, 31 mars 2009, pourvoi n° 08-60.494, *Bull.* 2009, V, n° 96). La chambre sociale jugeait par ailleurs que le contentieux de la reconnaissance d'une UES était pour l'essentiel de la compétence du tribunal d'instance, statuant en dernier ressort.

L'évolution du concept d'UES et l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ont conduit à rouvrir la discussion sur les conditions de validité de sa reconnaissance conventionnelle. La loi du 20 août 2008, notamment, a supprimé pour l'essentiel l'exigence d'unanimité du protocole préélectoral, et orienté ce protocole vers les éléments centraux des élections professionnelles. Un arrêt du 31 janvier 2012 (*Soc.*, 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-20.232, *Bull.* 2012, V, n° 37), ouvrant la voie systématique à l'appel en matière de reconnaissance d'une UES, en a tiré les conséquences, en opérant pour la première fois une dissociation nette entre reconnaissance d'UES et processus électoral : « Mais attendu qu'il ne résulte ni de l'article L. 2322-4 du code du travail, ni

d'aucun autre texte que la décision judiciaire qui tend à la reconnaissance d'une unité économique et sociale est rendue en dernier ressort; que si, dans ses arrêts antérieurs, la Cour de cassation jugeait qu'étaient en dernier ressort les décisions rendues sur une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale formées à l'occasion d'un litige électoral, l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 conduit à revenir sur cette jurisprudence dès lors que la demande de reconnaissance ne peut plus désormais être formulée à l'occasion d'un contentieux en matière d'élection professionnelle ou de désignation de représentants syndicaux pour lesquels le tribunal d'instance a compétence en dernier ressort.»

Saisie de la question de la validité d'un accord préélectoral modifiant le périmètre d'une UES et signé à la double majorité désormais requise pour le protocole préélectoral, la chambre sociale devait donc décider si, compte tenu de ces éléments, elle maintenait le rattachement de la reconnaissance conventionnelle de l'UES à l'accord préélectoral, éventuellement signé à la double majorité et non plus à l'unanimité, ou si elle admettait que cette reconnaissance relevait de l'accord collectif de droit commun.

Elle tranche clairement dans le sens de l'accord collectif de droit commun. Dès lors, en l'espèce, puisque l'accord avait été signé à la double majorité prévue par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail, donc par des organisations syndicales représentatives représentant au moins 50 % des suffrages exprimés lors des dernières élections, il remplissait nécessairement les conditions de validité de l'accord collectif.

b. Conflits du travail

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2013.

6. Représentation du personnel et élections professionnelles

a. Élections, représentativité, représentants syndicaux : mise en œuvre de la loi du 20 août 2008

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Vote physique – Caractère d'ordre public – Défaut – Portée

Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-25.696, Bull. 2013, V, n° 38

Par cet important arrêt la chambre sociale procède à une notable évolution en ce qui concerne les élections professionnelles dans les entreprises en décidant de ne plus faire du recours au vote physique un principe d'ordre public mais seulement une règle supplétive, en l'absence de dispositions conventionnelles dérogoires.

En effet, selon une jurisprudence ancienne, le vote physique s'imposait en priorité (Soc., 16 janvier 1991, pourvoi n° 89-61.449, *Bull.* 1991, V, n° 16) et le principe selon lequel le vote par correspondance ne pouvait être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles était un principe général de droit électoral (Soc., 10 juin 1997, pourvoi n° 96-60.144, *RJS* juillet 1997, n° 845; Soc., 5 avril 1994, pourvoi n° 93-60.340; Soc., 7 avril 1993, pourvoi n° 92-60.120). Étaient en conséquence censurés les jugements décidant qu'il y avait lieu de procéder à la généralisation du vote par correspondance

en raison de circonstances exceptionnelles sans relever l'existence de telles circonstances pour l'ensemble du personnel de l'entreprise (Soc., 24 novembre 2004, pourvoi n° 03-60.436, *RJS* février 2005, n° 182 ; Soc., 3 juillet 1991, pourvoi n° 90-60.532 ; Soc., 16 janvier 1991, pourvoi n° 89-61.449, préc.). Ainsi, le vote par correspondance devait être réservé à certaines catégories du personnel, en raison de circonstances particulières. C'était le cas des salariés ne travaillant pas le jour du vote ou en déplacement officiel pour leur travail autorisé par la direction (Soc., 14 février 1984, pourvoi n° 83-60.964, *Bull.* 1984, V, n° 66) ou des salariés travaillant la nuit, en repos ou en congé de maladie le jour du vote (Soc., 10 juin 1997, pourvoi n° 96-60.144 préc.), ou des salariés accidentés, malades ou éloignés du fait de leur travail ou pour motifs légitimes (Soc., 20 juillet 1983, pourvoi n° 82-60.290, *Bull.* 1983, V, n° 458).

Toutefois, il est apparu nécessaire à la chambre de prendre en compte l'évolution des modes d'organisation du travail, favorisée notamment par les nouvelles technologies et le développement du télétravail, des bureaux virtuels, du « nomadisme » des salariés appelés à travailler dans des espaces partagés de façon temporaire. Par ailleurs, les études qui ont pu être faites montrent que, de façon générale, même si la situation diffère évidemment selon les entreprises, la possibilité du vote par correspondance exerce une influence positive sur le taux de participation des salariés aux élections professionnelles, notamment au premier tour des élections où la possibilité de présenter des candidats est réservée aux organisations syndicales.

Dès lors la chambre a décidé d'abandonner le caractère d'ordre public du recours au vote physique. Celui-ci ne constitue plus, en ce qui concerne les élections dans les entreprises, un principe général de droit électoral, mais seulement une règle supplétive en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, ce qui ne permet pas toutefois à un employeur d'y recourir par une décision unilatérale sans accord collectif.

Enfin, cet arrêt s'inscrit dans un mouvement général initié par le législateur et les pouvoirs publics, et dont la Cour de cassation doit nécessairement tenir compte, consistant à donner aux partenaires sociaux une capacité accrue dans la négociation sociale et la définition de la norme en ce qui concerne les rapports sociaux. Il s'inscrit également dans l'objectif du législateur de donner aux organisations syndicales une nouvelle légitimité, tel qu'il résulte de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ayant réformé les règles de la représentativité syndicale.

Syndicat professionnel – Représentativité – Durée – Appréciation – Cycle électoral – Détermination – Portée

Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 12-18.098, Bull. 2013, V, n° 42

La chambre sociale était saisie d'une question essentielle dans le cadre de l'application de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail : la mesure de la représentativité des organisations syndicales en entreprise, qui s'apprécie à partir des résultats obtenus par les syndicats au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel, et à défaut, des délégués du personnel (article L. 2122-1 du code du travail), doit-elle s'effectuer selon un calcul par cycle électoral, ou tenir compte de toutes les élections intermédiaires ou partielles et s'effectuer au fil de l'eau ? Autrement dit, la représentativité en entreprise est-elle calculée selon une image figée pendant toute

la durée du cycle électoral, ou doit-elle être réinterrogée à chaque fois qu'un nouveau scrutin intervient au sein du périmètre dans laquelle la représentativité a été mesurée ?

Les travaux parlementaires étaient taisants sur la question, et la doctrine partagée sur la réponse à y apporter. Et de fait, des arguments forts pouvaient être invoqués à l'appui de l'une ou l'autre des positions :

- en faveur d'une prise en compte de tous les événements électoraux survenant au cours du cycle électoral, l'argument majeur était que la représentativité peut ainsi être appréciée en fonction des résultats réels, et, au fur et à mesure que ceux-ci évoluent, les intégrer. Elle est donc proche du poids réel des organisations syndicales au moment où elles exercent leurs prérogatives. La négociation, notamment, est ainsi nécessairement conduite par des organisations syndicales qui peuvent s'affirmer représentatives au moment où les accords sont signés. Ce qui évite le spectre d'une dénonciation d'accord qu'on peut augurer dès la conclusion de l'accord par une organisation syndicale dont on sait déjà qu'elle n'est plus représentative ;
- en faveur d'une image figée de la représentativité pour toute la durée du cycle électoral, l'argument principal était la sécurité juridique, puisqu'il n'est pas besoin à tout moment de vérifier la consolidation des résultats pour s'assurer du maintien de la légitimité des acteurs, et la stabilité ainsi apportée pendant une période pouvant aller jusqu'à quatre ans au fonctionnement de la représentation en entreprise et de la négociation collective.

La chambre sociale a décidé, compte tenu de l'importance sociale de la question, de consulter les partenaires sociaux sur les choix qui leur paraissaient les plus en adéquation avec la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme. Cinq organisations syndicales nationales, deux organisations patronales, et la direction générale du travail ont donné suite à cette consultation, par des avis extrêmement denses. La nécessité d'assurer sécurité et stabilité juridique à la représentation syndicale en entreprise, dans le cadre d'un processus qui permet en tout état de cause d'en vérifier tous les quatre ans (au maximum) l'adéquation aux choix des salariés, a été très majoritairement mise en avant par les partenaires sociaux.

C'est cette option que retient la chambre sociale dans sa décision du 13 février 2013, dans laquelle elle affirme que « la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour toute la durée du cycle électoral ».

Toutefois, cette option générale pouvait-elle également s'appliquer au cas particulier, dont la chambre sociale était saisie, des élections partielles ? La question pouvait être posée, dès lors qu'une élection partielle s'intègre pour la compléter dans l'élection générale qui a été prise en compte pour le calcul de la représentativité. Mais le risque était grand, ainsi que l'ont souligné les partenaires sociaux, en tenant compte des élections partielles pour établir la représentativité, de fausser en définitive cette mesure, tant les élections partielles peuvent révéler de particularités et donc ne pas valoir mesure réelle de la représentativité.

La chambre sociale décide donc que la représentativité étant mesurée pour un périmètre donné pour toute la durée du cycle électoral, les élections partielles ne peuvent être prises en considération pour modifier cette mesure.

Syndicat professionnel – Section syndicale – Représentant – Désignation – Cadre de la désignation – Établissement – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 12-19.662, Bull. 2013, V, n° 43

Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 12-19.663, Bull. 2013, V, n° 44

Dès lors que le législateur a érigé l'audience électorale au nombre des critères au vu desquels la qualité d'organisation représentative est reconnue dans l'entreprise (article L. 2122-1 du code du travail), il était nécessaire d'ouvrir le premier tour des élections professionnelles aux syndicats non représentatifs. Afin de permettre à ces derniers de préparer les échéances électorales, le législateur, reprenant sur ce point l'une des dispositions de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme (article 10-1), a reconnu aux syndicats non représentatifs constituant une section syndicale dans l'entreprise le droit de désigner un représentant de la section syndicale au sein de l'entreprise ou de l'établissement.

La question s'est posée de savoir si un syndicat reconnu représentatif dans l'entreprise et ayant désigné à ce niveau un délégué syndical pouvait se prévaloir de ces dispositions pour désigner, dans un établissement où il n'avait pas atteint le seuil de 10 % des suffrages exprimés, un représentant de la section syndicale, les dispositions de la loi étant muettes sur ce point.

Par un arrêt du 10 mai 2012 (pourvoi n° 11-21.144, *Bull.* 2012, V, n° 146), la chambre sociale a répondu par la négative. Cette position résultait de la prise en compte de l'économie générale de la réforme de la représentativité opérée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail et, plus précisément, de ce que la reconnaissance de la représentativité au niveau de l'entreprise implique de prendre en compte l'ensemble des suffrages obtenus par l'organisation syndicale dans tous les établissements, y compris ceux où elle n'a pas passé le cap de 10 %, et de ce que le délégué syndical désigné au niveau de l'entreprise a vocation à représenter l'ensemble du personnel, la section syndicale au niveau de l'établissement bénéficiant par ailleurs de prérogatives propres.

Dans le cadre des consultations régulières opérées par la chambre sociale, les organisations syndicales, signataires ou non de la « position commune » précitée, ont mis en évidence les incidences pratiques de la solution adoptée : ne pouvant dans un établissement où il n'a pas franchi le seuil de 10 % désigner un délégué syndical, un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise se verrait privé de tout représentant dans cet établissement alors même que les syndicats non représentatifs ont la possibilité d'y désigner un représentant de la section syndicale.

Si les considérations générales sur lesquelles a été fondée la position prise initialement conservent leur pertinence, la chambre sociale, par ces arrêts du 13 février 2013, décide, au regard des éléments d'appréciation ainsi mis en évidence et dès lors que l'article L. 2142-1-1 prévoit que le représentant de la section syndicale peut être désigné au sein de l'établissement, de reconnaître au syndicat représentatif dans l'entreprise le droit de désigner un représentant de la section syndicale dans l'établissement où il n'a pas franchi la barre des 10 %. De la sorte, cette organisation peut, comme tous les syndicats non représentatifs, y disposer d'un représentant lui permettant de mener une

action syndicale, notamment en vue de s'y voir reconnaître ultérieurement la qualité d'organisation représentative.

Syndicat professionnel – Droits syndicaux – Exercice – Domaine d'application – Délégué syndical – Désignation – Conditions – Candidat ayant obtenu 10 % des voix – Défaut – Effets – Choix d'un représentant – Possibilité – Détermination
Soc., 27 février 2013, pourvoi n° 12-15.807, Bull. 2013, V, n° 65

Syndicat professionnel – Droits syndicaux – Exercice – Domaine d'application – Délégué syndical – Désignation – Conditions – Candidat ayant obtenu 10 % des voix – Défaut – Effets – Choix d'un représentant – Recherche toutes listes confondues – Recherche préalable – Nécessité (non)
Soc., 27 février 2013, pourvoi n° 12-17.221, Bull. 2013, V, n° 66

Syndicat professionnel – Droits syndicaux – Exercice – Domaine d'application – Délégué syndical – Désignation – Désignation par un syndicat représentatif – Choix d'un adhérent du syndicat – Possibilité – Étendue – Détermination
Soc., 27 février 2013, pourvoi n° 12-18.828, Bull. 2013, V, n° 67

Ces trois arrêts rendus par la chambre sociale le 27 février 2013 concernent l'interprétation des dispositions de l'article L. 2143-3 du code du travail.

Dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, l'article L. 2143-3 du code du travail, tout en rappelant le droit des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, qui y ont créé une section syndicale, de désigner un délégué syndical, précise que ce délégué syndical est désigné « parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections ». Le deuxième alinéa du même article autorise toutefois à désigner comme délégué syndical un candidat qui n'a pas obtenu 10 % de suffrages, ou même un adhérent, lorsque « il ne reste, dans l'entreprise ou l'établissement, plus aucun candidat aux élections professionnelles qui remplit les conditions mentionnées au premier alinéa ».

Ces dispositions, nouvelles, ont fait l'objet de nombreux commentaires. Si l'objectif poursuivi par les auteurs de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme et le législateur était sans nul doute de renforcer la légitimité du délégué syndical par un double adoubement syndical et électoral, certaines organisations syndicales s'inquiétaient des restrictions ainsi apportées à la liberté, reconnue par les règles internationales et communautaires, notamment la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, du choix par l'organisation syndicale de ses représentants. Dans une décision du 14 avril 2010 (*Soc.*, 14 avril 2010, pourvoi n° 09-60.426, *Bull.* 2010, V, n° 100), la chambre sociale de la Cour de cassation, saisie d'une contestation sur la conventionnalité de l'alinéa 1 de l'article L. 2143-3 du code du travail, avait considéré qu'il instituait une « priorité » qui, « 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 [...] [.] ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical ».

La question cependant a rejailli sur l'interprétation qu'il convenait de donner aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 2143-3 du code du travail, permettant la désignation d'un délégué syndical alors que le syndicat ne dispose plus de candidats ayant obtenu 10 % des suffrages exprimés. L'analyse littérale de l'article, et notamment l'emploi du terme « plus », ainsi que la lecture des travaux parlementaires, tendaient à consacrer une interprétation restrictive de la disposition : une organisation syndicale ne pourrait invoquer l'alinéa 2 que si les candidats s'étant présentés sous son étiquette et ayant obtenu 10 % avaient depuis lors tous quitté l'entreprise et l'établissement. Dans deux des dossiers ayant donné lieu aux arrêts du 27 février 2013, il était même soutenu que la disposition ne pouvait être invoquée que lorsqu'il n'existait plus dans l'entreprise aucun salarié ayant obtenu 10 % aux dernières élections professionnelles, ce qui revenait à obliger les organisations syndicales à proposer la désignation en qualité de délégué syndical aux candidats présentés par des organisations concurrentes.

L'importance du sujet a conduit la chambre sociale, saisie de plusieurs pourvois, à consulter les organisations syndicales et patronales. Si une organisation patronale et une organisation syndicale ont mis en avant la nécessité d'une interprétation stricte du texte, notamment pour conserver le lien étroit entre le délégué syndical et la base électorale, les autres organisations syndicales ont toutes appelé à une réponse jurisprudentielle permettant de rendre la nouvelle exigence compatible avec leur droit, dès lors qu'elles sont reconnues représentatives, de disposer d'un représentant dans l'entreprise et dans la négociation collective.

C'est cette position de principe, qui était sous-jacente dans sa jurisprudence depuis l'arrêt précité du 14 avril 2010, que retient la chambre sociale : l'article L. 2143-3 du code du travail institue une priorité qui s'impose aux organisations syndicales ; mais lorsque, pour des raisons indépendantes de leur volonté, et alors qu'elles ont présenté des candidats aux élections comme le texte les y invite, elles n'ont pas ou elles n'ont plus de candidats remplissant les conditions légales prévues à l'alinéa premier, alors, le droit fondamental reconnu aux organisations syndicales représentatives de disposer d'un représentant dans l'entreprise amène nécessairement à les autoriser à désigner un délégué syndical conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de ce même article.

Il en résulte, dans les cas d'espèce qui étaient soumis à la chambre sociale, qu'une organisation syndicale peut désigner un candidat n'ayant pas obtenu le score électoral suffisant, ou, à défaut, un adhérent, lorsque, compte tenu du nombre de délégués syndicaux légaux et conventionnels que l'organisation peut désigner, elle n'a pas suffisamment de candidats ayant le nombre de suffrages requis, ou encore lorsque le seul candidat resté dans l'entreprise remplissant la condition de score électoral a quitté le syndicat pour adhérer à une autre organisation syndicale.

La position de principe adoptée par la chambre répond ainsi notamment à l'appel à la vigilance jurisprudentielle qu'avait formé le comité de la liberté syndicale, institué au sein du conseil d'administration de l'OIT, dans son 362^e rapport du 11 novembre 2011 (cas n° 2750, § 848 à 964). Elle n'a cependant pas pour effet de vider l'alinéa 2 de l'article L. 2143-3 du code du travail de sa force. Il convient de rappeler que la chambre sociale a en effet affirmé que le syndicat qui n'avait pas présenté de candidats dans le périmètre où il souhaitait désigner un délégué syndical (Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-60.219, *Bull.* 2012, V, n° 124), ou qui se prévalait, juste après l'élection, et sans justification particulière, du refus de tous les candidats remplissant la condition de suffrages

d'être désignés délégués syndicaux (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-60.394, *Bull.* 2011, V, n° 180), ne pouvait procéder à la désignation d'un délégué syndical en application de la dérogation prévue par l'alinéa 2 de l'article L. 2143-3 du code du travail.

Statut collectif du travail – Conventions et accords collectifs – Dispositions générales – Accords collectifs – Reconnaissance ou modification d'une unité économique et sociale – Protocole d'accord préélectoral – Exclusion – Portée
Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 13-12.712, *Bull.* 2013, V, n° 266

Voir le commentaire p. 552.

b. Élections, syndicats hors application de la loi du 20 août 2008

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2013.

c. Protection des représentants du personnel

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Salarié protégé – Mesures spéciales – Autorisation administrative – Réalité de l'incapacité physique – Contrôle – Nécessité – Portée
Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-20.301, *Bull.* 2013, V, n° 286

Voir le commentaire p. 567.

d. Fonctionnement des institutions représentatives du personnel

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2013.

7. Rupture du contrat de travail

a. Rupture conventionnelle

Contrat de travail, rupture – Rupture conventionnelle – Forme – Convention signée par les parties – Validité – Conditions – Consentement – Appréciation – Office du juge – Portée
Soc., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.332, *Bull.* 2013, V, n° 24

La rupture conventionnelle a été instituée par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, repris par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail. Elle est codifiée aux articles L. 1237-11 et suivants du code du travail.

Elle prend la forme d'une convention signée par les parties définissant les conditions de la rupture, soumise à l'homologation par l'autorité administrative, à l'issue d'un délai de rétractation.

Elle connaît un important succès comme le laissent prévoir les objectifs ayant présidé à son adoption, qui étaient de favoriser la sécurité de la rupture intervenant d'un commun accord et d'éviter la judiciarisation.

Un contentieux se développe néanmoins devant les juridictions prud'homales, compétentes en application de l'article L. 1237-14 pour connaître des litiges concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation.

Dans le présent arrêt, la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur ce nouveau type de rupture du contrat de travail. L'affaire portait sur la nullité de la convention pour vice de consentement.

La validité de la convention est soumise aux règles générales des articles 1108 et suivants du code civil.

La violence morale, qui doit exister au moment de la formation du contrat, peut donc être invoquée comme cause de nullité. Elle est constituée lorsque la volonté de l'une des parties est contrainte. Sa réalité est souverainement appréciée par les juges du fond.

Qu'en est-il d'un salarié qui subit les agissements répétés de harcèlement moral qui sont définis à l'article L. 1152-1 du code du travail comme ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail du salarié susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ?

Si le fait que le salarié ait été victime d'un harcèlement moral ne peut suffire à caractériser une violence morale, il en va autrement lorsque ce harcèlement n'a pas cessé, et a eu pour effet de placer le salarié dans un état de fragilité psychologique tel qu'il peut penser n'avoir d'autre choix que d'accepter la rupture de son contrat de travail pour mettre fin à une situation devenue insupportable et dont les effets pourraient encore s'aggraver si elle se poursuivait.

C'est cette situation qui a été constatée par la cour d'appel dans la présente affaire.

Contrat de travail, rupture – Rupture conventionnelle – Forme – Convention signée par les parties – Remise d'un exemplaire au salarié – Nécessité – Fondement – Détermination – Portée

Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-27.000, Bull. 2013, V, n° 29

Dans cette affaire, qui est à rapprocher de celle faisant l'objet de l'arrêt du 30 janvier 2013 relatif au consentement du salarié ayant conclu une rupture conventionnelle (Soc., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.332, *Bull.* 2013, V, n° 24, ci-avant), était posée pour la première fois à la Cour de cassation la question suivante : la convention de rupture doit-elle être établie, à peine de nullité, en deux exemplaires ?

Aux termes de l'article 1325, alinéa 1^{er}, du code civil, « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Selon la jurisprudence, l'inobservation de cette formalité n'entraîne pas la nullité de l'acte lui-même, dont elle n'affecte que la force probante, de sorte qu'elle est sans portée dès lors que les parties ne contestent ni l'existence de la convention, ni ses termes (Soc., 30 mars 1994, pourvoi n° 91-44.468 ; Soc., 30 mars 1994, pourvoi n° 90-42.664).

Selon l'article L. 1237-14 du code du travail, à l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adresse une demande d'homologation à l'autorité administrative, avec un exemplaire de la convention de rupture.

La chambre sociale juge dans l'arrêt ici commenté que la remise d'un exemplaire de la convention de rupture au salarié est nécessaire à la fois pour que chacune des parties puisse demander l'homologation de la convention, dans les conditions prévues par l'article L. 1237-14 du code du travail, et pour garantir le libre consentement du salarié, en lui permettant d'exercer ensuite son droit de rétractation en connaissance de cause ; à défaut d'une telle remise, la convention de rupture est nulle.

Cet arrêt manifeste la volonté de la chambre sociale d'assurer l'effectivité des droits du salarié ayant conclu une convention de rupture.

Contrat de travail, rupture – Rupture conventionnelle – Forme – Convention signée par les parties – Validité – Conditions – Consentement – Appréciation – Office du juge – Portée

Soc., 23 mai 2013, pourvoi n° 12-13.865, Bull. 2013, V, n° 128

Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.268, Bull. 2013, V, n° 178

Contrat de travail, rupture – Rupture conventionnelle – Forme – Convention signée par les parties – Validité – Conditions – Consentement – Appréciation – Existence d'un différend – Absence d'incidence – Détermination – Portée

Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-15.208, Bull. 2013, V, n° 167

Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.268, Bull. 2013, V, n° 178

Contrat de travail, rupture – Rupture conventionnelle – Forme – Convention signée par les parties – Clause – Clause réputée non écrite – Cas – Clause de renonciation à tout recours – Effets – Absence d'incidence sur la validité de la convention

Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-15.208, Bull. 2013, V, n° 167

Contrat de travail, rupture – Rupture conventionnelle – Forme – Convention signée par les parties – Validité – Conditions – Entretien préalable – Délai entre l'entretien et la signature de la convention de rupture – Disposition légale le prévoyant – Défaut – Portée

Soc., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.268, Bull. 2013, V, n° 178

L'article L. 1237-11 du code du travail, issu de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, instaure un nouveau mode de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, la rupture conventionnelle, mettant ainsi en œuvre l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Ce texte prévoit que « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie ».

Avant l'intervention de la loi du 25 juin 2008, la jurisprudence de la chambre sociale avait admis qu'en application de l'article 1134 du code civil, le contrat de travail pouvait prendre fin du commun accord des parties. Cependant, cette rupture devait intervenir en dehors de tout litige entre l'employeur et le salarié (*Soc.*, 31 mars 1998, pourvoi n° 96-43.016, *Bull.* 1998, V, n° 189), sauf en cas de rupture négociée du contrat de travail intervenue dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi mis en place pour un motif économique (*Soc.*, 11 février 2009, pourvoi n° 08-40.095, *Bull.* 2009, V, n° 43).

Par ces trois arrêts, la Cour de cassation précise les conditions de validité de la rupture conventionnelle.

Dans l'arrêt du 23 mai 2013, elle pose le principe selon lequel un différend existant entre les parties au moment de la conclusion de la convention de rupture n'affecte pas en lui-même la validité de cette convention. La solution résulte tant de l'esprit du texte, les partenaires sociaux et le législateur ayant voulu permettre à l'employeur et au salarié de sortir d'une situation conflictuelle par une rupture négociée, que de la lettre de celui-ci, les articles L. 1237-11 et suivants du code du travail ne faisant pas de l'absence de litige une condition de la conclusion d'une rupture conventionnelle.

Néanmoins, conformément à l'article L. 1237-11 du code du travail, la rupture conventionnelle « ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties ». En effet, une rupture unilatéralement décidée par l'employeur s'analyse nécessairement en un licenciement. L'appréciation de l'existence d'un vice de consentement relève du pouvoir souverain des juges du fond. Dans le cas d'espèce, la cour d'appel a constaté que la salariée avait subi des pressions de son employeur afin d'accepter une rupture conventionnelle et que son consentement n'avait pas été donné librement. Dès lors, la Cour de cassation approuve l'arrêt d'avoir fait droit à la demande de la salariée tendant à la requalification de la rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

S'agissant de la caractérisation d'un vice du consentement, la Cour de cassation avait déjà rejeté un pourvoi formé contre un arrêt ayant annulé une convention de rupture, la cour d'appel ayant souverainement estimé que la salariée était au moment de sa signature dans une situation de violence morale du fait du harcèlement moral dont elle était victime et des troubles psychologiques qui en étaient résultés (Soc., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.332, *Bull.* 2013, V, n° 24, commenté ci-avant).

Outre l'existence d'un différend au moment de la conclusion de la convention de rupture intervenue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail, la Cour était saisie dans l'arrêt du 26 juin 2013 de la question délicate des effets d'une clause de renonciation à toute contestation née ou à naître sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail contenue dans cette convention et de ses effets sur cette dernière : requalification en transaction entachée de nullité ou clause réputée non écrite, sans qu'en soit affectée la validité de la convention elle-même ?

L'illicéité de la clause ne faisait pas de doute, compte tenu de son incompatibilité totale avec les dispositions de l'article L. 1237-14 du code du travail, qui prévoient la possibilité d'exercer un recours juridictionnel en cas de litige concernant la convention ou son homologation. La chambre sociale, approuvant les juges du fond, a donc retenu son caractère non écrit.

Le régime des clauses réputées non écrites est appliqué régulièrement par la haute juridiction dans des domaines variés : en matière de convention de cession d'une entité économique autonome (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-14.788, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 5 ; Soc., 11 février 2009, pourvoi n° 07-18.509, *Bull.* 2009, V, n° 39) ; pour les clauses de non-concurrence (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 08-45.341 ; Soc., 8 avril 2010, pourvoi n° 08-43.056, *Bull.* 2010, V, n° 92 ; Soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 10-26.701) ; les sanctions pécuniaires (Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 09-42.896, *Bull.* 2010, V, n° 238 ; Soc., 12 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.585, *Bull.* 2012, V,

n° 331); ou encore s'agissant du champ d'application d'une convention collective (Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 07-45.033, *Bull.* 2010, V, n° 108).

Cette décision marque une nouvelle différence de régime entre la rupture conventionnelle et la rupture amiable, dans le cadre de laquelle la chambre sociale a déjà été amenée à requalifier en transaction l'acte contenant une telle clause de renonciation à toute contestation ou recours (Soc., 13 février 2002, pourvoi n° 99-45.731). Une solution distincte s'imposait en effet, la rupture conventionnelle de l'article L. 1237-11 du code du travail étant particulièrement encadrée, avec un entretien préalable, un formalisme imposé, une homologation par l'autorité administrative et un délai de rétractation et de recours apportant un corpus de garanties qui justifiaient que l'acte ne soit pas affecté par une nullité totale.

Dans l'arrêt du 3 juillet 2013, la Cour de cassation indique que l'article L. 1237-12 du code du travail n'instaure pas de délai entre, d'une part l'entretien au cours duquel les parties au contrat de travail conviennent de la rupture du contrat, d'autre part, la signature de la convention de rupture.

Afin de garantir la liberté de leur consentement, le salarié et l'employeur ont la faculté de se faire conseiller au cours de la phase de négociation précédant la conclusion de la rupture conventionnelle et disposent d'un droit de rétractation qu'ils peuvent exercer dans les quinze jours suivant la signature de la convention. Ni les partenaires sociaux, ni le législateur n'ont entendu prévoir de délai de réflexion avant la signature de la convention. La rupture conventionnelle étant, contrairement aux autres modes de rupture du contrat de travail, d'essence consensualiste, l'arrêt affirme que la convention de rupture peut ainsi être conclue à l'issue d'un seul entretien entre l'employeur et le salarié.

b. Contrat de travail à durée déterminée

Rupture d'un contrat à durée déterminée pour inaptitude

Contrat de travail, durée déterminée – Rupture – Résiliation anticipée – Cas – Inaptitude constatée par le médecin du travail – Procédure – Entretien préalable – Exclusion – Détermination

Avis de la Cour de cassation, 21 octobre 2013, n° 13-70.006, Bull. 2013, Avis, n° 11

La procédure de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée pour inaptitude du salarié, constatée par le médecin du travail, telle que prévue à l'article L. 1243-1 du code du travail, ne doit pas donner lieu à une convocation à un entretien préalable.

Voir le commentaire p. 523.

Mesures de rétorsion prises par l'employeur

Contrat de travail, durée déterminée – Rupture – Rupture anticipée – Rupture illégale – Action en justice engagée par le salarié antérieurement à la rupture – Effets – Présomption de causalité entre la rupture et l'action en justice – Preuve contraire – Charge – Étendue – Détermination – Portée

Soc., 6 février 2013, pourvois n^{os} 11-11.740, 11-11.742, 11-11.743, 11-11.744, 11-11.745, 11-11.746, 11-11.747, 11-11.748, *Bull.* 2013, V, n^o 27

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir disciplinaire – Exercice – Limites – Litige en cours entre un employeur et son salarié sur l'exécution d'un jugement – Fondement – Détermination – Portée

Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n^o 12-17.882, *Bull.* 2013, V, n^o 226

Voir le commentaire p. 568.

c. Indemnités de rupture

Travail réglementation, contrôle de l'application de la législation – Lutte contre le travail illégal – Travail dissimulé – Sanction – Indemnisation – Indemnité forfaitaire – Étendue – Cumul avec d'autres indemnités – Possibilité – Cas – Indemnités de rupture du contrat de travail

Soc., 6 février 2013, pourvoi n^o 11-23.738, *Bull.* 2013, V, n^o 31

Par cet arrêt rendu le 6 février 2013 en formation plénière, la chambre sociale fait évoluer sa jurisprudence sur la question du cumul ou du non-cumul de l'indemnité pour travail dissimulé avec les indemnités de rupture du contrat de travail.

Depuis ses arrêts du 12 janvier 2006 (pourvoi n^o 04-41.769, pourvoi n^o 03-44.777, pourvoi n^o 04-40.991, pourvoi n^o 04-42.190, pourvoi n^o 04-43.105, pourvoi n^o 03-46.800, *Bull.* 2006, V, n^o 13 [6 arrêts]), la chambre énonce que les dispositions de l'article L. 324-11-1 (devenu L. 8223-1) du code du travail ne font pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire qu'elles prévoient avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail, à la seule exception de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Le cumul de l'indemnité pour travail dissimulé a ainsi été admis avec l'indemnité compensatrice de préavis (pourvoi n^o 04-40.991 et pourvoi n^o 04-42.190 [2 arrêts]) et l'indemnité de congés payés (pourvoi n^o 04-40.991), l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (pourvoi n^o 03-44.777 et pourvoi n^o 03-46.800 [2 arrêts]) et pour non-respect de la procédure de licenciement (pourvoi n^o 04-43.105), les dommages-intérêts pour violation de l'ordre des licenciements (pourvoi n^o 04-41.769), mais le cumul de l'indemnité pour travail dissimulé avec l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle était exclu, seule la plus élevée des deux devant être allouée au salarié (pourvoi n^o 04-42.190).

Ultérieurement, par un arrêt rendu le 14 avril 2010 (pourvoi n^o 08-43.124, *Bull.* 2010, V, n^o 101), la chambre sociale, renforçant le caractère dissuasif de l'indemnité pour travail dissimulé, a étendu la règle du cumul en considérant que cette indemnité pouvait se cumuler non seulement avec les indemnités susceptibles d'être accordées au titre de la rupture du contrat de travail, mais également avec des dommages-intérêts visant à réparer la privation du droit pour le salarié à des allocations de chômage et des indemnités journalières. La chambre a ainsi énoncé dans un attendu de principe « qu'indépendamment de la sanction civile prévue par l'article L. 8223-1 du code du travail, tout salarié a droit à l'indemnisation du préjudice lié à la faute de l'employeur dans l'exécution de ses obligations ».

La double nature de l'indemnité pour travail dissimulé, non pas seulement indemnitaire pour le salarié, mais encore de sanction civile à l'égard de l'employeur, étant ainsi clairement mise en évidence, la chambre a été conduite à revenir sur la règle du non-cumul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement avec l'indemnité pour travail dissimulé, en supprimant cette exclusion : il est désormais énoncé par l'arrêt ici commenté, après le rappel des termes de l'article L. 8223-1 du code du travail, « qu'au regard de la nature de sanction civile de cette indemnité, [les] dispositions [de l'article L. 8223-1] ne font pas obstacle au cumul de l'indemnité forfaitaire qu'elles prévoient avec les indemnités de toute nature auxquelles le salarié a droit en cas de rupture de la relation de travail ».

Cette nouvelle jurisprudence simplificatrice s'inscrit dans une volonté, conforme aux vœux du législateur, de renforcement du rôle dissuasif de l'indemnité pour travail dissimulé.

d. Licenciement

Formalités de licenciement

Pas d'arrêt au *Rapport* en 2013.

Licenciement pour motif économique

Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Licenciement collectif – Licenciement de moins de dix salariés dans une même période de trente jours – Projet de licenciement – Consultation des représentants du personnel – Consultation des délégués du personnel – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-12.952, Bull. 2013, V, n° 137

Dans cette affaire, une société, employant plus de cinquante salariés, faisait valoir qu'elle ne pouvait se voir reprocher un défaut d'information des représentants du personnel pour un projet de licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés, dès lors qu'à la date où la réorganisation de l'entreprise avait été envisagée, elle ne disposait pas de comité d'entreprise, celui-ci étant en cours de création à la suite de la reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES).

Pour condamner l'employeur au paiement d'une indemnité pour non-respect de la procédure de consultation des représentants du personnel, la cour d'appel de Bordeaux avait retenu qu'à défaut de comité d'entreprise, la société devait consulter les délégués du personnel dans les conditions prévues par l'article L. 1233-10 du code du travail.

Le moyen du pourvoi soutenait qu'il ne résulte aucunement du droit positif applicable en la matière qu'en cas d'absence de comité d'entreprise dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, l'employeur doit substituer la consultation du comité d'entreprise par la consultation des délégués du personnel sur le projet de licenciement collectif de moins de dix salariés pour motif économique. En effet, cette substitution n'est expressément prévue ni par les textes du code du travail relatifs à la procédure de consultation des représentants du personnel propre au licenciement collectif de moins

de dix salariés dans une même période de trente jours (articles L. 1233-8 à L. 1233-10), ni dans les attributions générales des délégués du personnel (article L. 2313-7).

Il est cependant prévu à l'article L. 1233-30 du code du travail, dans le cadre de la procédure de consultation des représentants du personnel pour le projet de licenciement économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, que lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise et qu'un procès-verbal de carence a été transmis à l'inspecteur du travail, le projet de licenciement est soumis aux délégués du personnel. De même, au titre des attributions particulières des délégués du personnel dans les entreprises de cinquante salariés et plus dépourvues de comité d'entreprise, l'article L. 2313-13 du code du travail prévoit qu'en l'absence de comité d'entreprise par suite d'une carence constatée aux élections, sont exercées temporairement par les délégués du personnel les attributions économiques du comité d'entreprise mentionnées à la section 1 du chapitre III du titre II, lesquelles recouvrent notamment l'information et la consultation sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs (L. 2323-6) et les projets de restructuration et de compression des effectifs (L. 2323-15).

Or, il est à noter que l'ancien code du travail prévoyait explicitement, à l'article L. 321-2, que lorsque le nombre des licenciements pour motif économique envisagés était inférieur à dix dans une même période de trente jours, l'employeur était tenu de réunir et de consulter « le comité d'entreprise ou les délégués du personnel conformément aux articles L. 422-1 ou L. 432-1 selon le cas [ces articles définissant leurs attributions respectives de droit commun] ». De plus, l'article L. 431-3 prévoyait, de manière générale, à son premier alinéa, qu'en l'absence de comité d'entreprise par suite d'une carence constatée dans les conditions prévues à l'article L. 433-13, les attributions économiques qui relèvent du comité d'entreprise étaient exercées temporairement par les délégués du personnel. Au nombre de ces attributions figuraient celles définies par l'article L. 432-1 imposant à l'employeur de saisir le comité d'entreprise « en temps utile des projets de compression d'effectifs ».

En l'absence d'intention clairement exprimée du législateur de revenir sur ces règles, la recodification ne peut avoir pour objet ou pour effet de remettre en cause le principe de la consultation des délégués du personnel en l'absence de comité d'entreprise, même si l'article L. 1233-8 paraît opposer la consultation du comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins cinquante salariés et la consultation des délégués du personnel dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à ce seuil.

Enfin, l'article L. 1235-15 pose le principe de l'irrégularité de la procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité d'entreprise ou les délégués du personnel n'ont pas été mis en place alors que l'entreprise est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi.

Aussi, dans l'esprit de ces textes faisant ressortir le principe d'une consultation des représentants du personnel en cas de projet de licenciement collectif pour motif économique et celui d'une mission de suppléance des délégués du personnel dans les entreprises d'au moins cinquante salariés dépourvues de comité d'entreprise, la chambre juge, dans l'arrêt ici commenté, pour rejeter le pourvoi, qu'« il résulte de l'article L. 1233-8 du code du travail que l'employeur qui, dans une entreprise d'au moins cinquante salariés, envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de moins

de dix salariés dans une même période de trente jours, doit, en l'absence de comité d'entreprise, réunir et consulter les délégués du personnel».

Licenciement pour motif personnel

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Salarié protégé – Mesures spéciales – Autorisation administrative – Réalité de l'incapacité physique – Contrôle – Nécessité – Portée

Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-20.301, Bull. 2013, V, n° 286

À l'occasion de la présente décision, qui est à rapprocher d'une décision du Conseil d'État rendue le 20 novembre 2013 (n° 340591, publiée au *Recueil Lebon*), la chambre sociale était à nouveau saisie de la délicate question du licenciement pour incapacité physique du salarié protégé, autorisé par l'inspecteur du travail, lorsque le salarié soutient que son incapacité physique trouve son origine dans un harcèlement moral dont il a été la victime.

Il était jusqu'à ce jour apparu impossible à la chambre sociale de ne pas prendre en compte la décision de l'autorité administrative accordant l'autorisation de licencier au regard de la séparation des pouvoirs. Il en résultait qu'en principe, seule une demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral pouvait être formée devant la juridiction prud'homale, sans que puisse être remise en cause la validité de la rupture du contrat de travail (Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-10.687, *Bull.* 2011, V, n° 259; Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-18.417, *Bull.* 2011, V, n° 260; Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-30.463, *Bull.* 2011, V, n° 261).

Or, dans l'affaire ici commentée, la chambre sociale était saisie d'un pourvoi dirigé contre la décision d'une cour d'appel d'accorder au salarié protégé, outre des dommages-intérêts pour harcèlement moral, une somme réparant le préjudice résultant de la perte d'emploi (correspondant en l'occurrence à un peu plus de trois années de salaire), la cour d'appel se fondant sur le fait que l'incapacité médicale était la conséquence du harcèlement.

Nous savons pourtant que, dans une telle hypothèse, l'inspecteur du travail aurait dû refuser d'autoriser le licenciement. Mais que faire face à une telle situation, dans laquelle le salarié, sans formellement prendre acte de la rupture du contrat de travail avant que n'intervienne la décision de l'administration du travail, demande néanmoins à quitter l'entreprise et que l'y maintenir l'exposerait à un risque pour sa santé ?

C'est dans ce contexte, et après des échanges avec le Conseil d'État, qu'il a été décidé de mettre en œuvre un dispositif cohérent et fonctionnel, au terme duquel :

- 1°) l'administration, dès lors que l'incapacité physique est réelle et justifie le licenciement, doit autoriser le licenciement, sans rechercher la cause de l'incapacité ;
- 2°) l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'incapacité.

Il convient à cet égard d'observer que, même si la chambre sociale ne l'affirme pas expressément à l'occasion du présent arrêt puisque la question ne lui était pas directement posée, la possibilité ainsi reconnue au salarié protégé licencié en vertu d'une autorisation administrative de faire valoir devant les juridictions judiciaires « tous les

droits résultant de l'origine de l'inaptitude» s'entend aussi de celui de solliciter l'annulation du licenciement.

8. Actions en justice

Contrat de travail, durée déterminée – Rupture – Rupture anticipée – Rupture illégale – Action en justice engagée par le salarié antérieurement à la rupture – Effets – Présomption de causalité entre la rupture et l'action en justice – Preuve contraire – Charge – Étendue – Détermination – Portée

Soc., 6 février 2013, pourvois nos 11-11.740, 11-11.742, 11-11.743, 11-11.744, 11-11.745, 11-11.746, 11-11.747, 11-11.748, *Bull.* 2013, V, n° 27

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir disciplinaire – Exercice – Limites – Litige en cours entre un employeur et son salarié sur l'exécution d'un jugement – Fondement – Détermination – Portée

Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.882, *Bull.* 2013, V, n° 226

Les arrêts des 6 février et 9 octobre 2013 sont relatifs à des mesures de rétorsion prises par un employeur à la suite de la saisine de la justice ou alors qu'un litige est en cours.

Le premier a trait à la charge de la preuve.

Plusieurs salariés engagés par France Télécom depuis de nombreuses années dans le cadre de contrats à durée déterminée successifs avaient saisi le conseil de prud'hommes pour obtenir la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée. Quelques jours plus tard, leur employeur leur avait signifié par huissier, sur le lieu de travail, qu'il mettait fin de manière anticipée à leur contrat en raison d'une «sures-estimation de l'augmentation des flux d'appels clients due à une baisse plus importante que prévue du taux de réitération clients», motif non prévu par l'article L. 1243-1 du code du travail, qui ne prévoit la rupture avant l'échéance du terme du contrat à durée déterminée qu'en cas de force majeure ou faute grave. Estimant que cette rupture intervenait en réaction à leur action en justice, les salariés ont saisi en référé la juridiction prud'homale pour faire cesser le trouble manifestement illicite et voir ordonner leur réintégration.

Alors que le conseil de prud'hommes avait accueilli les demandes, la cour d'appel a, au contraire, dit n'y avoir lieu à référé, au motif que les salariés ne démontraient pas que la rupture constituait une mesure de rétorsion prise par l'employeur à raison de l'action en justice qu'ils avaient engagée, appliquant le régime classique de la charge de la preuve selon lequel il appartenait aux salariés, en leur qualité de demandeurs à l'action, d'apporter la preuve d'un trouble manifestement illicite.

La chambre sociale censure ce raisonnement et juge, au visa des articles L. 1121-1, L. 1243-1, R. 1455-6 du code du travail, des articles 1315 du code civil et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que l'irrégularité manifeste de la rupture du contrat à durée déterminée qui faisait suite à l'action en justice engagée par les salariés faisait présumer l'existence d'un rapport de causalité entre cette rupture abusive et l'action en justice, présomption qu'il appartenait à l'employeur de renverser en démontrant que sa décision était justifiée par des

éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice par les salariés de leur droit d'agir en justice.

Le rattachement du droit d'agir en justice aux libertés et droits fondamentaux protégés par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (3^e Civ., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-13.813, *Bull.* 2009, III, n° 117) permet ainsi d'instaurer un régime de la charge de la preuve garantissant l'effectivité du droit pour un salarié de saisir une juridiction en cours d'exécution de son contrat.

La chambre sociale reconnaît de manière constante au juge le pouvoir de prononcer la nullité d'un licenciement et d'ordonner la poursuite des relations contractuelles, même en l'absence de dispositions le prévoyant, en cas de violation d'une liberté fondamentale (Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45.735, *Bull.* 2001, V, n° 87 ; Soc., 31 mars 2004, pourvoi n° 01-46.960, *Bull.* 2004, V, n° 101 ; Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 03-46.339 ; Soc., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-42.913).

Dans certains cas le législateur est en outre intervenu pour protéger le droit d'agir en justice des salariés. Il en va ainsi s'agissant du licenciement prononcé à la suite d'une action en justice intentée par le salarié sur le principe de la non-discrimination (article L. 1134-4 du code du travail). Il en va de même dans l'hypothèse d'une action en justice sur le fondement de l'égalité professionnelle entre les sexes (article L. 1143-3). Le licenciement consécutif à une action engagée par le salarié sur la base de ces dispositions est nul lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de l'action en justice.

La jurisprudence de la chambre sociale a d'ailleurs facilité, dans une telle hypothèse, la tâche probatoire du salarié, en précisant qu'il suffisait pour que la nullité soit encourue que le licenciement soit dépourvu de cause réelle et sérieuse et qu'il fasse suite à une action en justice fondée sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, sans qu'il soit nécessaire pour le salarié de prouver le lien de causalité entre l'action en justice et le licenciement (Soc., 28 novembre 2000, pourvoi n° 99-41.661, *Bull.* 2000, V, n° 395). L'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement fait ici présumer de façon irréfragable l'existence de ce rapport de causalité entre la rupture et l'action en justice.

La chambre sociale, dans l'arrêt du 6 février 2013, s'inspire du même raisonnement en créant toutefois une présomption simple de rapport de causalité, permettant à l'employeur de démontrer que la rupture manifestement abusive du contrat à durée déterminée, puisqu'intervenue en dehors des cas limitativement prévus par la loi, est fondée sur un motif, certes irrégulier, mais néanmoins étranger à l'action intentée par les salariés.

La postériorité de la rupture par rapport à l'action en justice des salariés et l'absence de preuve par l'employeur de ce que sa décision est motivée par des éléments étrangers à toute volonté de rétorsion permettent ainsi d'établir que la rupture a été prononcée en raison de l'action en justice et de faire cesser le trouble manifestement illicite qui en résulte par la réintégration des salariés.

Dans le second arrêt ici commenté, alors que les parties s'opposaient sur l'exécution d'un jugement de conseil de prud'hommes qui avait procédé à la requalification de contrats de travail à durée déterminée successifs en contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur avait décidé de licencier le salarié en raison de ses atermoiements dans l'exécution de ce jugement. La cour d'appel avait jugé que dans la mesure où le jugement avait fixé le salaire moyen à la somme de 1417 euros, le salarié pouvait

légitimement s'opposer à la signature d'un projet de contrat stipulant un salaire mensuel de 523 euros, en sorte que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse. En revanche, elle avait écarté la demande de nullité de ce licenciement en retenant que la violation de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas caractérisée. Or, le principe d'égalité des armes s'analyse comme l'obligation d'offrir à chaque partie 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 (CEDH, arrêt du 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, n° 14448/88). Dès lors, l'irruption du pouvoir disciplinaire de l'employeur dans le cadre du litige relatif à l'exécution d'un jugement, par ailleurs frappé d'appel, était de nature à peser sur le comportement du salarié dans la gestion du litige en cours. Notons par ailleurs que la jurisprudence communautaire relative à la prévention des abus en matière de contrats de travail successifs impose aux États membres de « veiller à ce que la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée ne s'accompagne pas de modifications substantielles des clauses du contrat précédent dans un sens nettement défavorable à la personne intéressée lorsque l'objet de [sa] mission et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes » (CJUE, arrêt du 8 mars 2012, *Huet*, C-251/11).

En l'espèce, le licenciement disciplinaire venait sanctionner le salarié qui s'était opposé à la solution avancée par l'employeur, alors que le litige était toujours en cours. L'arrêt commenté précise la nature d'une telle atteinte aux droits du salarié et la sanction applicable : l'utilisation par l'employeur de son pouvoir disciplinaire pour peser sur la solution d'un litige constitue bien la violation d'une liberté fondamentale et le licenciement, prononcé en violation de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est nul.

Prud'hommes – Compétence – Compétence matérielle – Exclusion – Litiges dont la connaissance est attribuée à une autre juridiction par la loi – Applications diverses – Accident du travail – Demande en réparation – Manquement de l'employeur à son obligation de sécurité – Absence d'influence – Détermination – Portée

Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-20.074, *Bull.* 2013, V, n° 139

Contrat de travail, exécution – Maladie du salarié – Accident du travail ou maladie professionnelle – Inaptitude au travail – Obligation de reclassement – Manquement – Préjudice – Réparation – Étendue – Détermination – Portée

Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-28.799, *Bull.* 2013, V, n° 135

Les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, interprétés par la jurisprudence à la lumière de la directive 89/391/CEE, du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, prévoient les obligations de l'employeur en matière de sécurité et de protection de la santé physique et mentale des travailleurs. Le manquement de l'employeur à ces obligations engage sa responsabilité envers le salarié, fondé à obtenir réparation du préjudice qui en est pour lui résulté (*Soc.*, 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.918, *Bull.* 2007, V, n° 216).

Par ailleurs, l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale prévoit que, « sous réserve des dispositions prévues aux articles L. 452-1 à L. 452-5, L. 454-1, L. 455-1, L. 455-1-1 et L. 455-2, aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le [livre 4] ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit ». L'article L. 142-1 du même code dispose que l'organisation du contentieux général de la sécurité sociale règle les différends auxquels donne lieu l'application des législations et réglementations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, et qui ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux.

Saisie d'un pourvoi (n° 11-20.074) contre un arrêt ayant retenu la compétence de la juridiction prud'homale pour condamner l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour manquement à son obligation de sécurité envers une salariée ayant chuté dans un escalier, la chambre a estimé qu'il convenait à cette occasion de faire précisément la distinction entre les demandes relevant du droit du travail et celles relevant du droit de la sécurité sociale.

Officiellement consultée en application de l'article L. 1015-1 du code de procédure civile, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, compétente en matière de sécurité sociale, a, le 7 février 2013, émis l'avis que « relève de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale l'indemnisation de tous les dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ».

La chambre sociale décide, dans son arrêt, au visa des articles L. 451-1 et L. 142-1 du code de la sécurité sociale, que si la juridiction prud'homale est seule compétente pour connaître d'un litige relatif à l'indemnisation d'un préjudice consécutif à la rupture du contrat de travail, relève, en revanche, de la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale, l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. Elle censure l'arrêt de la cour d'appel qui a retenu que les manquements de l'employeur à son obligation de sécurité ouvraient droit à réparation, alors qu'il résultait de ses constatations que l'accident dont avait été victime la salariée avait été admis au titre de la législation professionnelle, et que, sous couvert d'une action en responsabilité contre l'employeur pour manquement à son obligation de sécurité, l'intéressée demandait en réalité la réparation d'un préjudice né de l'accident du travail dont elle avait été victime.

Ainsi, la chambre sociale met fin à la difficulté née de demandes croissantes d'indemnisation de leur préjudice par les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, portées successivement devant les juridictions de la sécurité sociale et prud'homale.

Cette décision est à mettre en perspective avec celles réservant à la juridiction prud'homale l'indemnisation de la perte d'emploi à la suite de la faute inexcusable de l'employeur, jurisprudence maintenue (Soc., 17 mai 2006, pourvoi n° 04-47.455, *Bull.* 2006, V, n° 176; Soc., 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-41.342) après la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 juin 2010 (Cons. const., décision n° 2010-8 QPC, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur]) selon laquelle « lorsque l'accident ou la maladie est dû à la faute inexcusable de l'employeur, [indépendamment de la majoration des indemnités qui leur sont dues], la victime, ou, en cas de décès, ses ayants droit, peuvent, devant la juridiction de sécurité sociale, demander à l'employeur

la réparation de certains chefs de préjudice énumérés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ; en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions de ce texte ne sauraient toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale».

Cette solution a été étendue au préjudice résultant de la perte des droits à retraite résultant du licenciement (Soc., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-20.991, *Bull.* 2011, V, n° 240).

Si, dans ces affaires, a été tranchée la question du cumul de l'indemnisation réparant la perte de l'emploi avec celle allouée par la juridiction de sécurité sociale, restait celle de savoir si l'indemnité pour perte d'emploi pouvait se cumuler avec des dommages-intérêts pour licenciement déclaré sans cause réelle et sérieuse.

Dans la seconde espèce (pourvoi n° 11-28.799), le salarié, victime d'un accident du travail, licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement, avait obtenu, de la juridiction prud'homale, des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en application de l'article L. 1226-15 du code du travail, en raison du manquement de l'employeur aux obligations prévues par l'article L. 1226-10 (obligations de reclassement et de consultation des délégués du personnel). Il avait, ensuite, obtenu de la juridiction de sécurité sociale la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur et l'indemnisation de ses préjudices (souffrances physiques et morales, préjudices esthétiques et d'agrément).

Il avait de nouveau saisi la juridiction prud'homale pour demander l'indemnisation de la perte de son emploi.

La cour d'appel a fait droit à cette demande, considérant que le préjudice spécifique résultant de la perte d'emploi était constitutif d'un préjudice moral.

La chambre sociale juge, dans son second arrêt ici commenté, que la cour d'appel a ainsi méconnu le principe selon lequel la réparation du dommage ne peut excéder le montant du préjudice : dès lors que le salarié a obtenu des dommages-intérêts en raison du licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse, cette indemnisation comprend celle du préjudice lié à la perte de l'emploi, la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur étant, à cet égard, sans incidence.

Convention européenne des droits de l'homme – Article 6 § 1 – Équité – Domaine d'application – Exécution d'une décision de justice – Détermination – Portée
Soc., 18 décembre 2013, pourvois n° 12-27.383, n° 13-10.908, n° 13-10.910, n° 13-10.915, n° 13-10.918, n° 13-10.924, n° 13-10.927, n° 13-10.932, n° 13-10.934, n° 13-10.937, *Bull.* 2013, V, n° 311

Cet arrêt est l'occasion, pour la Cour de cassation de compléter sa jurisprudence relative au procès équitable afin d'assurer l'effectivité du droit pour un salarié de saisir une juridiction en cours d'exécution de son contrat.

La chambre sociale a déjà eu l'occasion de connaître de mesures de rétorsion exercées à l'occasion d'une action en justice engagée par des salariés pour obtenir la requalification de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

Elle a ainsi censuré par la nullité la rupture du contrat à durée déterminée, en jugeant au visa de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans un arrêt du 6 février 2013 (pourvoi n° 11-11.740, *Bull.* 2013, V, n° 27), que «lorsque la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme comme intervenue en dehors des cas prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre l'employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice».

Dans un arrêt du 9 octobre 2013 (pourvoi n° 12-17.882, *Bull.* 2013, V, n° 226), elle a considéré que lorsque l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire afin de faire pression sur le salarié et d'imposer sa propre solution dans le litige qui les oppose relativement à l'exécution du jugement ayant ordonné la requalification de contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, portant ainsi atteinte au principe de l'égalité des armes, la nullité du licenciement est encourue.

Dans la présente espèce, les salariés, engagés entre 2007 et 2011 par la société Air France en qualité d'agent d'escala ou agent de service avion par des contrats à durée déterminée pour accroissement temporaire d'activité pour chacune des périodes estivales, avaient saisi la juridiction prud'homale aux fins de voir requalifier leurs contrats de travail à durée déterminée en contrats à durée indéterminée.

Par jugements du 29 septembre 2011, lesquels étaient exécutoires par provision en application de l'article R. 1245-1 du code du travail, le conseil de prud'hommes avait requalifié les contrats à durée déterminée des salariés en contrat à durée indéterminée à temps partiel. Après que les salariés eurent saisi le juge des référés pour obtenir sous astreinte la délivrance de contrats conformes aux prescriptions du conseil de prud'hommes, l'employeur leur a adressé, le 27 octobre 2011, un courrier leur indiquant que leur contrat à durée déterminée arrivait à échéance le 30 octobre 2011 et qu'ils cesseraient à cette date d'appartenir au personnel de la société.

Devant la cour d'appel, les salariés ont soulevé la nullité de ce licenciement et subsidiairement son absence de cause réelle et sérieuse. La cour d'appel a retenu l'absence de cause réelle et sérieuse mais a écarté la nullité au motif que le défaut d'exécution volontaire d'un jugement assorti de l'exécution provisoire mais frappé d'appel ne saurait caractériser en soi une atteinte au droit d'accès à la justice et que les salariés ne justifiaient pas de ce que la rupture du contrat était intervenue à raison de l'instance en cours.

La chambre sociale censure cette décision en précisant que lorsqu'une décision exécutoire par provision ordonne la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à la notification de cette décision au motif de l'arrivée du terme stipulé dans ledit contrat à durée déterminée est nulle, et en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si le jugement ordonnant la requalification en contrat à durée indéterminée avait été notifié à l'employeur par le greffe du conseil de prud'hommes avant le terme du contrat à durée déterminée.

Elle adopte dans un attendu de principe – «l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du "procès équitable" au sens de [l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des

droits de l'homme et des libertés fondamentales] » – une formule inspirée de celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, n° 22774/93, § 63 ; CEDH, arrêt du 6 juin 2002, *Katsaros c. Grèce*, n° 51473/99, § 34).

L'article L. 1245-2 du code du travail prévoit en effet une procédure accélérée lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Le préalable de la conciliation n'est pas requis en la matière et la décision est exécutoire de droit à titre provisoire (article R. 1245-1 du code du travail), le but recherché étant d'accélérer la solution au fond permettant au salarié de bénéficier rapidement des effets de la requalification.

Autrement dit, même si l'employeur utilise les voies de recours, les conséquences de la décision, et notamment la requalification du contrat, n'en sont pas moins immédiatement applicables. Dès lors qu'elle est notifiée à l'employeur en application de l'article R. 1454-26 du code du travail, la décision ordonnant la requalification lui est opposable. La rupture de la relation de travail au seul motif de la survenance du terme rend caduque la demande du salarié puisque le contrat a pris fin et fait ainsi obstacle au droit reconnu au salarié.

Il convient enfin de préciser que la Cour de cassation ne fait évidemment pas dépendre l'application du principe du droit au procès équitable de l'appréciation du bien-fondé de la prétention du salarié. La nullité des mesures de rétorsion est justifiée par le seul droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond, afin que le juge la dise bien ou mal fondée (article 30 du code de procédure civile). Le fait de soutenir une thèse erronée ne peut faire obstacle à l'accès au juge.

C. Droit immobilier, environnement et urbanisme

1. Bail d'habitation

Bail d'habitation – Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989 – Prix – Prestations, taxes et fournitures – Charges récupérables – Rémunération des gardiens – Conditions – Détermination

3^e Civ., 17 décembre 2013, pourvoi n° 12-26.780, Bull. 2013, III, n° 165

Par cet arrêt, la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur l'interprétation des dispositions relatives à la récupération auprès des locataires des salaires versés aux concierges et gardiens d'immeuble telles que résultant du décret n° 2008-1411 du 19 décembre 2008 modifiant les décrets n° 82-955 du 9 novembre 1982 et n° 87-713 du 26 août 1987 fixant la liste des charges récupérables des locaux d'habitation.

Avant l'entrée en vigueur de ce texte, une jurisprudence relativement abondante, rendue au visa des articles 2, c, du décret n° 87-713 du 26 août 1987 pris en application de l'article 18 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière et fixant la liste des charges récupérables (pour le parc locatif privé) et 2,

d, du décret n° 82-955 du 9 novembre 1982 pris en application de l'article L. 442-3 du code de la construction et de l'habitation et fixant la liste des charges récupérables (pour le parc locatif social) retenait que la récupération à hauteur de 75 % n'était possible que lorsque les tâches d'entretien des parties communes et d'élimination des rejets étaient assurées effectivement et cumulativement par le concierge ou le gardien seul (3^e Civ., 9 janvier 2008, pourvoi n° 06-21.794, *Bull.* 2008, III, n° 4), peu important l'ampleur de l'ensemble immobilier concerné (3^e Civ., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.024). En revanche, lorsque le gardien ou l'employé d'immeuble n'assurait pas seul l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets, mais partageait ces tâches avec une entreprise extérieure, aucune récupération, même partielle, n'était possible sur les locataires (3^e Civ., 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-17.102, *Bull.* 2006, III, n° 186). L'unique exception admise concernait les couples de gardiens ou de concierges, liés au bailleur par un contrat de travail commun, dont les membres pouvaient se répartir entre eux les deux tâches, à la condition de les assurer chacun effectivement et à eux deux intégralement, sans partage avec un tiers (3^e Civ., 15 octobre 2008, pourvoi n° 07-21.452, *Bull.* 2008, III, n° 154).

Cette jurisprudence, fondée sur une stricte interprétation des textes, faisait l'objet de critiques, dès lors qu'elle empêchait la récupération lorsqu'un tiers intervenait sur les temps de repos hebdomadaire du gardien d'immeuble et les jours fériés, et ne permettait également pas une récupération partielle lorsqu'une seule des deux tâches était assurée par l'intéressé. C'est la raison pour laquelle le décret du 19 décembre 2008 précité a adopté de nouvelles règles de récupération en maintenant, d'une part, une récupération à hauteur de 75 % lorsque le gardien ou le concierge assure cumulativement les tâches d'entretien des parties communes et d'élimination des rejets et en introduisant, d'autre part, une faculté de récupération partielle à hauteur de 40 % lorsque le gardien ou le concierge n'assure, conformément à son contrat de travail, que l'une ou l'autre des deux tâches. Dans ces deux hypothèses, le texte a innové également en maintenant la faculté de récupération lorsqu'un tiers intervient « pendant les repos hebdomadaires et les congés prévus dans les clauses de son contrat de travail, ainsi qu'en cas de force majeure, d'arrêt de travail ou en raison de l'impossibilité matérielle ou physique temporaire pour le gardien ou le concierge d'effectuer seul [la ou les] tâche[s] ».

S'emparant des imprécisions de ces dispositions, un bailleur soutenait que l'impossibilité matérielle devait s'entendre d'une impossibilité structurelle, liée à la taille de l'immeuble, c'est-à-dire dans l'hypothèse où un gardien ne peut, en raison de l'importance de l'ensemble immobilier dans lequel il intervient, assurer seul les deux tâches ou même l'une ou l'autre.

La Cour de cassation ne retient pas cette interprétation et refuse de distinguer, pour la récupération des charges, le cas des grands ensembles immobiliers et celui des immeubles de taille plus modeste dès lors que le décret n'a pas opéré une telle distinction. Elle précise ainsi que lorsque le gardien d'un immeuble ou d'un groupe d'immeubles partage avec un tiers l'entretien des parties communes et l'élimination des rejets, ou une seule de ces deux tâches, les dépenses correspondant à sa rémunération ne sont récupérables que si le gardien ne peut en assurer seul l'exécution par suite d'une impossibilité matérielle temporaire.

2. Environnement

Protection de la nature et de l'environnement – Installations classées – Loi du 19 juillet 1976 – Arrêt définitif de l'exploitation – Obligation de remise en état du site – Envoi préalable à l'exploitant d'une mise en demeure de dépolluer – Nécessité (non)

3^e Civ., 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.101, Bull. 2013, III, n° 4

Par cet arrêt, la Cour de cassation précise que l'obligation de remise en état pesant sur l'exploitant d'un site d'une installation classée qui cesse son activité ne peut être différée dans le temps et qu'elle s'impose à lui sans qu'il soit nécessaire de lui adresser une mise en demeure.

Dans sa version d'origine, applicable en l'espèce, l'article 34 du décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 pris pour l'application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement disposait que « lorsqu'une installation cesse l'activité au titre de laquelle elle était autorisée ou déclarée, son exploitant doit en informer le préfet dans le mois qui suit cette cessation ; il est donné récépissé sans frais de cette déclaration. L'exploitant doit remettre le site de l'installation dans un état tel qu'il ne s'y manifeste aucun des dangers ou inconvénients mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 19 juillet 1976. À défaut, il peut être fait application des procédures prévues par l'article 23 de cette loi. »

La loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, qui s'inspire de l'article 34-1 du décret du 21 septembre 1977 (article créé par le décret n° 94-484 du 9 juin 1994, applicable jusqu'au 16 septembre 2005) a repris dans l'article L. 512-7 du code de l'environnement, transféré par ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 à l'article L. 512-6-1, cette obligation de remise en état des lieux, qui doit désormais permettre un usage futur du site déterminé conjointement avec le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière d'urbanisme ou, à défaut d'accord, qui impose à l'exploitant de placer son site dans un état tel qu'il ne puisse porter atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 et qu'il permette un usage futur du site comparable à celui de la dernière période d'exploitation de l'installation mise à l'arrêt.

En l'espèce, la cour d'appel avait débouté l'acquéreur d'un terrain de ses demandes de dommages-intérêts dirigées contre l'ancien exploitant du site en estimant notamment qu'il savait au moment de la vente que les biens devaient être remis en état par la suite dans un délai non prévu par la convention, qu'il avait accepté sans réserve les travaux de dépollution quelques années après la vente et qu'il ne justifiait pas avoir, avant cette date, mis en demeure l'exploitant d'intervenir pour dépolluer le terrain.

La troisième chambre civile censure cette décision car l'obligation de remise en état qui pèse sur le dernier exploitant d'une installation classée est une obligation légale, dont la finalité est la protection de l'environnement et de la santé publique. Elle doit donc être satisfaite immédiatement et sans qu'une mise en demeure de dépolluer préalable soit nécessaire.

3. SAFER

Société d'aménagement foncier et d'établissement rural – Rétrocession – Action en contestation – Délai – Point de départ – Conditions – Détermination
3^e Civ., 30 octobre 2013, pourvoi n° 12-19.870, Bull. 2013, III, n° 139

L'arrêt ici commenté, relatif au point de départ du délai de recours des actions ayant pour objet de contester les décisions de rétrocession prises par les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), constitue un revirement.

Les décisions de rétrocession des SAFER, ainsi que leurs décisions de préemption lorsqu'est en cause le respect des objectifs légaux assignés à ce droit, ne peuvent être attaquées au-delà d'un délai de six mois «à compter du jour où les décisions motivées de rétrocession ont été rendues publiques» (article L. 143-14 du code rural et de la pêche maritime). Le point de départ de ce délai de six mois est, selon l'article R. 143-11 du code précité, l'affichage en mairie de la décision de rétrocession.

Jusqu'alors, la troisième chambre civile, appliquant strictement ces textes, jugeait que ce délai de prescription, fin de non-recevoir pouvant être invoquée en tout état de cause (3^e Civ., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-13.197, *Bull.* 2003, III, n° 242), courrait à compter de l'affichage en mairie, peu important que l'auteur de la contestation n'ait pas été informé personnellement de la décision qu'il entend contester (3^e Civ., 10 juin 1998, pourvoi n° 96-21.253, *Bull.* 1998, III, n° 124, pour un candidat à la rétrocession non retenu; 3^e Civ., 29 mars 2000, pourvoi n° 98-15.996, *Bull.* 2000, III, n° 77 et 3^e Civ., 25 septembre 2002, pourvoi n° 01-03.638, *Bull.* 2002, III, n° 185, pour un acquéreur évincé). Elle se fondait sur le fait que l'information de l'intéressé (acquéreur évincé, candidat non retenu), prévue par l'article R. 143-11 précité, n'est pas prescrite à peine de nullité ni assortie de sanction.

Elle rompt dans la présente décision avec cette jurisprudence au visa, notamment, de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en application du droit à un recours effectif.

Partant du constat que plusieurs années peuvent séparer la décision de préemption de celle de rétrocession, que dans cet intervalle il peut advenir – comme en l'espèce – que les parcelles initialement préemptées aient changé de références cadastrales (par exemple par suite de division ou de regroupement) au moment de leur rétrocession et que la durée de l'affichage en mairie est très brève (quinze jours), il est apparu que la possibilité d'exercer un recours était gravement compromise en l'absence de notification personnelle de la décision contestée. Le lien est désormais fait entre cette notification et le point de départ du délai de recours : l'affichage en mairie ne constitue ce point de départ qu'à la condition que la décision ait été notifiée à l'intéressé.

Pour préserver le droit à un recours effectif, principe à valeur constitutionnelle, la troisième chambre civile redonne sa cohérence à l'article R. 143-11 du code rural et de la pêche maritime qui prévoit successivement la publicité de l'intention de rétrocéder, la notification de la décision de rétrocession aux candidats non retenus et à l'acquéreur évincé et, enfin, le point de départ du délai de recours.

4. Vente

Vente – Garantie – Éviction – Charges non déclarées – Servitudes non apparentes – Canalisation – Vice caché (non)

3^e Civ., 27 février 2013, pourvoi n° 11-28.783, Bull. 2013, III, n° 32

Aux termes de l'article 1638 du code civil, si le bien vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat ou une indemnité.

La charge non déclarée réduit la jouissance de la chose puisqu'un tiers a sur celle-ci un droit que l'acquéreur ignorait. Elle se distingue du vice caché qui consiste en un défaut de la chose qui en affecte l'usage normal. Ses conditions de mise en œuvre et son régime sont spécifiques, la bonne foi du vendeur étant sans incidence sur l'application de ces dispositions.

En l'espèce, des acquéreurs avaient découvert après avoir acheté une parcelle de terrain à bâtir qu'une canalisation traversait leur terrain et que le passage de cette canalisation avait fait l'objet d'une servitude conventionnelle qui n'était ni mentionnée dans l'acte de vente, ni publiée à la conservation des hypothèques. La cour d'appel avait retenu que la présence de cette canalisation constituait un vice caché.

Cette décision est censurée par la troisième chambre civile : dès lors qu'est en cause une servitude non apparente, elle ne peut constituer un vice caché et le régime spécifique prévu par l'article 1638 du code civil est seul applicable.

Vente – Promesse de vente – Promesse synallagmatique – Condition suspensive – Condition suspensive stipulée avec un délai de survenance – Réalisation – Exclusion – Cas – Réalisation après la date prévue pour la réitération par acte authentique

3^e Civ., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-17.077, Bull. 2013, III, n° 69

Jusqu'à quand une condition suspensive peut-elle être réalisée ?

L'arrêt ici commenté est l'occasion de faire un point sur la jurisprudence de la troisième chambre civile.

Si la date fixée par les parties pour la réitération de leur promesse de vente par acte authentique est prévue à peine de caducité, le terme est dit « extinctif » et aucune réalisation des conditions ne pourra plus intervenir après cette date puisqu'il n'existe plus aucun engagement liant les parties.

Si, en revanche, le terme de la promesse n'est pas extinctif, il constitue alors le point de départ à partir duquel l'une des parties pourra obliger l'autre à s'exécuter. Dans ce contexte, jusqu'à quelle date les conditions suspensives peuvent-elles être réalisées ? Il convient de distinguer selon que la promesse prévoit, ou pas, un délai pour la réalisation de la condition :

– dans l'hypothèse où un délai a été fixé pour la réalisation de la condition suspensive, la défaillance de cette condition à la date prévue entraîne la caducité de la promesse, même

si l'acte ne le prévoit pas expressément (3^e Civ., 30 avril 1997, pourvoi n° 95-15.452, *Bull.* 1997, III, n° 95 ; 3^e Civ., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.152, *Bull.* 2009, III, n° 223) ;

Cependant, seule la partie en faveur de laquelle la condition a été stipulée peut se prévaloir de cette caducité (3^e Civ., 13 juillet 1999, pourvoi n° 97-20.110, *Bull.* 1999, III, n° 179 ; 3^e Civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-12.319) ;

La condition stipulée en faveur d'une seule partie peut toutefois être encore valablement réalisée entre la date fixée pour la réalisation de la condition et la date fixée pour la réitération de la promesse (3^e Civ., 20 juin 2006 préc. ; 3^e Civ., 17 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.721). Entre ces deux dates, le bénéficiaire de la condition peut également y renoncer ;

En revanche, après la date prévue pour la réitération de la promesse, la condition ne peut plus être accomplie. C'est ce que la troisième chambre civile vient de juger par l'arrêt ici commenté ;

La défaillance d'une condition stipulée en faveur des deux parties peut, en revanche, être invoquée par n'importe laquelle d'entre elles. Elles ne peuvent y renoncer que d'un commun accord.

– dans la seconde hypothèse, où aucun délai n'a été fixé pour la réalisation de la condition suspensive, cette réalisation pourra intervenir non seulement jusqu'à la date prévue pour la réitération de la promesse par acte authentique, mais également après cette date. C'est le sens de l'article 1176 du code civil et c'est ce que la troisième chambre civile a jugé dans un arrêt du 21 novembre 2012 (pourvoi n° 11-23.382, *Bull.* 2012, III, n° 173).

Dans ce cas, la réalisation pourra intervenir jusqu'à la demande de réitération par l'une ou l'autre des parties ou demande de constat de caducité faute de réitération par acte authentique, sauf si cette date de réitération est prévue dès le départ à peine de caducité, comme indiqué au début de la présente note.

Vente – Immeuble – Accessoires – Action en réparation des dommages causés à l'immeuble – Exercice – Conditions – Détermination

3^e Civ., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.910, Bull. 2013, III, n° 102

Un immeuble construit est vendu. Des malfaçons apparaissent. À qui appartient l'action en réparation du dommage, au vendeur ou à l'acquéreur ?

Si le désordre est né après la vente, l'action en responsabilité décennale appartient à l'acquéreur, nouveau propriétaire. Il s'agit de l'application de l'article 1792 du code civil, qui réserve cette action au maître ou à l'acquéreur de l'ouvrage.

Qu'en est-il si le désordre est né avant la vente.

La question est si délicate que la Cour de cassation a varié dans sa jurisprudence.

En 1975, elle a jugé que « les acquéreurs successifs d'un immeuble sont recevables à agir contre les constructeurs sur le fondement de la garantie décennale qui accompagne, en tant qu'accessoire, l'immeuble, nonobstant la connaissance, par les acquéreurs, des vices de celui-ci lors de la signature de l'acte de vente et l'absence, dans ce dernier, de clause prévoyant un tel recours » (3^e Civ., 28 octobre 1975, pourvoi n° 74-10.842, *Bull.* 1975, III, n° 311).

En 1997, elle a retenu la position inverse en jugeant que « la vente de l'immeuble n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur des droits et actions à fin de dommages-intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur en raison de dégradations causées à l'immeuble antérieurement à la vente » (3^e Civ., 18 juin 1997, pourvoi n° 95-18.254, *Bull.* 1997, III, n° 149).

En 2009, procédant à un revirement, elle est revenue à la solution de 1975, en ajoutant à la réponse précitée l'expression « à moins que le vendeur ne puisse invoquer un préjudice personnel lui conférant un intérêt direct et certain à agir » (3^e Civ., 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.470, *Bull.* 2009, III, n° 202).

Cette dernière solution a été étendue à l'action en responsabilité contractuelle de droit commun (3^e Civ., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-20.540).

Outre la raison juridique, expressément affirmée, liée à la théorie de l'accessoire, cette solution s'explique par la volonté de la Cour de conférer l'action, donc les fonds, à celui qui seul peut engager les réparations, l'acquéreur, nouveau propriétaire. Cette volonté correspond à celle du législateur, qui reconnaît l'action décennale à l'acquéreur de l'ouvrage.

Restait sans solution expresse, le cas où, le désordre étant né, le vendeur a engagé son action avant la vente.

Adoptant la même solution, la Cour de cassation juge, dans l'arrêt ici commenté, « que, sauf clause contraire, les acquéreurs successifs d'un immeuble ont qualité à agir, même pour les dommages nés antérieurement à la vente et ce nonobstant l'action en réparation intentée par le vendeur avant cette vente, contre les constructeurs sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun qui accompagne l'immeuble en tant qu'accessoire ».

La doctrine de la Cour est désormais bien fixée, étant observé que cette solution, adoptée en matière de responsabilité contractuelle, ne devrait pas être différente en matière de responsabilité décennale.

L'action se transmet à l'acquéreur avec l'immeuble vendu, que le désordre soit né après ou avant la vente, et ce même si le vendeur a, avant la vente, engagé une action en réparation. Restent deux dérogations possibles : la clause contractuelle contraire et le préjudice personnel subi par le vendeur.

Vente – Promesse de vente – Immeuble – Acquéreur – Faculté de rétractation – Pluralité d'acquéreurs – Clause de solidarité – Rétractation exercée par l'un des acquéreurs – Effet

3^e Civ., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-27.293, Bull. 2013, III, n° 156

Il résulte de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation que l'acquéreur non professionnel d'un immeuble à usage d'habitation dispose d'un droit de rétractation. Le délai de rétractation court à compter du lendemain de la première présentation de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception lui notifiant l'acte sous seing privé.

L'exercice par l'acquéreur de sa faculté de rétractation entraîne l'anéantissement du contrat (3^e Civ., 13 février 2008, pourvoi n° 06-20.334, *Bull.* 2008, III, n° 29; 3^e Civ., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-12.232, *Bull.* 2012, III, n° 41).

Par deux arrêts du 9 juin 2010, la Cour de cassation a jugé que lorsque la notification du délai de rétractation prévu par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation a été faite aux époux acquéreurs par une même lettre recommandée et que l'avis de réception n'a été signé que par l'un d'eux, le délai n'a pas couru à l'égard de l'époux non signataire (3^e Civ., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-14.503, *Bull.* 2010, III, n° 120); la notification ne peut produire effet à l'égard des deux que si l'avis de réception a été signé par chacun des époux ou si l'époux signataire était muni d'un pouvoir à l'effet de représenter son conjoint (3^e Civ., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-15.361, *Bull.* 2010, III, n° 114).

Dans l'affaire ici commentée, la notification de l'acte avait été jugée irrégulière à l'égard de l'épouse, acquéreur solidaire (3^e Civ., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-15.361, préc.), qui avait ensuite exercé son droit de rétractation.

La cour d'appel, statuant sur renvoi après cassation, avait retenu que la faculté de rétractation était une prérogative strictement personnelle à chacun des époux et que l'un ne pouvait se prévaloir de l'irrégularité de la notification destinée à l'autre.

La Cour de cassation précise que l'exercice par l'un des acquéreurs solidaires de son droit de rétractation entraîne l'anéantissement du contrat.

En cas de pluralité d'acquéreurs, et en conséquence de l'anéantissement du contrat, le vendeur ne peut agir en réalisation de la vente à l'encontre du ou des acquéreurs qui n'ont pas exercé leur droit de rétractation dans le délai légal et qui ne peuvent dès lors être tenus à cette vente. Une nouvelle convention devrait être éventuellement notifiée aux acquéreurs qui ne se sont pas rétractés.

D. Activités économiques, commerciales et financières

1. Commission rogatoire internationale

Conflit de juridictions – Procédure judiciaire internationale – Commission rogatoire internationale – Commission rogatoire en provenance d'un État étranger – Exécution – Compétence du juge commis – Détermination – Application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire

Avis de la Cour de cassation, 18 mars 2013, n° 12-70.020, Bull. 2013, Avis, n° 5

En application de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance est compétent pour les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, de sorte que la demande de l'autorité requérante décernée en application des dispositions de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ayant pour seul objet

l'exécution d'une commission rogatoire, cette demande qui n'entre pas dans le champ de la compétence d'attribution du tribunal de commerce, telle que définie par l'article L. 721-3 du code de commerce, relève de la compétence du tribunal de grande instance.

Voir le commentaire p. 516.

2. Concurrence déloyale

Concurrence déloyale ou illicite – Concurrence déloyale – Domaine d'application – Déontologie – Manquement – Appréciation

Com., 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-19.356, Bull. 2013, IV, n° 128

La concurrence déloyale est une forme particulière de responsabilité civile. Sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 du code civil, elle suppose seulement la démonstration d'un fait fautif générateur de préjudice (Com., 12 février 2008, pourvoi n° 06-17.501, *Bull.* 2008, IV, n° 32).

Jusqu'en 1997, la Cour de cassation jugeait invariablement qu'une faute déontologique, qui est assortie de sanctions disciplinaires, ne constitue pas nécessairement une faute civile (voir, pour les experts-comptables, Com., 21 juin 1988, pourvoi n° 86-19.017, *Bull.* 1988, IV, n° 210).

Par un arrêt du 29 avril 1997 (pourvoi n° 94-21.424, *Bull.* 1997, IV, n° 111), la chambre commerciale a jugé le contraire : le transfert de dossiers de clients effectués d'une société d'expertise comptable à une autre en méconnaissance des règles déontologiques de la profession suffisait à caractériser des agissements constitutifs de concurrence déloyale.

Bien que la solution n'ait guère été approuvée en doctrine (voir Y. Serra, « Méconnaissance des règles déontologiques et concurrence déloyale », *D.* 1997, p. 459 ; G. Viney, *JCP* éd. G 1997, I, 4068, chr. responsabilité civile, I, 1 ; G. Goffaux, *PA* n° 87, 22 juillet 1998, p. 26 ; Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, *Rép. dr. com.*, Dalloz, V° Concurrence déloyale, octobre 2010, n° 21), la chambre commerciale l'a appliquée avec constance, et en dernier lieu le 12 juillet 2011 (pourvoi n° 10-25.386 ; M. Malaurie-Vignal, « La méconnaissance des règles déontologiques d'une profession suffit à caractériser la déloyauté », *C.C.C.* n° 10, octobre 2011, comm. 211).

Confrontée en outre à la résistance des juges du fond, arc-boutés sur la notion de lien de causalité, la chambre commerciale assouplit sa position dans l'arrêt ici commenté. Elle approuve ainsi une cour d'appel qui avait refusé d'entrer en voie de condamnation après avoir relevé que la faute déontologique, démontrée (il s'agissait, encore une fois, du défaut d'envoi de la lettre informant le confrère avant le transfert du dossier du client), était dénuée de lien de causalité avec le préjudice invoqué, à savoir le détournement de la clientèle.

3. Contrats et obligations conventionnelles

Contrats et obligations conventionnelles – Interdépendance – Contrats interdépendants – Qualification – Contrats concomitants ou successifs s'inscrivant

dans une opération incluant une location financière – Effets – Clauses inconciliables avec cette interdépendance réputées non écrites

*Ch. mixte, 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22.768, Bull. 2013, Ch. mixte, n° 1
Ch. mixte, 17 mai 2013, pourvoi n° 11-22.927, Bull. 2013, Ch. mixte, n° 1*

Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants. Sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance.

Voir le commentaire p. 507.

4. Entreprise en difficulté

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Organes – Contrôleurs – Prérogatives – Action en extension de la procédure collective – Carence du mandataire de justice – Qualité du créancier contrôleur pour agir

Avis de la Cour de cassation, 3 juin 2013, n° 13-70.003, Bull. 2013, Avis, n° 9

L'article L. 622-20 du code de commerce confère au créancier nommé contrôleur, en cas de carence du mandataire judiciaire, qualité pour agir en extension d'une procédure collective sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité de la personne morale.

Voir le commentaire p. 522.

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Liquidation judiciaire – Effets – Dessaisissement du débiteur – Action en justice – Appel formé par le débiteur seul – Défaut de qualité – Invocation par les intimés – Recevabilité

Com., 13 novembre 2013, pourvois n° 13-11.921 et n° 12-28.572, Bull. 2013, IV, n° 165

Cet arrêt traduit l'abandon d'une solution non comprise et peu appliquée par les cours d'appel et qui n'avait d'ailleurs fait l'objet d'aucun arrêt publié (Com., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-11.851 ; Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-10.774 ; 3^e Civ., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-12.184 ; en revanche, l'arrêt 2^e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 08-12.357, *Bull.* 2010, II, n° 82, parfois cité dans le même sens en doctrine, ne portait pas sur la même question) ; il avait été jugé par ces décisions que lorsqu'un débiteur en liquidation judiciaire interjetait seul appel d'un jugement concernant son patrimoine, le défaut de qualité à agir seul tiré de son dessaisissement ne pouvait pas être invoqué par l'intimé sur cet appel, le dessaisissement ayant pour but d'assurer la défense de l'intérêt collectif des créanciers représentés par le liquidateur, de sorte que l'irrecevabilité de l'appel ne pouvait être invoquée que par ce dernier. L'arrêt du 13 novembre 2013 revient sur cette position.

Autant il peut être aisé et compréhensible de se référer au fondement de la règle du dessaisissement pour sanctionner, par une simple inopposabilité, dont la mise en jeu est réservée aux organes de la procédure collective, des actes accomplis par le débiteur seul, lorsqu'il s'agit d'actes tels que des paiements ou des ventes, autant cette référence a peu de sens lorsque sont en cause des actes de procédure et, plus particulièrement, la déclaration par laquelle le débiteur interjette appel ou se pourvoit en cassation au mépris de

son dessaisissement. Parce que le recours effectué sans qualité est objectivement irrecevable et que la notion d'inopposabilité de l'acte d'appel est source de difficulté, la fin de non-recevoir correspondante doit pouvoir être invoquée par l'intimé, comme elle peut l'être par le défendeur au pourvoi. De manière constante et fréquente, la Cour de cassation permet, en effet, à celui-ci d'opposer l'irrecevabilité d'un pourvoi formé par le débiteur seul, dans les hypothèses où aucun droit propre ne fait échec au dessaisissement (voir, en ce sens, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, LexisNexis, 3^e éd., 2012, n° 256 et s.). Le caractère extraordinaire du recours en cassation ne saurait expliquer la distinction et l'arrêt commenté rétablit donc une position cohérente de la jurisprudence.

L'arrêt présente aussi l'intérêt de mettre fin à une autre difficulté. La Cour de cassation admet que l'appel formé par le débiteur seul est susceptible d'être régularisé par l'intervention du liquidateur, mais à la condition expresse que celle-ci ait lieu dans le délai d'appel (Com., 14 décembre 1999, pourvoi n° 97-15.361, *Bull.* 1999, IV, n° 228 ; Com. 10 décembre 2003, pourvoi n° 00-19.230, *Bull.* 2003, IV, n° 204, *Rapport annuel* 2003, p. 343). Or réserver au liquidateur le monopole de l'invocation de la fin de non-recevoir revenait à lui permettre de régulariser la situation à tout moment, puisqu'il lui suffisait de ne pas l'opposer.

5. Gage

Sûretés réelles mobilières – Gage de meubles corporels – Gage des stocks – Textes applicables – Articles L. 527-1 et suivants du code de commerce – Exclusion du droit commun du gage de meubles

Com., 19 février 2013, pourvoi n° 11-21.763, Bull. 2013, IV, n° 29

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt ici commenté sont les suivants : une banque anglaise avait consenti à une société française un prêt garanti par un gage sans dépossession sur un stock de marchandises, doublé d'un pacte comissoire. Les échéances du prêt étant impayées, la banque avait mis en œuvre le pacte comissoire quelques jours avant l'ouverture de la procédure collective de sa débitrice et obtenu du juge-commissaire la restitution des stocks gagés. Sur opposition du liquidateur qui invoquait la nullité du pacte comissoire en application des règles spéciales édictées par les articles L. 527-1 à L. 527-11 du code de commerce relatives au gage sur stocks, le tribunal, puis la cour d'appel ont retenu que les parties pouvaient valablement soumettre leur sûreté au droit commun du gage, qui autorise le pacte comissoire.

La solution adoptée par les juges du fond a été majoritairement approuvée par la doctrine qui, depuis la réforme mise en place par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, s'interrogeait sur l'existence d'une possibilité de choix pour les établissements de crédit et sur l'utilité du texte inséré dans le code de commerce qui ne répondait pas aux besoins des acteurs de la vie économique et instituait un régime plus strict que le droit commun là où traditionnellement une plus grande souplesse était de mise.

Deux thèses s'affrontaient en effet :

- selon la première, en application du principe de la liberté contractuelle, les parties devaient avoir le choix entre le régime de droit commun et le régime spécial ;
- selon la seconde au contraire, en application du principe selon lequel *specialia generalibus derogant*, les établissements financiers devaient se soumettre au texte spécial.

La branche principale du moyen unique développé par le pourvoi soutenait que le gage consenti au profit d'un établissement de crédit, et portant sur les stocks de la société, relevait du champ d'application du régime spécial du gage de stocks qui prohibe le pacte commissaire.

La Cour de cassation devait donc dire si le gage consenti au profit d'un établissement de crédit et portant sur les stocks d'une société pouvait être soumis au droit commun qui autorise la stipulation d'un pacte commissaire, ou s'il devait être soumis au régime spécial mis en place par l'article L. 527-1 du code de commerce dans le cadre duquel la clause commissaire est interdite.

Le liquidateur, reprenant les arguments de la doctrine au soutien de sa thèse, faisait valoir que le texte spécial sur le gage sur stocks devait s'appliquer dès lors que :

- c'est à dessein que le législateur a édicté un régime spécial du gage des stocks, distinct du régime de droit commun du gage de meubles, qui répond aux spécificités des stocks pour l'entreprise ;
- les dispositions particulières encadrant le régime spécial du gage de stocks, resteraient sans aucun effet si l'option était possible ;
- l'option entre gage de droit commun et gage de stocks est exclue par l'analyse littérale de l'article 2354 du code civil qui prévoit que « les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle à l'application des règles particulières prévues en matière commerciale ou en faveur des établissements de prêt sur gage autorisés ».

La banque, reprenant les arguments de la doctrine opposée, soutenait au contraire :

- que le principe, en droit des sûretés réelles, est que le créancier a libre choix des sûretés qu'il souhaite prendre et que ce choix peut d'autant plus s'exercer, s'agissant du gage, que la législation a multiplié les régimes spéciaux ;
- qu'un tel choix est encouragé par la rédaction de l'article L. 527-1 du code de commerce qui dispose que : « Tout crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle peut être garanti par un gage sans dépossession des stocks détenus par cette personne [...] », aucun autre texte ne faisant par ailleurs obligation de soumettre le gage sur des stocks aux règles spécifiques issues de l'article L. 527-1 ;
- que les dispositions relatives aux gages sans dépossession de droit commun sont aussi protectrices des intérêts des parties que les articles L. 527-1 et suivants du code de commerce ;
- qu'il est tout aussi vain de faire état d'un « principe de l'effet utile des dispositions législatives » pour en déduire que les parties ne pourraient opter pour le droit commun du gage de biens meubles, motif pris que cela aurait pour effet de rendre sans application les dispositions spéciales ;

– qu'enfin, l'article 2354 du code civil, qui précise que les dispositions du chapitre relatif aux gages de droit commun «ne font pas obstacle à l'application des règles particulières prévues en matière commerciale ou en faveur des établissements de prêts sur gage autorisés», n'interdit pas non plus l'option entre le gage de droit commun du code civil et le gage des stocks du code de commerce.

La chambre, estimant que les arguments de texte n'étaient pas convaincants, a pris acte de ce que la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, autorisait (article 24) le gouvernement «à prendre par voie d'ordonnances les mesures nécessaires pour [...] introduire, dans le code de commerce, des dispositions permettant le nantissement des stocks des entreprises et modifier les dispositions du code civil [pour réformer le droit des sûretés sur divers points] et que le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance relative aux sûretés du 23 mars 2006 justifiait la création de la sûreté spéciale introduite dans le code de commerce par son «objet nouveau et spécifique, les stocks, dont la particularité est de présenter un caractère fongible et circulant», précisant que cette garantie devait être réservée aux établissements de crédit, car eux seuls «dispos[ent] [...] des moyens leur permettant d'évaluer la consistance de l'objet donné en garantie» (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, JO n° 71 du 24 mars 2006, p. 4467, art. 3.2). Elle a considéré que l'intention des rédacteurs de l'ordonnance, en créant le gage des stocks, était de déroger au droit commun du gage, la rédaction de l'article L. 527-1 du code de commerce correspondant à la volonté d'instaurer un régime spécial pour les établissements financiers, protecteur des intérêts du débiteur.

E. Responsabilité civile, assurances et sécurité sociale

1. Indemnisation des victimes d'infraction

Indemnisation des victimes d'infraction – Procédure – Offre d'indemnisation – Acceptation par les représentants légaux du mineur victime – Conditions – Autorisation du juge aux affaires familiales – Domaine d'application – Étendue – Détermination

Avis de la Cour de cassation, 25 mars 2013, n° 12-70.019, Bull. 2013, Avis, n° 6

Hors le cas de tutelle avec conseil de famille, les représentants légaux d'un mineur ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction doivent recueillir l'autorisation du juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs, préalablement à l'acceptation de l'offre d'indemnisation prévue par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, dès lors qu'elle emporte pour le mineur renonciation à un droit.

Voir le commentaire p. 518.

Indemnisation des victimes d'infraction – Bénéficiaires – Exclusion – Cas – Militaires blessés ou tués en service, y compris lorsqu'ils participent à des opérations extérieures

2^e Civ., 28 mars 2013, pourvoi n° 11-18.025, Bull. 2013, II, n° 65

Le pourvoi posait la question inédite de la compétence de la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) pour connaître d'une requête formée par un militaire, blessé dans l'exercice de ses fonctions, mais à l'occasion d'une opération de maintien de la paix (Opération « Licorne » en Côte d'Ivoire en 2004).

L'article 706-3 du code de procédure pénale prévoit un certain nombre de cas d'exclusion de la procédure d'indemnisation des victimes d'infractions, parmi lesquels ne figurent pas les militaires. Si une exclusion supplémentaire, d'origine jurisprudentielle, était envisageable, elle devait cependant être fondée.

Nul ne contestait en effet que le militaire en guerre est couvert par un fait justificatif : il ne commet pas d'infraction pénale et ne peut, de ce fait, être davantage victime d'une infraction pénale dans la mesure où, de plus, son statut particulier exige de lui « esprit de sacrifice » (article L. 4111-1 du code de la défense), « énergie et abnégation, y compris au péril de sa vie » (article D. 4122-4 du même code).

La Cour de cassation a retenu qu'il n'y avait pas de limite légale à ces obligations statutaires, dès lors que le militaire était en service, quelle que soit la mission confiée par sa hiérarchie. En d'autres termes, le fait justificatif couvrant l'ensemble des activités inhérentes à « l'état militaire », aucun critère interne aux missions (en guerre/en paix, en France ou en opération extérieure, mandat de l'ONU ou décision interétatique, etc.) ne devait être recherché pour départager le droit spécial d'indemnisation du droit commun de la réparation intégrale devant la CIVI.

L'arrêt fait par ailleurs implicitement référence à la jurisprudence administrative. En 2003, le Conseil d'État a abandonné, en tout cas limité dans ses effets, la règle du forfait de pension, qui interdisait toute autre forme de réparation que l'allocation d'une pension d'invalidité, quel que soit le préjudice invoqué par le fonctionnaire, qu'il y ait eu ou non faute de l'administration (CE, Ass., 4 juillet 2003, Mme Amélie YX, n° 211106, publié au *Recueil Lebon*). Les principes dégagés par cet arrêt ont été transposés, notamment par deux arrêts rendus en 2005 et en 2009 (CE, 1^{er} juillet 2005, Mme Claudine A, n° 258208, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*; CE, 25 mars 2009, M. David A, n° 316822), aux militaires, permettant à ces derniers de demander réparation, devant la juridiction administrative, des préjudices non couverts par la pension, c'est-à-dire distincts de l'atteinte à l'intégrité physique, tels que les souffrances physiques ou morales, le préjudice esthétique ou d'agrément, ou les troubles dans les conditions d'existence.

En l'état de cette jurisprudence, il n'est plus possible de considérer que la pension militaire d'invalidité est d'ordre public en ce qu'elle interdirait toute forme d'indemnisation complémentaire. Il en résulte clairement, en revanche, que l'ensemble du dispositif d'indemnisation relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative, ce qui détermine, pour le juge judiciaire, la frontière extérieure du droit commun.

Le contentieux de la CIVI relevant indiscutablement du juge judiciaire, c'est à lui qu'il appartenait de constater que le demandeur au pourvoi excédait les frontières de

la compétence juridictionnelle de la CIVI et relevait d'un régime spécial d'indemnisation d'ordre public, ce que fait pour la première fois l'arrêt ici commenté.

2. Santé publique

Santé publique – Lutte contre le tabagisme – Interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif – Lieux affectés à un usage collectif – Lieux fermés et couverts – Définition – Portée

2^e Civ., 13 juin 2013, pourvoi n° 12-22.170, Bull. 2013, II, n° 124

L'association Les Droits des non-fumeurs (ci-après l'association), qui a pour mission reconnue d'utilité publique de lutter contre le tabagisme et d'agir pour le respect de la réglementation qui protège les non-fumeurs, a poursuivi plusieurs exploitants de cafés parisiens en dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil pour non-respect des dispositions des articles L. 3511-7 et R. 3511-1 et suivants du code de la santé publique, relatives à l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, en l'occurrence les terrasses des cafés, ce dernier texte précisant que « l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif mentionnée à l'article L. 3511-7 s'applique : 1° dans tous les lieux fermés et couverts qui accueillent du public ou qui constituent des lieux de travail ».

Ni la loi, ni le règlement ne définissent ce qu'il faut entendre par « lieu fermé » au sens de l'article R. 3511-1 du code.

Les exploitants soutenaient que leurs terrasses constituaient des espaces extérieurs et non des lieux fermés au sens des dispositions réglementaires en vigueur, lesquels n'étaient donc pas concernés par l'interdiction de fumer.

L'association prétendait au contraire qu'une terrasse de café ou de restaurant est un lieu fermé dès lors que l'un de ses côtés principaux n'est pas entièrement ouvert, invoquant en particulier l'interprétation donnée par l'administration dans une circulaire DGS/MC2 n° 2008/292 du 17 septembre 2008 relative aux modalités d'application de la seconde phase de l'interdiction de fumer dans les lieux à usage collectif (NOR : SJSP0830980C) du ministère de la santé, qui dispose que « l'interdiction de fumer ne concerne pas les terrasses *stricto sensu* », et que « pour l'application de ce texte, doivent, en particulier, être considérés comme des espaces extérieurs : les terrasses totalement découvertes quand bien même, elles seraient closes sur leurs côtés ; les terrasses couvertes mais dont le côté principal serait intégralement ouvert (en général, la façade frontale) ».

L'arrêt confirmatif attaqué a retenu qu'aucun texte à valeur contraignante ne définissait ce qu'il fallait entendre par lieu fermé et qu'en tout état de cause, l'existence d'un espace ouvert entre les châssis et le store banne ne permettait manifestement pas de dire que la façade était fermée, même si elle n'était pas complètement ouverte.

La deuxième chambre civile a donc censuré cette interprétation qui conduisait à écarter l'existence d'une faute de la part de la société exploitante : de l'article L. 3511-7 du code de la santé publique, interprété à la lumière de l'article 8 de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac du 21 mai 2003, ratifiée par la France le 19 octobre 2004, et de l'article R. 3511-1, 1°, du code de la santé publique, elle déduit que la terrasse d'un établissement accueillant du public ne

constitue pas un lieu fermé et couvert où s'impose l'interdiction totale de fumer dès lors que close des trois côtés, elle n'a ni toit ni auvent, ou bien si, disposant d'un toit ou auvent, elle est intégralement ouverte en façade frontale.

Cette décision prend ainsi en compte la nécessité d'assurer une protection effective des personnes fréquentant, ou exerçant un emploi dans les lieux affectés à un usage collectif contre les risques sanitaires liés au tabagisme passif.

3. Sécurité sociale

Sécurité sociale, accident du travail – Faute inexcusable de l'employeur – Indemnisations complémentaires – Indemnisation du préjudice d'agrément – Domaine d'application – Étendue – Impossibilité de pratiquer une activité sportive ou de loisir

2^e Civ., 28 février 2013, pourvoi n° 11-21.015, Bull. 2013, II, n° 48

Cet arrêt du 28 février 2013 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, réunie en formation plénière, marque une évolution notable de la jurisprudence en matière de réparation des conséquences d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle résultant de la faute inexcusable de l'employeur de la victime.

Il met fin à une période d'incertitude où les sections de droit commun et de sécurité sociale de cette chambre avaient retenu des solutions divergentes pour la définition du préjudice d'agrément, ainsi que pour l'imputation de la rente majorée versée par la caisse primaire d'assurance maladie sur le déficit fonctionnel permanent.

S'agissant du premier point, depuis la généralisation de la référence à la « nomenclature Dintilhac », deux définitions du préjudice d'agrément coexistaient, à savoir, pour les affaires de droit commun, le préjudice lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisir et, pour les affaires en matière de sécurité sociale où il était fait application de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, le préjudice résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence.

Cette divergence découlait de la différence entre, en droit commun, l'application du principe de la réparation intégrale du préjudice et, en cas de faute inexcusable, une réparation limitée, d'une part, à l'attribution d'une rente majorée, d'autre part, à des indemnités allouées au titre des préjudices énumérés par l'article L. 452-3 précité.

En droit commun, la réparation intégrale du déficit fonctionnel permanent – réparant toutes les conséquences du dommage sur la vie quotidienne – avait logiquement conduit à définir le préjudice d'agrément comme n'étant que celui réparant l'impossibilité pour la victime de continuer la pratique de sports ou de loisirs pratiqués antérieurement, à charge pour celle-ci d'apporter la preuve de cette pratique effective.

Le montant relativement faible de la rente d'accident du travail, même majorée en application de l'article L. 452-2 du code de la sécurité sociale, conduisait au contraire à essayer de compenser, en particulier par le biais d'un « large » préjudice d'agrément, cette insuffisance de réparation de la gêne dans les actes de la vie quotidienne.

À la suite de la décision du 18 juin 2010 du Conseil constitutionnel (Cons. const., 18 juin 2010, décision n° 2010-8 QPC, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur]),

préconisant une interprétation non limitative des préjudices réparés par l'article L. 452-3 précité, des juridictions et des auteurs se sont interrogés sur le maintien de cette acception « large » du préjudice d'agrément en droit de la sécurité sociale, soulignant l'incohérence, dans la pratique judiciaire, de deux définitions différentes du même préjudice.

L'arrêt du 28 février 2013 met fin à cette incohérence en étendant au droit de la sécurité sociale la définition donnée par la « nomenclature Dintilhac ».

Ce même arrêt tranche également une autre question à laquelle la deuxième chambre civile avait apporté au cours des années précédentes des réponses fluctuantes.

Dans l'affaire dont s'agit, l'employeur faisait valoir, notamment, que la victime, étant retraitée, n'exerçait plus aucune activité professionnelle, de sorte que la rente majorée réparait uniquement son déficit fonctionnel permanent. Le pourvoi de l'employeur faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel d'allouer à la victime une certaine somme au titre de la réparation de ses souffrances physiques et morales, alors que cette indemnité, attribuée au moins pour partie en réparation de souffrances perdurant après la consolidation, relevait du déficit fonctionnel permanent. En substance, le grief était le risque d'une double indemnisation du même chef de préjudice.

Ce moyen s'appuyait sur des décisions récentes (voir, par exemple, 2^e Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 07-20.419, *Bull.* 2009, II, n° 258, ayant retenu « qu'il résulte [de l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale] que la rente versée à la victime d'un accident du travail indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité et, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent; qu'en l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette rente indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent », ou encore 2^e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-14.898).

Toutefois, la doctrine de la chambre n'était pas clairement arrêtée, ainsi qu'en témoigne une autre décision récente (2^e Civ., 16 décembre 2011, pourvoi n° 10-15.947) selon laquelle « la rente servie par la caisse à la suite d'une maladie professionnelle n'indemnise ni les souffrances physiques ressenties par la victime ni son préjudice d'agrément, [de sorte] que l'existence d'une double indemnisation ne peut [...] être valablement invoquée et que le FIVA, subrogé dans les droits de la victime, est bien fondé à solliciter l'indemnisation de ces préjudices ».

L'arrêt du 28 février 2013 marque l'abandon de cette dernière jurisprudence et va, ici aussi, dans le sens d'un rapprochement des principes de réparation du préjudice corporel en droit commun et en droit de la sécurité sociale.

Convention européenne des droits de l'homme – Article 8 – Respect de la vie familiale – Compatibilité – Code de la sécurité sociale – Article L. 512-2 – Portée
Ass. plén., 5 avril 2013, pourvoi n° 11-17.520, Bull. 2013, Ass. plén., n° 2
Ass. plén., 12 juillet 2013, pourvoi n° 11-17.520, Bull. 2013, Ass. plén., n° 4 (arrêt interprétatif)

Les articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction issue respectivement de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 et du décret n° 2006-234 du 27 février 2006 qui revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de

la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne méconnaissent les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant.

**Sécurité sociale, prestations familiales – Prestations – Bénéficiaires –
Enfant mineur étranger résidant en France – Conditions – Production du
certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'inté-
gration – Exception – Cas – Application de l'accord euro-méditerranéen du
22 avril 2002 (CE – Algérie)**

Mêmes arrêts

*Il se déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'en appli-
cation de l'article 68 de l'accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 établissant une
association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la
République algérienne démocratique et populaire, d'autre part, d'effet direct, applicable
aux prestations familiales en vertu des paragraphes 1 et 3, l'absence de toute discri-
mination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application de l'accord implique
qu'un ressortissant algérien résidant légalement dans un État membre soit traité de la
même manière que les nationaux de l'État membre d'accueil, de sorte que la législa-
tion de cet État membre ne saurait soumettre l'octroi d'une prestation sociale à un tel
ressortissant algérien à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rap-
port à celles applicables à ses propres ressortissants.*

*Dans ce cas, l'application des articles L. 512-2, D. 512-1 et D. 512-2 du code de la
sécurité sociale qui, en ce qu'ils soumettent le bénéfice des allocations familiales à la
production du certificat médical délivré par l'Office français de l'intégration et de l'im-
migration à l'issue de la procédure de regroupement familial, instituent une discrimi-
nation directement fondée sur la nationalité, doit être écartée.*

**Sécurité sociale, prestations familiales – Prestations – Bénéficiaires – Enfant
mineur étranger résidant en France – Conditions – Production du certificat
médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration –
Exception – Cas – Application de la décision 3/80 du conseil d'association
CEE-Turquie du 19 septembre 1980**

Ass. plén., 5 avril 2013, pourvoi n° 11-18.947, Bull. 2013, Ass. plén., n° 3

*Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'en appli-
cation de l'article 3 § 1 de la décision 3/80 du conseil d'association CEE-Turquie du
19 septembre 1980, relative à l'application des régimes de sécurité sociale des États
membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de
leur famille, applicable aux prestations familiales aux termes de son article 4, l'absence
de toute discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application de cette
décision implique qu'un ressortissant turc visé par cette dernière soit traité de la même
manière que les nationaux de l'État membre d'accueil, de sorte que la législation de
cet État membre ne saurait soumettre l'octroi d'un droit à un tel ressortissant turc à des
conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses
propres ressortissants.*

*Dès lors, une cour d'appel en a déduit à bon droit que l'application des articles L. 512-2,
D. 512-1 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale qui, en ce qu'ils soumettent le béné-
fice des allocations familiales à la production d'un document attestant d'une entrée régu-
lière des enfants étrangers en France et, en particulier pour les enfants entrés au titre*

du regroupement familial, du certificat médical délivré par l'Office français de l'intégration et de l'immigration, instituent une discrimination directement fondée sur la nationalité, devait être écartée en l'espèce.

Voir le commentaire p. 495.

Sécurité sociale, assurances sociales – Maladie – Frais de transport – Remboursement – Paiement indu – Action en répétition – Établissement de la prescription médicale après l'accomplissement du transport – Preuve – Charge – Portée

Avis de la Cour de cassation, 8 avril 2013, n° 13-70.002, Bull. 2013, Avis, n° 7
S'agissant d'une demande en répétition de l'indu, la charge de la preuve de l'établissement de la prescription médicale d'un transport sanitaire après l'accomplissement de celui-ci, de nature à exclure sa prise en charge s'il ne revêt pas de caractère d'urgence, pèse sur l'organisme social.

Voir le commentaire p. 519.

Sécurité sociale, accident du travail – Cotisations – Taux – Fixation – Taux individuel – Accidents ou maladies professionnelles prises en considération – Maladies professionnelles – Dépenses engagées par la caisse – Inscription au compte spécial – Conditions – Détermination

Ass. plén., 12 juillet 2013, pourvoi n° 11-18.735, Bull. 2013, Ass. plén., n° 5
Le cancer broncho-pulmonaire primitif ayant été inscrit au tableau n° 30 instauré par le décret n° 85-630 du 19 juin 1985, dont l'annulation partielle n'a pas eu pour effet de l'en retirer, l'inscription de ses conséquences financières au compte spécial ne peut être décidée dès lors que fait défaut la condition nécessaire de l'antériorité de l'exposition, quel que soit le tableau qui, en vigueur au temps de la déclaration de ladite maladie, en l'espèce le tableau n° 30 bis, régit les conditions de sa reconnaissance.

Voir le commentaire p. 501.

Sécurité sociale, allocations diverses – Allocation spécifique de cessation anticipée d'activité – Attribution – Salaire de référence – Fixation – Conditions – Affiliation au régime général – Exclusion – Portée

Ass. plén., 20 décembre 2013, pourvoi n° 12-24.706, Bull. 2013, Ass. plén., n° 6

En application de l'article 41 II de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999, ensemble l'article 2 du décret n° 99-247 du 29 mars 1999, le montant de l'allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante est déterminé sur la base d'un salaire de référence fixé d'après les rémunérations brutes visées à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale et égal à leur moyenne mensuelle actualisée des douze derniers mois d'activité du bénéficiaire.

En l'absence de l'exigence d'une condition d'affiliation au régime général, qui ne résulte pas du renvoi à ce dernier texte, les salaires perçus pendant une période d'expatriation et ayant donné lieu à cotisations à la caisse des Français de l'étranger ne sont pas exclus de la base de calcul de l'allocation.

Voir le commentaire p. 505.

F. Procédure civile et organisation des professions

1. Procédure d'appel

Appel civil – Procédure avec représentation obligatoire – Moyen – Moyen nouveau – Recevabilité – Condition

Avis de la Cour de cassation, 21 janvier 2013, n° 12-00.018, Bull. 2013, Avis, n° 2

Dans la procédure ordinaire avec représentation obligatoire en appel, les parties peuvent, jusqu'à la clôture de l'instruction, invoquer de nouveaux moyens.

Voir le commentaire p. 513.

Procédure civile – Conclusions – Conclusions d'appel – Conclusions des articles 908 et 909 du code de procédure civile – Nature – Portée

Avis de la Cour de cassation, 21 janvier 2013, n° 12-00.016, Bull. 2013, Avis, n° 3

Les conclusions exigées par les articles 908 et 909 du code de procédure civile sont toutes celles remises au greffe et notifiées dans les délais prévus par ces textes, qui déterminent l'objet du litige ou soulèvent un incident de nature à mettre fin à l'instance.

Voir le commentaire p. 514.

Procédure civile – Procédure de la mise en état – Conseiller de la mise en état – Compétence – Exclusion – Cas – Mise à l'écart des pièces non communiquées simultanément à la notification des conclusions

Avis de la Cour de cassation, 21 janvier 2013, n° 12-00.017, Bull. 2013, Avis, n° 4

Le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour écarter des débats les pièces, invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions.

Voir le commentaire p. 515.

Appel civil – Procédure avec représentation obligatoire – Procédures fondées sur l'article 905 du code de procédure civile – Articles 908 à 911 du code de procédure civile – Application (non)

Avis de la Cour de cassation, 3 juin 2013, n° 13-70.004, Bull. 2013, Avis, n° 8

Les dispositions des articles 908 à 911 du code de procédure civile ne sont pas applicables aux procédures fixées selon les dispositions de l'article 905 du même code.

Voir le commentaire p. 521.

2. Cassation

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Recevabilité – Conditions – Respect de la procédure de consultation des parties et du ministère public

Avis de la Cour de cassation, 14 janvier 2013, n° 12-00.014, Bull. 2013, Avis, n° 1

Aux termes de l'article 1031-1 du code de procédure civile, lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité, et recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Dès lors qu'il résulte du jugement et du dossier transmis à la Cour de cassation que la procédure de consultation des parties et du ministère public n'a pas été respectée, la demande d'avis n'est pas recevable.

Voir le commentaire p. 511.

Cassation – Moyen – Moyen de pur droit – Applications diverses – Droit d'accès au juge – Atteinte à la substance même du droit

1^{re} Civ., 9 avril 2013, pourvoi n° 11-27.071, Bull. 2013, I, n° 66

Le moyen, dès lors qu'il invoque une atteinte à la substance même du droit d'accès au juge et n'appelle la prise en considération d'aucun élément de fait qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt, est de pur droit, partant recevable.

Convention européenne des droits de l'homme – Article 6 § 1 – Tribunal – Accès – Droit d'agir – Restriction – Limites – Dépassement – Applications diverses – Délai de contestation d'une décision courant à compter de son prononcé sans que soit assurée l'information des personnes admises à la contester *Même arrêt*

Si le droit à un tribunal, dont le droit d'accès concret et effectif constitue un aspect, n'est pas absolu, les conditions de recevabilité d'un recours ne peuvent toutefois en restreindre l'exercice au point qu'il se trouve atteint dans sa substance même. Une telle atteinte est caractérisée lorsque le délai de contestation d'une décision, tel que celui prévu par l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles, court du jour où la décision est prise non contradictoirement et que n'est pas assurée l'information des personnes admises à la contester.

Voir le commentaire p. 620.

3. Séparation des pouvoirs

Séparation des pouvoirs – Acte administratif – Appréciation de la légalité, de la régularité ou de la validité – Question préjudicielle – Nécessité – Exclusion – Cas – Contestations nées de l'exécution d'un contrat d'affermage des droits de places perçus dans les halles et marchés communaux – Exigence de loyauté des relations contractuelles – Portée

1^{re} Civ., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-18.180, *Bull.* 2013, I, n° 89

Selon une jurisprudence bien établie, si les tribunaux judiciaires sont compétents, en vertu de l'article 136 du décret du 17 mai 1809 portant règlement relatif aux octrois municipaux, applicable aux droits de place perçus dans les halles et marchés, pour statuer sur toutes les contestations nées à l'occasion de l'exécution des contrats conclus entre les communes et les fermiers, il leur appartient de renvoyer les parties à faire trancher par la juridiction administrative la question préjudicielle portant sur le sens et la légalité des clauses de ces contrats, lorsqu'une telle appréciation suscite une difficulté sérieuse et est nécessaire à la solution du litige (voir, en ce sens, Tribunal des conflits, 10 avril 1995, Consorts X... c. ville de Colombes, n° 09-52.958, *Bull.* 1995, T. conflits, n° 6; Tribunal des conflits, 16 juin 1997, Société «Les fils de Mme X» c. commune de Longjumeau, n° 03075; Tribunal des conflits, 23 avril 2007, Commune de Cabourg contre Consorts X..., n° 07-03.567, *Bull.* 2007, T. conflits, n° 15; 1^{re} Civ., 14 janvier 1997, pourvoi n° 94-19.756; Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 99-11.357; 1^{re} Civ., 14 novembre 2006, pourvoi n° 04-20.009, *Bull.* 2006, I, n° 490).

Des décisions rendues par le Conseil d'État, d'une part, et le Tribunal des conflits, d'autre part, sont cependant venues remettre en cause cette ligne de partage entre compétence administrative et compétence judiciaire.

D'abord, à la suite de son important arrêt *Commune de Béziers* (CE, Ass., 28 décembre 2009, n° 304802, publié au *Recueil Lebon*), aux termes duquel «lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat; [...] toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel», le Conseil d'État a jugé «qu'il revient [...] à la seule autorité judiciaire, lorsqu'elle est saisie par une commune et son fermier d'un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, d'apprécier si elle doit écarter le contrat et renoncer à régler le litige sur le terrain contractuel, eu égard à l'illégalité constatée, le cas échéant, par la juridiction administrative» (CE, 9 mai 2011, n° 341118). Le juge judiciaire peut donc décider, malgré l'irrégularité de l'acte constatée, sur renvoi préjudiciel, par la juridiction administrative, de faire application du contrat s'il estime que cette irrégularité n'est pas, eu égard à l'exigence de loyauté à laquelle sont soumises les parties contractantes, d'une gravité suffisante pour écarter ce dernier.

Le Tribunal des conflits, quant à lui, tout en réaffirmant la compétence de principe du juge administratif pour statuer sur toute contestation de la légalité des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique (Tribunal des conflits, 16 juin 1923, Septfonds, n° 00732, publié au *Recueil Lebon*), y a apporté une atténuation puisque, se référant à l'exigence de bonne administration de la justice et aux principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable, il a décidé que «si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet

acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal» (Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, SCEA du Chêneau c. INAPORC, n° 11-03.828, *Bull.* 2011, T. conflits, n° 24; Tribunal des conflits, 12 décembre 2011, Société Green Yellow c. Électricité de France, n° 11-03.841, *Bull.* 2011, T. conflits, n° 38). Ainsi, le juge judiciaire non répressif peut lui-même trancher la contestation et écarter la validité de l'acte administratif litigieux, en considération d'une jurisprudence établie permettant de statuer en ce sens.

L'arrêt commenté se situe dans le fil de cette évolution jurisprudentielle. Il reconnaît en effet au juge judiciaire, lorsqu'il est saisi d'une demande de question préjudicielle sur le sens et la légalité des clauses d'un contrat d'affermage des droits de place perçus dans les halles et marchés communaux, la faculté de constater que l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas, conformément à une jurisprudence établie et eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat, de sorte que l'appréciation de la légalité de cet acte par le juge administratif n'est pas nécessaire à la solution du litige.

Le mécanisme de la question préjudicielle s'en trouve ainsi, dans la matière qui nous intéresse ici, mais aussi de manière plus générale, profondément remanié.

Séparation des pouvoirs – Compétence judiciaire – Domaine d'application – Application du droit de l'Union européenne – Conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne – Appréciation – Question préjudicielle au juge administratif – Exclusion – Conditions – Détermination – Portée
Soc., 30 septembre 2013, pourvois n° 12-14.752 et n° 12-14.964, *Bull.* 2013, V, n° 222

Voir le commentaire p. 614.

G. Droit pénal et procédure pénale

1. Droit pénal

a. Droit pénal général

Chose jugée – Décision définitive – Décision de condamnation prononçant une peine illégale de sursis simple – Effet – Caractère exécutoire de la partie ferme de la peine

Crim., 4 avril 2013, pourvoi n° 10-88.834, *Bull. crim.* 2013, n° 78

Peines – Sursis – Sursis simple – Révocation – Condition

Même arrêt

Cet arrêt statue sur les difficultés qu'occasionne l'exécution d'une peine illégalement prononcée par une décision devenue définitive, question qui met en jeu les deux

impératifs, également légitimes mais difficilement compatibles, de rectitude et de stabilité des décisions de justice.

Les circonstances de l'espèce étaient simples. Statuant sur appel du ministère public, la cour d'appel d'Orléans avait, par un arrêt en date du 1^{er} février 2010, devenu définitif, déclaré un prévenu coupable d'infractions à la législation sur les stupéfiants, délits passibles de dix ans d'emprisonnement, et l'avait condamné à six ans d'emprisonnement dont deux ans avec sursis.

Il s'agissait là d'une décision erronée, le sursis simple n'étant applicable qu'aux seules condamnations à l'emprisonnement prononcées pour une durée de cinq ans au plus (article 132-31 du code pénal).

Si un pourvoi en cassation avait été formé, en temps utile, par le procureur général près la cour d'appel, la censure eût été inévitable (Crim., 10 janvier 1996, pourvoi n° 95-82.084, *Bull. crim.* 1996, n° 11).

En l'absence d'un tel recours, le pourvoi formé par le procureur général près la Cour de cassation, sur l'ordre du ministre de la justice, ne pouvait être envisagé comme un moyen utile de restauration effective de la légalité.

En effet, ce n'est que dans le cas où l'erreur de droit affectant la décision attaquée préjudicie au condamné que le pourvoi formé sur le fondement de l'article 620 du code de procédure pénale peut conduire à une cassation dans le double intérêt de la loi et du condamné, avec renvoi (Crim., 26 octobre 2005, pourvoi n° 05-83.384; Crim., 4 janvier 2006, pourvoi n° 05-85.841), ou sans renvoi (Crim., 3 septembre 2003, pourvoi n° 03-81.545; Crim., 17 septembre 2008, pourvoi n° 08-82.445; Crim., 7 janvier 2009, pourvoi n° 08-84.624, ce dernier arrêt ne visant explicitement que l'intérêt de la loi mais ramenant la durée de la peine à purger par le condamné au maximum encouru à la date des crimes ayant emporté condamnation).

En revanche, la décision accordant à un condamné le bénéfice d'un sursis incompatible avec le *quantum* de sa peine lui est favorable, de sorte que le pourvoi formé d'ordre du garde des sceaux ne peut aboutir qu'à une cassation dans le seul intérêt de la loi, sans préjudice pour l'intéressé, qui conserve le bénéfice du sursis illégalement accordé (Crim., 31 mars 1999, pourvoi n° 98-84.460, *Bull. crim.* 1999, n° 68, arrêt rendu à propos d'un sursis avec mise à l'épreuve, mais dont les principes sont transposables à la matière du sursis simple).

Ne pouvant plus se pourvoir en cassation, le procureur général près la cour d'appel avait saisi la chambre des appels correctionnels d'un incident d'exécution, sur le fondement des articles 710 et 711 du code de procédure pénale, afin que soient précisées les conditions dans lesquelles devait être poursuivie l'exécution de la condamnation prononcée.

L'arrêt rendu par la cour d'appel d'Orléans le 5 octobre 2010 a apporté une double réponse à cette interrogation :

D'une part, les juges ont estimé que le condamné devait exécuter la partie ferme de la peine litigieuse, soit quatre ans d'emprisonnement, au motif que celle-ci lui avait été infligée, dans les limites du maximum légal, par une décision devenue définitive.

D'autre part, la cour a jugé que le sursis simple assortissant le surplus de la peine, prononcé sans base légale, par une décision passée en force de chose jugée, était définitivement acquis au condamné et n'emporterait aucune conséquence pénalisante pour lui, les motifs de la décision précisant, de manière plus claire, qu'il ne pourrait être révoqué.

Le pourvoi formé par le condamné ne critiquait, bien évidemment, que la première partie de la décision, mais sa deuxième composante a donné matière à un moyen, relevé d'office, sur le fondement duquel a été prononcée la cassation partielle, sans renvoi, de l'arrêt attaqué.

Le moyen de cassation proposé par le demandeur reprochait à la cour d'appel d'avoir modifié la chose jugée en substituant une peine de quatre ans d'emprisonnement à celle initialement prononcée, et d'avoir refusé de tirer les conséquences de ses propres constatations, qui impliquaient la mise en liberté du condamné, nul ne pouvant se voir infliger une peine qui n'est pas prévue par la loi.

Or, le sursis simple n'est qu'une modalité d'exécution de la peine. Par suite, la décision d'assortir partiellement du sursis une peine d'emprisonnement n'aboutit pas au prononcé de deux peines, l'une immédiatement exécutoire, l'autre affectée d'une condition suspensive consistant en la commission, dans le délai légal, d'une nouvelle infraction sanctionnée par une condamnation révoquante. Il n'y a toujours qu'une seule et unique peine.

La chambre criminelle en a logiquement déduit dans l'arrêt ici commenté qu'en se prononçant sur le caractère exécutoire de la partie ferme de la peine d'emprisonnement prononcée le 1^{er} février 2010, les juges du fond n'avaient nullement substitué une peine de quatre ans d'emprisonnement à celle initialement prononcée.

D'autre part, la Cour a, pour écarter le moyen, rappelé, conformément à une jurisprudence classique, que « le principe de l'autorité qui s'attache à la chose jugée, même de manière erronée, s'oppose à ce qu'une décision de justice devenue définitive soit remise en cause ».

Ce principe se trouve énoncé dans de nombreux arrêts, plus ou moins récents, tirant les conséquences d'erreurs de droit très variées (Crim., 10 février 1986, pourvoi n° 84-95.958, *Bull. crim.* 1986, n° 49 ; Crim., 18 décembre 1989, pourvoi n° 88-83.519, *Bull. crim.* 1989, n° 483 ; Crim., 24 mars 1999, pourvoi n° 97-85.833, *Bull. crim.* 1999, n° 54 ; Crim., 2 juin 1999, pourvoi n° 97-81.863, *Bull. crim.* 1999, n° 119 ; Crim., 28 septembre 2010, pourvoi n° 10-80.530, *Bull. crim.* 2010, n° 143 ; Crim., 12 décembre 2012, pourvoi n° 12-82.905, *Bull. crim.* 2012, n° 276).

Saisie pour avis, la Cour de cassation a estimé qu'il était suffisamment bien établi pour qu'elle puisse affirmer qu'une question relative à l'exécution d'une décision définitive ordonnant, à tort, une confusion de peines qui n'était pas possible, ne présentait pas de difficulté sérieuse (Avis de la Cour de cassation, 7 février 2011, n° 10-00.009, *Bull. crim.* 2011, Avis, n° 1).

Appliqué au cas d'espèce, ce principe d'autorité de la chose mal jugée signifie, concrètement, que si l'erreur de droit qui a été commise ne préjudicie pas au condamné, lequel conserve le bénéfice du sursis irrégulièrement accordé, elle ne saurait pour autant lui profiter une deuxième fois, en le dispensant d'exécuter la partie ferme de la peine d'emprisonnement prononcée contre lui, dans les limites du maximum légal encouru.

Le moyen relevé d'office était, lui, dirigé contre l'affirmation suivant laquelle le sursis illégalement prononcé ne pourrait faire l'objet d'aucune révocation. Il a permis à la chambre criminelle d'une part de clarifier sa jurisprudence antérieure, d'autre part, de fixer les limites du recours à la procédure d'incident d'exécution définie par les articles 710 et 711 du code de procédure pénale.

Le seul fait qu'un sursis ait été accordé, en violation des dispositions légales applicables, par une décision devenue définitive, fait-il obstacle à ce qu'il puisse être ultérieurement révoqué ?

La Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion de répondre à cette question, à propos d'un sursis simple, mais elle avait déjà rendu, en matière de sursis avec mise à l'épreuve, deux arrêts dont les principes méritaient d'être mis en cohérence.

Dans une première espèce, une peine de six ans d'emprisonnement dont trois ans avec sursis et mise à l'épreuve avait été prononcée, en 1995, alors que, sauf le cas de récidive, le sursis avec mise à l'épreuve, comme le sursis simple, n'est applicable qu'aux condamnations à l'emprisonnement prononcées pour une durée de cinq ans au plus (article 132-41 du code pénal), ce que la Cour de cassation doit parfois rappeler (Crim., 10 juillet 1996, pourvoi n° 95-83.450, *Bull. crim.* 1996, n° 292 ; Crim., 3 février 2004, pourvoi n° 03-85.311, *Bull. crim.* 2004, n° 29). Ce sursis avait été révoqué, en 1997, en raison de l'inobservation par le condamné des obligations lui étant imposées.

Saisie d'un pourvoi formé contre l'arrêt de révocation, la Cour de cassation l'a rejeté, au motif que « la juridiction appelée à se prononcer sur la révocation totale ou partielle d'un sursis avec mise à l'épreuve, ne [devait] se déterminer qu'en fonction du comportement du condamné au regard des obligations qui lui [étaient] imposées sans pouvoir remettre en question la régularité de la décision ayant ordonné la mesure » (Crim., 31 mars 1999, pourvoi n° 98-84.460, *Bull. crim.* 1999, n° 68).

Cet arrêt admettait donc, sans aucune équivoque, la révocabilité du sursis irrégulièrement prononcé, par une décision dont l'illégalité avait d'ailleurs été consacrée par une cassation dans le seul intérêt de la loi, et interdisait même toute prise en considération de cette circonstance de droit par le juge de la révocation.

Dans une seconde espèce, plus récente, une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve avait été infligée, en 2000, à l'auteur d'un délit prévu par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, alors que le sursis avec mise à l'épreuve n'est applicable qu'aux condamnations prononcées pour crime ou délit de droit commun (article 132-41 du code pénal). Ce sursis avait été révoqué, en 2003, et la cour d'appel, pour écarter l'argumentation du probationnaire qui contestait la légalité du prononcé du sursis, s'était référée au principe énoncé par l'arrêt de rejet précité.

Or, la Cour de cassation a, cette fois, affirmé, en des termes particulièrement solennels, que les juges, « qui étaient tenus de se prononcer sur la légalité de la peine », avaient méconnu le principe d'ordre public, constitutif d'une exception péremptoire devant être relevée à tous les stades de la procédure, suivant lequel nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi » (Crim., 27 avril 2004, pourvoi n° 03-85.288, *Bull. crim.* 2004, n° 98).

Fallait-il voir dans cette décision, rendue en formation restreinte, alors que la précédente l'avait été en formation ordinaire, un reflet du particularisme protecteur du

droit de la presse? Les termes de l'arrêt, très généraux, permettaient d'en douter. Il était en tout cas nécessaire de lever les incertitudes suscitées par la lecture comparée des deux décisions.

S'inscrivant très clairement dans la lignée de l'arrêt du 31 mars 1999 précité, dont elle reprend en partie la terminologie, la décision ici commentée énonce qu'en excluant toute révocation future du sursis litigieux, motif pris de l'illégalité de son prononcé, alors que «la révocation du sursis assortissant une condamnation devenue définitive n'est pas subordonnée à la régularité de son prononcé, qui ne peut plus être remise en question», la cour d'appel a méconnu l'article 132-36 du code pénal, aux termes duquel toute nouvelle condamnation à une peine d'emprisonnement ou de réclusion révoque le sursis simple antérieurement accordé quelle que soit la peine qu'il accompagne.

Ainsi, le condamné qui, ayant commis une nouvelle infraction, encourt la révocation d'un sursis simple antérieur, pourra toujours solliciter la dispense de révocation de ce sursis, comme le prévoient les articles 132-38 du code pénal et 735 du code de procédure pénale, mais il ne pourra fonder cette demande sur la contestation rétrospective de la légalité dudit sursis.

La chambre criminelle a donc arbitré le conflit entre rectitude et stabilité des décisions de justice en faveur du principe d'autorité de la chose mal jugée, dont elle donne une nouvelle illustration, dans le droit fil des décisions citées plus haut.

Il n'aurait pas été cohérent d'admettre successivement que le condamné devait conserver le bénéfice du sursis prononcé par une décision définitive bien qu'illégal, mais que ce sursis ne pourrait jamais être révoqué, parce qu'illégal bien que définitif.

D'autre part, la vertu dissuasive d'un sursis ainsi neutralisé aurait été nulle, alors que le principe de la révocation automatique, sauf dispense, en cas de persistance dans la délinquance, sert de contrepoids à la non-exécution immédiate de la peine assortie du sursis et confère son équilibre à l'institution du sursis simple.

Enfin, il était nécessaire de ne pas affaiblir la portée des dispositions régissant les formes et délais d'exercice des voies de recours, en admettant que des décisions illégales, qui n'ont pas été contestées en temps utile, puissent voir leur légalité attaquée, par voie d'exception, à l'occasion d'une procédure ultérieure.

En excluant une telle possibilité, l'arrêt commenté impose assurément à tous les intéressés et, en particulier, au ministère public, une vigilance accrue quant au suivi des décisions prononcées et à l'exercice diligent des voies de recours que justifierait un éventuel défaut de conformité au droit.

L'arrêt commenté apporte en outre une dérogation au caractère général de la procédure d'incident d'exécution prévue par les articles 710 et suivants du code de procédure pénale, rappelé, encore récemment, par la Cour de cassation (Avis de la Cour de cassation, 7 février 2011, n° 10-00.009, *Bull. crim.* 2011, Avis, n° 1 : «Tous les incidents contentieux relatifs à l'exécution des sentences pénales pour lesquels aucune autre procédure n'est prévue par la loi [...] relèvent des articles 710 à 712 du code de procédure pénale»), en énonçant que «la juridiction prononçant une nouvelle condamnation est seule habilitée à dispenser le condamné de la révocation de plein droit du sursis antérieurement accordé», de sorte qu'en affirmant, par avance, l'impossibilité de révoquer un tel sursis, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs.

Cette solution se justifie par le fait qu'aussi longtemps que n'a pas été commise une nouvelle infraction sanctionnée par une condamnation révoquante, la question de la révocation du sursis antérieur conserve un caractère éventuel, et que, si une telle infraction nouvelle n'est pas commise dans le délai de cinq ans prévu par l'article 132-35 du code pénal, elle ne pourra définitivement plus se poser, la condamnation irrégulièrement assortie du sursis étant réputée non avenue.

La seule juridiction pouvant utilement se prononcer sur une éventuelle dispense de révocation de sursis est donc celle appelée à prononcer la deuxième condamnation, la procédure d'incident d'exécution n'ayant pas vocation à régler des difficultés encore hypothétiques.

La chambre criminelle de la Cour de cassation étant en mesure d'appliquer directement la règle de droit, elle a mis fin au litige, conformément à l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, en énonçant que le sursis litigieux produirait, jusqu'à son terme légal, les effets prévus par les articles 132-35 à 132-39 du code pénal.

b. Droit pénal spécial

Abus de confiance

Abus de confiance – Détournement – Chose détournée – Bien quelconque – Bien incorporel – Utilisation par un salarié de son temps de travail à des fins personnelles

Crim., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-83.031, Bull. crim. 2013, n° 145

L'article 314-1 du code pénal définit le délit d'abus de confiance comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». L'infraction n'est donc constituée que si le prévenu a détourné un bien qui lui avait été remis avec l'obligation d'en faire un certain usage. La Cour de cassation interprétait déjà la notion de « bien » d'une manière relativement large, en y incluant les biens incorporels tels un numéro de carte bleue (Crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-84.522, *Bull. crim.* 2000, n° 338), une connexion internet (Crim., 21 septembre 2011, pourvoi n° 11-80.305), un projet de borne informatique (Crim., 22 septembre 2004, pourvoi n° 04-80.285, *Bull. crim.* 2004, n° 218) ou des informations relatives à la clientèle d'une entreprise (Crim., 16 novembre 2011, pourvoi n° 10-87.866, *Bull. crim.* 2011, n° 233). La notion de « remise » est également traditionnellement considérée avec souplesse. Ainsi le directeur d'une association qui fait travailler les salariés de cette dernière à des fins qui lui sont personnelles (Crim., 20 octobre 2004, pourvoi n° 03-86.201, *Bull. crim.* 2004, n° 248) ou le vice-président du conseil général, assurant à ce titre la présidence d'un office public d'HLM (OPHLM), qui affecte une partie du personnel de ce dernier à des tâches liées à ses activités politiques de sénateur et de maire (Crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° 07-80.533) commettent-ils un abus de confiance, ce qui suppose que l'on considère que les fonds destinés à la rémunération des salariés ont été « remis » au directeur de l'association et au président de l'OPHLM afin qu'ils les versent aux salariés en contrepartie de l'accomplissement de la tâche pour laquelle ils ont été embauchés.

L'arrêt ici commenté permet à la chambre criminelle de franchir un pas de plus. Le prothésiste en chef d'un centre de rééducation et réadaptation fonctionnelle s'était entendu avec l'un de ses confrères exerçant à l'extérieur du centre pour lui adresser les patients qui, à leur sortie, avaient besoin d'une prothèse définitive. Les prothèses définitives étaient fabriquées à partir de moulages que le prothésiste du centre de rééducation réalisait pendant ses heures de travail et avec le matériel de son employeur. En contrepartie, le prothésiste qui fabriquait les prothèses définitives versait une partie de ses honoraires au premier. Les deux ont été notamment poursuivis, le prothésiste du centre de rééducation pour abus de confiance, l'autre prothésiste pour recel d'abus de confiance. Le détournement constitutif de l'abus de confiance ne posait pas de problème particulier en ce qu'il concernait du matériel. En revanche, c'est de manière novatrice que la chambre criminelle considère que constituait également un abus de confiance le fait, pour le prothésiste du centre, d'avoir utilisé son temps de travail pour fabriquer les moulages des prothèses définitives, tâche étrangère à l'activité rémunérée par l'employeur et effectuée dans un intérêt personnel. Contrairement au président de l'OPHLM ou au directeur d'association évoqués plus haut, qui ont reçu des fonds à charge de les reverser aux salariés en contrepartie d'un travail déterminé, le prothésiste du centre a, comme tout salarié, le libre usage de sa rémunération. Ce n'est donc pas le détournement de cette rémunération qui peut constituer l'abus de confiance. D'ailleurs, selon les termes de l'article 314-1 du code pénal précité et la jurisprudence qui en est issue, la remise doit être préalable au détournement, ce qui n'est pas le cas pour le salaire puisque son versement est postérieur à l'accomplissement du travail. C'est bien plutôt en considération du contrat dans sa globalité que le détournement a été retenu. Le fait que l'utilisation ainsi détournée du temps de travail puisse constituer un abus de confiance n'est pas sans conséquences pratiques, l'employeur pouvant obtenir, au titre des dommages-intérêts, le remboursement d'une partie de la rémunération versée.

Homicide

Homicide volontaire – Action publique – Prescription – Délai – Point de départ
Crim., 16 octobre 2013, pourvois n° 13-85.232 et n° 11-89.002, *Bull. crim.* 2013, n° 192

Voir le commentaire p. 613.

Presse

Presse – Apologie de crimes – Apologie de crime contre l'humanité – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Traite et esclavage
Crim., 5 février 2013, pourvoi n° 11-85.909, *Bull. crim.* 2013, n° 38

Par cet arrêt du 5 février 2013, la chambre criminelle, saisie d'un pourvoi formé par une personne condamnée pour apologie de crime contre l'humanité, juge que si la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tend à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, une telle disposition législative, ayant pour seul objet de reconnaître une infraction de cette nature et non revêtue de la portée normative

attachée à la loi, ne saurait caractériser l'un des éléments constitutifs du délit d'apologie prévu par l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Dans cette procédure, le prévenu avait été renvoyé devant le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article 1^{er} de la loi du 21 mai 2001 et de l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881 pour apologie de crime contre l'humanité, à la suite d'un reportage, diffusé sur la chaîne de télévision Canal Plus Antilles, au cours duquel il avait tenu ces propos : « Les historiens exagèrent un petit peu les problèmes. Ils parlent des mauvais côtés de l'esclavage, mais il y a les bons côtés aussi. C'est là où je ne suis pas d'accord avec eux. Il y a des colons qui étaient très humains avec leurs esclaves, qui les ont affranchis, qui leur donnaient la possibilité d'avoir un métier. »

Condamné de ce chef par le tribunal correctionnel, puis par la cour d'appel, le prévenu avait formé un pourvoi et produit à son appui un mémoire ampliatif soulevant des moyens touchant au respect des règles de procédure instituées par le code de procédure pénale ainsi qu'à l'application des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 et de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à la liberté d'expression.

Ces moyens n'ont pas été examinés par la chambre criminelle, laquelle, sur un moyen relevé d'office et pris de la violation de la loi du 21 mai 2001 précitée, retient que cette loi ne comporte aucun élément d'incrimination pénale, et, en conséquence, casse sans renvoi la décision attaquée.

Il est nécessaire de rappeler, pour expliciter cette décision, que la loi du 21 mai 2001, considérée comme une loi mémorielle, dispose en son article 1^{er} : « La République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan Indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV^e siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l'humanité. »

La proposition de loi initiale envisageait d'insérer dans la loi du 29 juillet 1881 un article 24 *ter* ainsi rédigé : « Seront punis des peines prévues à l'article 24*bis* ceux qui auront contesté par un moyen énoncé à l'article 23 l'existence du crime contre l'humanité défini à l'article 1^{er} de la présente proposition de loi. » Cet ajout avait cependant été abandonné, la commission des lois de l'Assemblée nationale estimant que la création d'un délit de contestation du crime contre l'humanité constitué par la traite négrière et l'esclavage, tels que définis dans l'article 1^{er} de la proposition de loi, risquait de créer des difficultés d'ordre constitutionnel dans la mesure où aucune juridiction nationale ou internationale n'avait condamné la traite négrière et l'esclavage pratiqués depuis le XV^e siècle, et dans la mesure, également, où une atteinte pouvait être portée à la liberté d'expression.

Il en avait été de même quant à l'ajout d'un article 48-2-1 dans la loi du 29 juillet 1881, devant permettre à certaines associations d'exercer les droits reconnus à la partie civile en cas de poursuite en matière d'apologie des crimes contre l'humanité. Il était apparu préférable, lors des travaux parlementaires, de donner la possibilité, pour les associations défendant la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants, d'exercer l'action civile en cas de poursuites en matière de provocation à la discrimination et à la haine raciales, de diffamation et d'injure.

Les craintes exprimées par les parlementaires étaient fondées, si l'on se réfère à la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 28 février 2012 (décision n° 2012-647 DC) à propos de la loi visant à réprimer la contestation de génocides reconnus par la loi, qui comportait un article 1^{er} insérant un article 24^{ter} dans la loi du 29 juillet 1881 punissant d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française.

Dans cette décision, en effet, le Conseil constitutionnel a posé en principe « qu'une disposition législative ayant pour objet de "reconnaître" un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi », en ajoutant « qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a[vait] porté une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression et de communication ».

Dans cette ligne de pensée, il apparaît, s'agissant de l'esclavage, que si le code pénal réprime en son article 212-1 le crime contre l'humanité que constitue la réduction en esclavage, l'apologie de faits historiques tombant sous cette qualification n'est pas punissable au regard des dispositions de l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881.

Travail

Travail – Conventions et accords collectifs de travail (article L. 2263-1 du code du travail) – Dérogations à des dispositions législatives ou réglementaires – Infractions aux stipulations dérogatoires – Sanctions pénales – Condition – Détermination – Portée

Crim., 5 mars 2013, pourvoi n° 11-83.984, Bull. crim. 2013, n° 59

Aux termes de l'article L. 2263-1 du code du travail, lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause.

Justifie sa décision au regard de ce texte la cour d'appel qui déclare coupables du délit d'entrave à la constitution d'un comité d'entreprise prévu à l'article L. 2328-1 du code du travail le président et le directeur d'une association gérant un centre social d'insertion et de réinsertion, en retenant que si, en raison d'un effectif inférieur à cinquante salariés, la mise en place d'un comité d'entreprise dans ce centre n'était pas obligatoire, les dispositions de l'article L. 2322-3 du même code permettant, en pareil cas, de créer un tel organisme par convention ou accord collectif de travail et la convention collective nationale étendue des centres sociaux, à laquelle l'association était soumise, imposaient à celle-ci, conformément à cette convention collective, de créer un conseil d'établissement, cet organisme étant doté des mêmes attributions et exerçant le même rôle que le comité d'entreprise.

Voir le commentaire p. 551.

2. Procédure pénale

a. Cassation

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Recevabilité – Conditions – Respect de la procédure de consultation des parties

Avis de la Cour de cassation, 14 janvier 2013, n° 12-00.015, Bull. crim. 2013, Avis, n° 1

Aux termes de l'article 706-65 du code de procédure pénale, lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public. Il recueille les observations écrites éventuelles des parties et les conclusions du ministère public dans le délai qu'il fixe, à moins que ces observations ou conclusions n'aient déjà été communiquées.

Dès lors qu'il résulte des énonciations du jugement et du dossier transmis à la Cour de cassation que la procédure de consultation des parties n'a pas été respectée, la demande d'avis n'est pas recevable.

Voir le commentaire p. 525.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Recevabilité – Conditions – Compétence de la juridiction dont émane la demande d'avis

Avis de la Cour de cassation, 8 avril 2013, n° 13-70.001, Bull. crim. 2013, Avis, n° 2

La demande d'avis émanant d'une juridiction incompétente pour statuer sur les incidents d'exécution auxquels peuvent donner lieu les arrêts de la cour d'assises, lesquels relèvent de la compétence exclusive de la chambre de l'instruction dans le ressort de laquelle a été prononcée la condamnation ou de celle dans le ressort de laquelle le condamné est détenu, en application de l'article 710, alinéas 2 et 3, du code de procédure pénale, n'est pas recevable.

Voir le commentaire p. 526.

b. Cour d'assises

Cour d'assises – Question prioritaire de constitutionnalité – Question formulée postérieurement à la déclaration d'appel – Irrecevabilité – Convention européenne des droits de l'homme – Articles 6 et 13 – Compatibilité

Crim., 9 janvier 2013, pourvoi n° 12-81.626, Bull. crim. 2013, n° 10

Cassation – Moyen – Moyen pris de l'inconstitutionnalité d'une disposition légale – Question prioritaire de constitutionnalité – Décision de la chambre criminelle disant n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel – Moyen inopérant

Même arrêt

Cour d'assises – Arrêt – Arrêt de condamnation – Motivation – Exigences légales et conventionnelles – Détermination

Même arrêt

Le présent arrêt rendu le 9 janvier 2013 par la chambre criminelle, dont l'intérêt essentiel réside dans la réponse apportée au troisième moyen de cassation proposé, fait application du nouvel article 365-1 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et les jugements des mineurs, entrée en vigueur, sur ce point, le 1^{er} janvier 2012. Il contribue à préciser la portée du contrôle qui sera désormais exercé, par la Cour de cassation, sur la motivation des arrêts rendus par les cours d'assises statuant en appel sur l'action publique.

Sur les deux premiers moyens, on se bornera à indiquer que :

- la Cour a, d'une part, affirmé la conventionnalité des dispositions de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, définissant les conditions spécifiques dans lesquelles peut être posée une question prioritaire de constitutionnalité en matière criminelle (dont la conformité à la Constitution avait déjà été consacrée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution) ;
- elle a, d'autre part, tiré les conséquences logiques de son refus antérieur de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'application immédiate aux instances en cours des dispositions de la loi du 10 août 2011 précitée modifiant la composition du jury d'assises et la majorité requise pour qu'intervienne une décision défavorable à l'accusé (Crim., 12 décembre 2012, QPC n° 12-81.626 ; dans le même sens, Crim., 28 novembre 2012, QPC n° 12-81.537 et QPC n° 12-81.782 [deux arrêts]).

En ce qui concerne la motivation des arrêts criminels, la Cour de cassation estimait, traditionnellement, que l'ensemble des réponses données aux questions posées à la cour et au jury tenait lieu de motifs aux arrêts de la cour d'assises statuant sur l'action publique, et qu'il était ainsi satisfait aux exigences de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors qu'étaient assurés l'information préalable sur les charges fondant l'accusation, le libre exercice des droits de la défense et la garantie de l'impartialité des juges (Crim., 30 avril 1996, pourvoi n° 95-85.638, *Bull. crim.* 1996, n° 181).

Elle avait même affirmé le caractère exhaustif de ces réponses et l'impossibilité absolue de les compléter par des énonciations tendant à expliciter le raisonnement des juges (Crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 99-83.910, *Bull. crim.* 1999, n° 307 ; Crim., 15 décembre 1999, pourvoi n° 99-84.099, *Bull. crim.* 1999, n° 308), avant de tempérer, plus récemment, la portée de cette interdiction, en déclarant irrecevable le moyen critiquant la formalisation, dans un écrit distinct de l'arrêt, d'éléments de motivation, dès lors que la cour d'assises avait entendu répondre à une demande de la défense, que toutes les parties s'étaient accordées sur la nécessité du prononcé d'une décision motivée, et que la motivation de la décision, qui n'emportait aucune violation du secret de

la délibération, permettait à l'accusé de mieux comprendre les raisons de sa condamnation (Crim., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-85.220, *Bull. crim.* 2012, n° 166).

Le débat relatif à la motivation des arrêts criminels ayant rebondi après le prononcé, par la Cour européenne des droits de l'homme, du premier arrêt *Taxquet c. Belgique* (CEDH, Gde ch., arrêt du 13 janvier 2009, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05), la chambre criminelle avait redéfini sa position dans un arrêt du 14 octobre 2009 (Crim., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-86.480, *Bull. crim.* 2009, n° 170), dont l'attendu de principe n'a pas été reconsidéré après le second arrêt *Taxquet* (CEDH, Gde ch., arrêt du 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05), et a été repris dans de très nombreuses décisions, que l'arrêt frappé de pourvoi ait été rendu par une cour d'assises de droit commun (Crim., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-84.492, *Bull. crim.* 2011, n° 209), ou par une cour d'assises spécialement composée (Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 09-87.135, *Bull. crim.* 2011, n° 127 ; Crim., 15 juin 2011, pourvoi n° 10-80.508, *Bull. crim.* 2011, n° 128 ; *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2011, p. 500 [pour les deux arrêts]), sous réserve, dans ce dernier cas, des aménagements rédactionnels imposés par la composition différente de la juridiction et les règles de majorité applicables à ses délibérations.

Il en résultait que dès lors qu'avaient 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 reprenant les réponses qu'en leur intime conviction, magistrats et jurés composant la cour d'assises, statuant dans la continuité des débats, à vote secret et à la majorité qualifiée des deux tiers, avaient données aux questions sur la culpabilité, satisfaisait aux exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du code de procédure pénale.

La chambre criminelle avait, enfin, condamné la pratique consistant à poser, outre les questions habituelles relatives à la culpabilité de l'accusé, des questions factuelles distinctes, portant sur les éléments de preuve recueillis, tout en jugeant qu'en l'absence d'incident contentieux relatif aux questions posées, la cassation n'était pas encourue (Crim., 28 septembre 2011, pourvoi n° 11-80.929, *Bull. crim.* 2011, n° 188).

Tel était l'état du droit que la loi du 10 août 2011 précitée a profondément remanié, à compter du 1^{er} janvier 2012, étant observé que, saisie d'un moyen tendant à son application aux décisions rendues antérieurement et frappées d'un pourvoi non encore jugé à cette date, la Cour de cassation a refusé d'y faire droit, au motif que les dispositions de la loi nouvelle imposant la motivation des arrêts d'assises ne sauraient, s'agissant d'une loi de procédure, entraîner rétroactivement l'annulation d'une décision sur le fond régulièrement rendue avant son entrée en vigueur (Crim., 6 février 2013, pourvoi n° 11-87.657, *Bull. crim.* 2013, n° 39).

Le nouvel article 365-1 du code de procédure pénale, déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011 précitée (considéphants 29 à 31), est ainsi rédigé :

« Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt.

En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises.

Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions.

La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364 [c'est-à-dire par le président et le premier juré].

Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision.»

Par ailleurs, il résulte de l'article 327, alinéa 3, du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 10 août 2011 précitée, qu'en cas d'appel, la motivation de la décision rendue en premier ressort figure au nombre des éléments dont le président de la cour d'assises d'appel doit donner connaissance, après avoir présenté, de façon concise, les faits reprochés à l'accusé et exposé les éléments à charge et à décharge concernant celui-ci (sur les difficultés posées par l'absence, dans la loi précitée, de dispositions de droit transitoire et l'impossibilité de donner connaissance de la motivation d'une décision rendue avant le 1^{er} janvier 2012, voir *Crim.*, 31 octobre 2012, pourvoi n° 12-81.549, *Bull. crim.* 2012, n° 236).

Même si certains présidents de cour d'assises ont adopté une telle pratique, la chambre criminelle a eu l'occasion de rappeler qu'aucune disposition légale n'impose que les énonciations de la feuille de motivation, annexée à la feuille de questions, soient, de plus, reproduites dans l'arrêt de condamnation (*Crim.*, 20 février 2013, pourvoi n° 12-83.402), et l'on ne saurait trop insister sur les difficultés qui ne manqueraient pas d'être soulevées si, pour quelque raison que ce soit, le texte inséré dans l'arrêt et celui de la feuille de motivation s'avéraient ne pas être parfaitement identiques.

On observera que, si toutes les décisions prises par une cour d'assises, statuant sur l'action publique, qu'elles soient de condamnation ou d'acquittement, doivent recevoir une motivation, ce qui se déduit de la formulation très générale de l'alinéa 1^{er} de l'article 365-1, le contenu de cette motivation n'est défini, avec plus de précision, par son alinéa 2, que pour les seules décisions de condamnation.

L'arrêt commenté a été rendu à la suite d'un pourvoi formé contre un arrêt de condamnation intervenu sur l'appel, interjeté par le procureur général, d'un arrêt d'acquittement. On rappellera d'ailleurs qu'à l'exception de ceux qui seraient fondés sur l'inexistence d'une loi pénale qui pourtant aurait existé (article 597 du code de procédure pénale), les arrêts d'acquittement ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi que dans le seul intérêt de la loi, sans préjudice pour l'accusé acquitté (article 572 du même code).

Il résulte de cet arrêt que lorsque les énonciations de la feuille de questions et celles de la feuille de motivation mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'assises, statuant en appel, a caractérisé les principaux éléments à charge, résultant des débats, qui l'ont convaincue de la culpabilité de l'accusé, et justifié sa décision, conformément aux dispositions conventionnelles invoquées (en l'espèce, les articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) et à l'article 365-1 du code de procédure pénale, le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par la cour et le jury, des faits et circonstances

de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis.

Cet attendu de principe se présente comme un hybride, résultant de la greffe, sur un schéma d'ensemble évoquant l'attendu habituellement utilisé en matière délictuelle («Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable; d'où il suit que le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis»), d'éléments propres à la procédure criminelle.

Au premier, il emprunte la référence, essentielle, au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, que n'affecte en rien l'obligation, nouvelle, de motiver la décision prise. La portée de la réforme de 2011 doit être exactement comprise. Il est certain qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet d'attirer la Cour de cassation sur le terrain d'une appréciation des faits de la cause, et que le contrôle exercé sur la motivation de la décision ne saurait dériver vers un contrôle des motifs soutenant celle-ci. Ainsi, le moyen qui, sous couvert de critiquer la rédaction d'une question relative à la préméditation d'un homicide volontaire, tend en réalité à discuter l'existence de celle-ci, dans une espèce où un puissant médicament avait été administré à la victime, en plus de son traitement habituel, ne saurait prospérer (Crim., 20 février 2013, préc.).

De la seconde procède la référence au fait que les éléments de conviction recensés dans la feuille de motivation doivent être ceux «résultant des débats». Cette incise, qui figurait déjà dans un arrêt rejetant le moyen qui faisait grief à une cour d'assises de s'être fondée sur des déclarations faites par l'accusé, en garde à vue, sans l'assistance d'un avocat (Crim., 12 décembre 2012, pourvoi n° 12-80.788, *Bull. crim.* 2012, n° 275), renvoie directement au principe d'oralité qui gouverne la procédure criminelle, et à la sauvegarde duquel il convient d'être attentif.

Ainsi, si la décision prise, par le président de la cour d'assises, de faire consigner au procès-verbal des débats certaines déclarations de l'accusé, ne saurait être interprétée, en soi, comme une manifestation d'opinion sur la culpabilité de ce dernier (Crim., 12 décembre 2012, préc.), s'agissant d'une décision conservatoire n'ayant d'autre objet que de garder une trace de propos qui auront, peut-être, vocation à être évoqués dans la feuille de motivation rédigée à l'issue du délibéré, si tant est que la cour et le jury y puisent matière à conforter leur conviction, une telle pratique, généralisée à l'excès, risquerait d'affecter la nature du débat à l'audience, en y introduisant des éléments de procédure écrite qui ne sont pas de son essence.

Pour cette même raison, il ne semble pas certain que la chambre criminelle accepterait d'appliquer, sans aménagement, sa jurisprudence relative à l'obligation de répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties, dans le cas où l'une ou l'autre de celles-ci userait de cette technique dans le but de contraindre les juges à répondre, par écrit et en détail, à son argumentation sur le fond de l'affaire.

Fidèle à une lecture littérale de l'article 365-1 du code de procédure pénale, la Cour de cassation ne vérifie pas, en matière criminelle, que les juges ont caractérisé, en tous

ses éléments, l'infraction dont ils ont déclaré l'accusé coupable, mais seulement qu'ils ont caractérisé les principaux éléments à charge (et non pas tous les éléments à charge) ayant emporté leur conviction de sa culpabilité.

En effet, le but de la réforme opérée par la loi du 10 août 2011 n'est pas tant d'imposer la mise en forme d'une rigoureuse dissertation juridique, au sens le plus académique du terme, que de permettre à l'accusé condamné de mieux comprendre les raisons de sa condamnation, notion plus factuelle et probatoire, à laquelle se référait déjà l'arrêt précité du 11 juillet 2012, et dans laquelle il est permis de voir un écho des principes de la jurisprudence européenne, tels qu'ils ont été développés dans les arrêts *Taxquet c. Belgique*, avant d'être appliqués à la France dans les arrêts rendus le 10 janvier 2013 par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, Agnelet c. France, n° 61198/08 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, Legillon c. France, n° 53406/10 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, Fraumens c. France, n° 30010/10 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, Oulahcene c. France, n° 44446/10 ; CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, Voica c. France, n° 60995/09).

Cette préoccupation peut conduire à relativiser, dans une certaine mesure, l'absence, dans l'arrêt commenté, de la formule « sans insuffisance ni contradiction », usuelle en matière délictuelle. En effet, un arrêt criminel dont la motivation serait entachée d'une grave insuffisance ou d'une contradiction manifeste ne pourrait guère être considéré comme permettant à l'accusé de comprendre les raisons de sa condamnation, et s'exposerait, de ce fait, à une probable censure.

Pour autant, la volonté de favoriser la compréhension de l'accusé condamné, grâce aux énonciations de la feuille de motivation, ne doit pas faire perdre de vue que la délibération de la cour et du jury demeure gouvernée par la règle de l'intime conviction, telle qu'elle se trouve exprimée dans l'article 353 du code de procédure pénale, dont la rédaction a certes été retouchée, à la marge, pour introduire une référence à « l'exigence de motivation de la décision », mais qui n'en énonce pas moins que « la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus », et « ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ».

L'attendu de principe analysé ci-dessus a été repris dans deux arrêts, non publiés, également rendus le 9 janvier 2013, par la chambre criminelle (pourvoi n° 12-81.638 et pourvoi n° 12-82.292). L'arrêt commenté doit donc être considéré comme une décision de principe ayant vocation à prendre la suite de l'arrêt du 14 octobre 2009, (pourvoi n° 08-86.480, *Bull. crim.* 2009, n° 170) précité, s'agissant des pourvois formés contre des arrêts criminels rendus postérieurement au 1^{er} janvier 2012.

c. Enquête préliminaire

Officiers de police judiciaire – Compétence – Demande de renseignement adressée à une personne domiciliée à l'étranger – Violation des règles de compétence (non) – Méconnaissance des règles de l'entraide judiciaire internationale (non)

Crim., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-87.130, *Bull. crim.* 2013, n° 217

Perquisition autorisée par un juge des libertés et de la détention – Découverte d'un code personnel d'accès à un système informatique – Exploitation par les officiers de police judiciaire avec leur matériel informatique – Nécessité d'une nouvelle autorisation du juge des libertés et de la détention (non)

Même arrêt

Convention de Budapest sur la cybercriminalité – Article 32 – Mise en œuvre – Détermination préalable du lieu de stockage des données

Même arrêt

Dans cet arrêt, la chambre criminelle a d'abord répondu à la question de la régularité des demandes adressées directement par des officiers de police judiciaire, opérant en enquête préliminaire, à des personnes domiciliées à l'étranger. En l'espèce, il s'agissait d'une personne morale, dont le siège social était aux États-Unis, à laquelle il était demandé, à partir d'un système informatique, d'identifier les titulaires d'adresses électroniques qu'elle détenait et de fournir un certain nombre d'informations s'y rapportant.

Il doit être précisé que la personne morale destinataire de ces demandes n'y avait pas apporté de réponse. Mais, la question posée étant relative à la compétence des officiers de police judiciaire, qui est d'ordre public, il ne pouvait être opposé au requérant que l'irrégularité alléguée n'avait pas fait grief à ses intérêts.

Si les demandes de renseignements présentées avaient, en l'espèce, pris la forme de réquisitions qui prêtaient à discussion au regard de l'article 77-1-1 du code de procédure pénale puisque les sanctions prévues pour l'application de ce texte étaient, à l'évidence, inapplicables à des personnes se trouvant à l'étranger, la question revêtait néanmoins une grande importance du double point de vue de la compétence territoriale des enquêteurs et de l'obligation qui pesait éventuellement sur le procureur de la République, sous l'autorité duquel ils agissaient, de recourir aux règles de l'entraide pénale pour obtenir les informations souhaitées.

On sait que les États sont attachés au respect des principes de souveraineté et de territorialité et n'admettent qu'il n'y soit dérogé que dans le cadre de concessions qu'ils s'accordent mutuellement au travers de conventions.

La compétence territoriale des officiers de police judiciaire par rapport au lieu d'émission de leurs demandes ne faisait pas de doute au regard de la jurisprudence relative à d'autres moyens de communication. La chambre criminelle juge en effet que si, selon l'article 18, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale, les officiers de police judiciaire n'ont, en principe, compétence que dans les limites territoriales où ils exercent leurs fonctions, rien ne leur interdit de recueillir des renseignements en dehors de leur circonscription par téléphone, télécopie ou tout autre mode de communication, la valeur des renseignements ainsi recueillis étant soumise à la discussion contradictoire des parties et à l'appréciation des juges (Crim., 10 janvier 1995, pourvoi n° 94-84.687, *Bull. crim.* 1995, n° 13). Mais, dans les hypothèses examinées jusque-là, le destinataire de la demande était domicilié sur le territoire national.

La question était par ailleurs posée, non dans le moyen du demandeur au pourvoi, mais dans les conclusions de l'avocat général, de savoir si les demandes formulées par les officiers de police judiciaire pouvaient trouver leur fondement dans les dispositions de l'article 32 de la Convention de Budapest du 23 novembre 2001 relative à

la cybercriminalité, qui permettent l'accès transfrontière à des données stockées, avec consentement ou lorsqu'elles sont accessibles au public (voir ci-après).

La chambre criminelle n'a pas suivi ce raisonnement. Elle a choisi d'apporter à la question posée une réponse de portée générale, sans distinguer, ainsi qu'il sera exposé plus loin, selon que le tiers auquel est adressée la demande est ou non domicilié dans un État lié à la France par une convention d'entraide.

L'arrêt reconnaît, en effet, aux officiers de police judiciaire agissant dans les limites de leur compétence territoriale du point de vue de l'émission, la faculté «de recueillir, notamment par un moyen de communication électronique, des renseignements en dehors de leur circonscription, fût-ce en adressant directement une demande à une personne domiciliée à l'étranger, celle-ci étant, dans ce cas, libre de ne pas y répondre».

Il ressort donc des termes mêmes de la décision que c'est l'absence de caractère coercitif de cet acte d'enquête particulier, exempt d'une action propre de la part de l'enquêteur, qui justifie le pouvoir reconnu ici par la Cour de cassation aux officiers de police judiciaire.

En deuxième lieu, l'examen du pourvoi a donné l'occasion à la chambre criminelle de préciser l'étendue du contrôle dévolu au juge des libertés et de la détention par l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale lorsque ce magistrat autorise, à la demande du procureur de la République, les officiers de police judiciaire à procéder à la perquisition d'un domicile.

Il s'agissait de savoir s'il était possible, pour les enquêteurs, d'accéder, sans nouvelle autorisation du juge, ou même, sans qu'il en fût préalablement informé, à des données informatiques, à partir d'un code découvert au cours de la perquisition et alors que la personne concernée refusait de donner son accord à cette fin. En la circonstance, l'exploitation de ce code avait été effectuée par les enquêteurs, non par l'introduction dans le système d'information en cause au moyen d'un matériel informatique trouvé sur les lieux, hypothèse prévue par l'article 57-1 du code de procédure pénale, mais à partir de leur propre matériel de dotation, dès leur retour dans leurs locaux.

La chambre criminelle a approuvé la chambre de l'instruction d'avoir retenu qu'il s'agissait d'une simple investigation et non d'une perquisition distincte soumise à une nouvelle décision du juge des libertés et de la détention.

Cette appréciation démontre l'importance que revêt la nature de l'opération effectuée. En la circonstance, les recherches ne concernaient que la seule exploitation d'un indice découvert au cours d'une perquisition régulière.

La personne mise en examen faisait valoir enfin que le site informatique détenteur des données se trouvait aux États-Unis, ce qui rendait nécessaire, selon elle, le recours à l'entraide pénale pour obtenir l'autorisation d'y accéder à l'aide du code découvert sur les lieux de la perquisition. La chambre criminelle a également approuvé la chambre de l'instruction d'avoir écarté ce moyen de nullité.

Les juges du fond, faisant d'office application de l'article 32 de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, avaient considéré que les données auxquelles les officiers de police judiciaire avaient pu accéder étaient stockées sur un site ouvert au public et situé sur le territoire d'un État partie à ce texte, lequel prévoit, dans cette hypothèse, un libre accès des autorités de l'État partie intéressé.

Or il s'agissait, à l'évidence, d'une lecture erronée de l'article 32, qui exige, lorsque les données ne sont pas accessibles au public, ce qui était le cas en l'espèce puisque l'utilisation d'un code personnel était nécessaire pour en permettre la consultation, que la partie intéressée obtienne le consentement légal et volontaire de la personne légalement autorisée à les divulguer.

Toutefois cette erreur d'appréciation des juges n'a pas entraîné la censure de l'arrêt attaqué, la chambre criminelle retenant qu'il ne résultait ni de cette décision ni des pièces de la procédure soumises à son contrôle que les données en cause étaient effectivement stockées sur le territoire d'un État partie à la Convention de Budapest.

Pour un plus ample exposé de cette Convention, et plus particulièrement, de son article 32, il est renvoyé à la partie qui lui est consacrée dans l'étude relative à l'ordre public figurant dans le présent *Rapport annuel* de la Cour de cassation (partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2, § 3).

d. Prescription de l'action publique en matière criminelle

Homicide volontaire – Action publique – Prescription – Délai – Point de départ *Crim., 16 octobre 2013, pourvois n° 13-85.232 et n° 11-89.002, Bull. crim. 2013, n° 192*

En principe, le point de départ du délai de prescription de l'action publique est fixé, dans les infractions instantanées, au jour de la commission de l'infraction, ou plus précisément au lendemain.

Par exception, la chambre criminelle considère depuis 1935 que dans certaines infractions, dont l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux sont l'archétype, ce point de départ est reporté au jour où elles apparaissent et peuvent être constatées dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. D'une certaine manière, c'est l'application à la matière pénale de l'adage civil suivant lequel la prescription ne court pas contre celui qui ne peut valablement agir : si la négligence de la société à poursuivre l'auteur de faits délictueux peut trouver sa sanction dans la prescription, c'est à la condition que l'autorité de poursuite ait été mise en mesure d'agir.

Cette exception a été progressivement étendue par la jurisprudence, si bien qu'elle concerne aujourd'hui deux types d'infractions :

- les infractions occultes ou clandestines par nature, telles la simulation ou la dissimulation d'enfant, la tromperie ou l'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui ;
- les infractions dissimulées, tels le trafic d'influence ou l'entente frauduleuse.

Le 19 septembre 2006, saisie d'un pourvoi contre l'arrêt d'une chambre de l'instruction ayant, en cours d'information, rejeté l'exception de prescription de l'action publique, la chambre criminelle a jugé (Crim., 19 septembre 2006, pourvoi n° 06-83.963, *Bull. crim.* 2006, n° 226) que le point de départ de la prescription ne peut être retardé au moment où le ministère public a eu connaissance de la découverte du cadavre d'une personne dont la disparition avait été signalée plus de dix années auparavant.

Dans la même veine, elle a (Crim., 20 juillet 2011, pourvoi n° 11-83.086) cassé un arrêt ayant cru pouvoir écarter la prescription dans une affaire d'assassinat où, les autorités policières et judiciaires ayant été averties de la disparition des victimes, la stratégie

du mis en examen ayant consisté notamment en l'enfouissement des corps et en diverses manœuvres tendant à accréditer l'illusion de l'existence des victimes ne pouvait constituer un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites de nature à justifier la suspension de la prescription de l'action publique.

Seuls peuvent en effet constituer des obstacles insurmontables à l'exercice de l'action publique – et par là de nature à emporter la suspension d'un délai de prescription ayant déjà commencé à courir – des événements présentant les caractères de la force majeure, tels que l'état de guerre, la catastrophe naturelle ou l'incarcération du prévenu à l'étranger.

C'est pourquoi dans l'arrêt ici commenté, après s'être réunie dans sa formation plénière, la chambre criminelle censure un arrêt qui, pour reporter le point de départ de la prescription de l'action publique dans une affaire d'infanticides multiples imputés à une même femme, avait énoncé que le secret entourant les naissances et les décès concomitants ayant subsisté jusqu'à la découverte des corps des victimes d'infanticide avait constitué un obstacle insurmontable à l'exercice de l'action publique.

C'est réaffirmer que l'homicide ne peut être traité comme une infraction occulte, quelles que soient les circonstances de sa commission et nonobstant la dissimulation du cadavre – du moins lorsque cette dissimulation est imputable au meurtrier lui-même, situation de cumul idéal qui interdit toute poursuite du meurtrier du chef de recel de cadavre, ce délit n'étant que la suite du crime commis (Crim., 21 septembre 1815, S. 1816, 1, p. 101 ; Crim., 19 juillet 1956, *Bull. crim.* 1956, n° 556 ; Crim., 24 novembre 2010, pourvoi n° 06-85.270, avec un chapeau particulièrement développé).

Cette solution classique n'empêche pas les poursuites contre un tiers du chef de recel de cadavre, délit clandestin par nature, dont le point de départ du délai de prescription est retardé au jour de la découverte du corps.

H. Application du droit de l'Union européenne, conventionnel et international

1. Droit de l'Union européenne

Séparation des pouvoirs – Compétence judiciaire – Domaine d'application – Application du droit de l'Union européenne – Conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne – Appréciation – Question préjudicielle au juge administratif – Exclusion – Conditions – Détermination – Portée
Soc., 30 septembre 2013, pourvois n° 12-14.752 et n° 12-14.964, *Bull.* 2013, V, n° 222

Par cet arrêt du 30 septembre 2013, la chambre sociale a fait application de la décision du 17 octobre 2011 du Tribunal des conflits, *SCEA du Chêneau* (n° 11-03.828, *Bull.* 2011, T. conflits, n° 24 ; M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 19^e éd., 2013, n° 117) qui a profondément modifié la répartition des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction

administrative s'agissant de l'appréciation de la légalité des actes administratifs telle qu'elle avait été opérée par la décision *Septfonds* du 16 juin 1923 (Tribunal des conflits, 16 juin 1923, *D.* 1924, 3, p. 41).

La jurisprudence *SCEA du Chéneau* réaffirme, tout d'abord, qu'il découle du principe de séparation des pouvoirs que, sous réserve des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire et sauf dispositions législatives contraires :

- seule la juridiction administrative est compétente pour connaître des recours tendant à l'annulation ou à la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ;
- seul le juge administratif est, en principe, compétent pour statuer, le cas échéant par voie de question préjudicielle, sur toute contestation de la légalité de telles décisions, soulevée à l'occasion d'un litige relevant à titre principal de l'autorité judiciaire.

Cependant, cette même jurisprudence élargit singulièrement les compétences du juge judiciaire saisi d'un litige à l'occasion duquel est contestée la légalité d'un acte administratif dans deux cas de figure.

Le premier cas se rapporte à la question de l'effectivité du droit communautaire : « S'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne. »

L'idée sous-jacente est que l'exigence d'effectivité du droit de l'Union européenne justifie que le juge judiciaire écarte de lui-même toute disposition interne contraire à ce droit ou qu'il saisisse directement la CJUE d'une éventuelle difficulté d'interprétation de ce droit afin que soient évitées « les questions préjudicielles au carré », le juge judiciaire renvoyant les justiciables devant le juge administratif et ce dernier saisissant à son tour la CJUE de la question.

Le second volet se rapporte aux autres situations dans lesquelles le respect du droit communautaire n'est pas en cause : « Si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal. »

Le volet « droit interne » de la jurisprudence *SCEA du Chéneau* repose sur la nécessité de concilier le respect du principe de séparation des pouvoirs « tant avec l'exigence

de bonne administration de la justice qu'avec les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable».

L'arrêt de la chambre sociale ici commenté fait une application du «volet communautaire» de la jurisprudence *SCEA du Chéneau* dont il reproduit fidèlement le considérant de principe dans un attendu.

Les circonstances de l'affaire étaient les suivantes : le régime de retraite des personnels de l'Opéra national de Paris est un régime dérogatoire, dont la gestion a été confiée à une caisse de retraite spécifique, la Caisse de retraite des personnels de l'Opéra national de Paris. L'article 6 du décret n° 68-382 du 5 avril 1968 portant statut de la caisse de retraites des personnels de l'Opéra national de Paris, dans sa rédaction applicable en l'espèce, disposait que le droit à pension était ouvert à un âge différent, suivant la catégorie de personnel :

- «– à quarante ans d'âge pour le personnel féminin de la danse ;
- à quarante-cinq ans d'âge pour le personnel masculin de la danse ;
- à cinquante ans d'âge pour les artistes du chant et des chœurs ;
- à cinquante-cinq ans d'âge pour les machinistes, les électriciens, les régisseurs ayant la responsabilité du spectacle et les pompiers civils ainsi que pour les emplois des autres catégories qui seraient reconnus comme comportant des fatigues exceptionnelles par arrêté concerté du ministre de la culture et de la communication et du ministre du budget ;
- à soixante ans d'âge, pour les autres catégories de personnel ».

Certaines catégories du personnel – notamment le personnel des services techniques de plateau – ont pu bénéficier d'un départ en retraite à cinquante-cinq ans en accord avec les autorités de tutelle respectives de la Caisse de retraite et de l'Opéra alors même qu'aucun arrêté ministériel n'était intervenu. En revanche, les demandes présentées par la Caisse et l'Opéra tendant à ce que le personnel de l'habillement et des perruques-maquillage puissent bénéficier du même avantage s'étaient heurtées au refus de ces autorités.

Des organisations syndicales avaient dans ces conditions décidé d'assigner l'Opéra de Paris et la Caisse de retraite devant le tribunal de grande instance, afin qu'il leur soit enjoint de faire bénéficier le personnel de ces services d'un âge d'ouverture des droits à pension de retraite à cinquante-cinq ans, à l'instar des techniciens de plateau, faisant valoir que la différence de traitement en cause constituait une discrimination indirecte désavantageant les femmes employées dans les services habillement et perruques-maquillage et prohibée par la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

Par un jugement du 2 mars 2010, le tribunal de grande instance s'était déclaré incompétent, au profit des juridictions de l'ordre administratif, pour connaître du litige. En appel, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 1^{er} septembre 2011, avait déclaré la juridiction judiciaire compétente pour connaître du litige, mais jugé que le comportement critiqué par les syndicats «n'[était] imputable qu'à la seule autorité administrative dont le juge judiciaire n'[avait] pas le pouvoir de contrôler les actes».

C'est cette solution et le raisonnement qui la justifie que la chambre sociale censure en se fondant sur le volet « droit communautaire » de la jurisprudence *SCEA du Chêneau*. Dès lors qu'était alléguée devant le juge judiciaire l'existence d'une discrimination indirecte désavantageant des salariés de sexe féminin, il lui appartenait de rechercher si tel était bien le cas et, « dans l'affirmative, si elle pouvait être justifiée par des raisons objectives, étrangères à toute discrimination et si le moyen mis en œuvre était approprié et nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi ».

L'issue du litige en cassation devant la chambre sociale permet de prendre la mesure de toutes les potentialités de la jurisprudence *SCEA du Chêneau* dans les procédures juridictionnelles mettant en cause un employeur public et du personnel employé sous un régime de droit privé combiné avec des règles spéciales prises par des autorités publiques.

Union européenne – Travail – Aménagement du temps de travail – Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003 – Article 7 – Repos et congés – Droit au congé annuel payé – Paiement d'un congé déterminé effectivement pris – Imputation – Versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-14.070, Bull. 2013, V, n° 272

Dans son arrêt du 14 novembre 2013 ici commenté, la chambre sociale est amenée à se prononcer sur le régime des clauses de rémunération forfaitaire intégrant l'indemnité de congés payés dans le salaire au regard des exigences découlant de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

Selon ces dispositions, les règles de droit national doivent garantir à tout travailleur un congé annuel payé de quatre semaines qui ne peut être remplacé, sauf en cas de rupture du contrat de travail, par une indemnité. La jurisprudence communautaire qui s'est attachée à préciser la portée de ce texte (CJCE, arrêt du 26 juin 2001, Bectu, C-173/99; CJCE, arrêt du 18 mars 2004, Merino Gómez, C-342/01; CJCE, arrêt du 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., affaires jointes C-350/06 et C-520/06; CJUE, arrêt du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10; CJUE, arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, C-282-10) a rappelé à plusieurs reprises l'importance particulière dans l'ordre social communautaire de ce droit à congés afin de procurer détente et loisirs mais également de préserver la santé et la sécurité des travailleurs, ce qui suppose que le salarié ait la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé.

Selon les règles de droit interne, le salarié a droit à des congés payés s'acquérant au rythme de deux jours et demi par mois dans la limite de trente jours ouvrables qui ouvrent droit par ailleurs à une indemnité de congés payés. Par principe, ce droit à congés doit s'exercer en nature, mais lorsque le contrat de travail est rompu, le salarié qui n'a pu prendre la totalité de ses congés peut prétendre à une indemnité compensatrice dont l'assiette est identique à l'indemnité de congés payés.

La jurisprudence de la chambre sociale admet depuis longtemps qu'il puisse être procédé à une intégration de l'indemnité de congés payés dans le salaire qui se trouve forfaitisé, sous réserve d'une acceptation expresse, et que cette solution n'aboutisse pas à un résultat moins favorable que celui résultant de la stricte application des dispositions

légales applicables (Soc., 11 mai 1988, pourvoi n° 86-40.460, *Bull.* 1988, V, n° 286; Soc., 2 avril 1997, pourvoi n° 95-42.320, *Bull.* 1997, V, n° 135; Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 08-41.229, *Bull.* 2009, V, n° 88). Ce qui, par exemple, se traduit dans la situation particulière d'un VRP payé à la commission par la nécessité de prévoir une majoration du taux des commissions qui lui sont payées (Soc., 30 mai 2000, pourvoi n° 97-45.946, *Bull.* 2000, V, n° 212).

Dans la présente espèce, le salarié avait conclu un contrat de travail dans le cadre duquel il était stipulé que la rémunération incluait celle des congés payés. Après avoir démissionné, il avait sollicité de son employeur le paiement d'indemnités compensatrices pour les jours de congés qu'il lui restait à prendre. L'employeur s'était opposé à la demande de l'intéressé en estimant qu'il avait été rempli de ses droits en raison du mode de rémunération adopté. Le contrat de travail étant rompu, la question des congés restant à prendre pouvait se régler par le paiement d'une indemnité. Il restait cependant à déterminer si, du fait du mode de rémunération convenu, le salarié pouvait prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice.

La chambre sociale approuve la cour d'appel qui a fait droit aux demandes du salarié, en rappelant les solutions de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 mars 2006 (Robinson-Steele e.a., affaires jointes C-131/04 et C-257/04) dans le cadre de laquelle elle était saisie d'une question préjudicielle sur la conformité du système anglais du «*rolled up holiday pay*» consistant à incorporer le paiement du congé annuel dans le salaire.

La Cour de Luxembourg a jugé qu'une clause ayant pour effet d'inclure les sommes au titre d'un congé dans la rémunération n'était valable que pour autant qu'elle soit transparente et compréhensible, ce qui suppose que soit clairement distingué ce qui correspond à la rémunération du travail et à celle du congé, puis que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris. Ce qui justifie cette solution réside précisément dans l'exigence d'effectivité du congé, puisque l'arrêt du 16 mars 2006 précité (points 58 et s.) après avoir retenu que le salarié doit se trouver dans une situation de rémunération comparable aux périodes de travail lorsqu'il prend son congé, énonce que le paiement d'une somme en même temps que le salaire sans autre précision risque de conduire à des situations décourageant la prise effective de congé aboutissant à voir ce congé remplacé par une indemnité financière.

Ce sont ces principes qui inspirent la décision de la chambre sociale. Les constatations des juges du fond permettant d'établir que la clause litigieuse n'était ni compréhensible ni transparente, celle-ci ne pouvait produire effet. En effet, le contrat de travail se bornait à énoncer que la rémunération versée présentait un caractère global incluant la rémunération de la totalité des congés payés afférents à la période légale. La clause de rémunération forfaitaire ne répondait pas aux conditions de validité renforcées découlant des règles posées par la jurisprudence communautaire.

En conséquence, les sommes versées à cette occasion ne pouvant être affectées à la rémunération du congé payé, il en résulte que le salarié n'ayant pu bénéficier effectivement de son droit à congé payé pour la totalité de ses droits se trouvait donc fondé à percevoir à ce titre des indemnités compensatrices.

Cette décision marque une évolution importante de la jurisprudence en la matière dans la mesure où ces clauses de rémunération forfaitaire ne peuvent simplement avoir

pour effet d'aboutir à un résultat au moins égal à celui résultant de la stricte application des dispositions légales mais doivent être rédigées de telle manière qu'elles puissent être compréhensibles et transparentes, et ce afin de garantir l'objectif poursuivi d'effectivité du droit à congé dans les termes rappelés par la jurisprudence communautaire.

2. Droit conventionnel

Convention européenne des droits de l'homme – Article 8 – Respect de la vie familiale – Compatibilité – Code de la sécurité sociale – Article L. 512-2 – Portée
Ass. plén., 5 avril 2013, pourvoi n° 11-17.520, Bull. 2013, Ass. plén., n° 2
Ass. plén., 12 juillet 2013, pourvoi n° 11-17.520, Bull. 2013, Ass. plén., n° 4 (arrêt interprétatif)

Les articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction issue respectivement de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 et du décret n° 2006-234 du 27 février 2006 qui revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne méconnaissent les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Sécurité sociale, prestations familiales – Prestations – Bénéficiaires – Enfant mineur étranger résidant en France – Conditions – Production du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration – Exception – Cas – Application de l'Accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 (CE – Algérie)

Mêmes arrêts

Il se déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'en application de l'article 68 de l'accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République algérienne démocratique et populaire, d'autre part, d'effet direct, applicable aux prestations familiales en vertu des paragraphes 1 et 3, l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité dans le domaine d'application de l'Accord implique qu'un ressortissant algérien résidant légalement dans un État membre soit traité de la même manière que les nationaux de l'État membre d'accueil, de sorte que la législation de cet État membre ne saurait soumettre l'octroi d'une prestation sociale à un tel ressortissant algérien à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants.

Dans ce cas, l'application des articles L. 512-2, D. 512-1 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale qui, en ce qu'ils soumettent le bénéfice des allocations familiales à la production du certificat médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration et de l'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial, instituent une discrimination directement fondée sur la nationalité, doit être écartée.

Voir le commentaire p. 494.

Cassation – Moyen – Moyen de pur droit – Applications diverses – Droit d'accès au juge – Atteinte à la substance même du droit

1^{re} Civ., 9 avril 2013, pourvoi n° 11-27.071, Bull. 2013, I, n° 66

Convention européenne des droits de l'homme – Article 6 § 1 – Tribunal – Accès – Droit d'agir – Restriction – Limites – Dépassement – Applications diverses – Délai de contestation d'une décision courant à compter de son prononcé sans que soit assurée l'information des personnes admises à la contester

Même arrêt

L'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles (CASF) dispose : « L'admission en qualité de pupille de l'État peut faire l'objet d'un recours, formé dans le délai de trente jours suivant la date de l'arrêt du président du conseil général devant le tribunal de grande instance, par les parents, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale, par les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré sa garde, de droit ou de fait, et qui demandent à en assumer la charge.

S'il juge cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant, le tribunal confie sa garde au demandeur, à charge pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, ou lui délègue les droits de l'autorité parentale et prononce l'annulation de l'arrêt d'admission.

Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine. »

Cette disposition, issue de la loi n° 84-422 du 6 juin 1984 relative aux droits des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance et au statut des pupilles de l'État, présentée comme une « innovation essentielle » dans l'exposé des motifs du projet de loi (n° 194, annexé au procès-verbal de la séance du Sénat du 26 janvier 1984, p. 9), a créé un recours judiciaire contre la décision administrative d'admission de l'enfant au statut de pupille de l'État qui le rend adoptable (articles 347 du code civil et L. 225-1 du CASF), en faveur des parents comme des familles d'accueil, afin qu'ils puissent revendiquer la garde de l'enfant le plus tôt possible. Elle vise à améliorer le sort de celui-ci et à mettre en place une meilleure régulation des conflits qui pourraient survenir.

Mais elle ne prévoit aucune formalité particulière destinée à informer les personnes susceptibles d'exercer ce recours. C'est sur ce point précis que la Cour de cassation s'est prononcée.

Dans ce cas d'espèce particulier, la grand-mère de l'enfant, placé à sa naissance par décision de l'autorité judiciaire, puis, après le décès de sa mère, recueilli par l'aide sociale à l'enfance en vue de son admission en qualité de pupille de l'État, avait exercé un recours en annulation de l'arrêt d'admission à ce statut accordé par le président du conseil général et aux fins d'être désignée gardienne de l'enfant, plus d'un mois après la date de cette décision.

Ce recours a été déclaré irrecevable en raison de son caractère tardif par un arrêt infirmatif.

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité incidente au pourvoi formé contre cet arrêt, a déclaré, par décision du 27 juillet 2012

(n° 2012-268 QPC), que le premier alinéa de l'article L. 224-8 précité était contraire à la Constitution et que la déclaration d'inconstitutionnalité prendrait effet à compter du 1^{er} janvier 2014.

Il a retenu que « si le législateur a pu choisir de donner qualité pour agir à des personnes dont la liste n'est pas limitativement établie et qui ne sauraient, par conséquent, recevoir toutes individuellement la notification de l'arrêté en cause, il ne pouvait, sans priver de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, s'abstenir de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce recours » (considérant 9). Puis, faisant application des dispositions de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, selon lesquelles « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause », il a décidé « que l'abrogation immédiate des dispositions critiquées aurait pour effet de supprimer le droit de contester l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État et aurait des conséquences manifestement excessives ; qu'afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il y a lieu de reporter au 1^{er} janvier 2014 la date de cette abrogation ; qu'elle n'est applicable qu'à la contestation des arrêtés d'admission en qualité de pupille de l'État pris après cette date » (considérant 11).

Ainsi, l'objet du pourvoi n'étant pas remis en cause par cette décision, devait être examinée préalablement sa troisième branche qui demandait à la Cour de cassation d'exercer un contrôle de conventionnalité de la disposition critiquée sur le fondement des articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH).

Mais ce moyen était invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation. Était-il recevable ?

La première chambre civile a considéré qu'il n'y avait pas lieu de réserver de sort particulier au moyen tiré de la violation de la CSDH et, faisant application de l'article 619 du code de procédure civile, a recherché si le grief se référait à des faits qui n'avaient pas été constatés par les juges du fond.

Elle relève, d'une part, que le moyen « invoque une atteinte à la substance même du droit d'accès au juge », le différenciant ainsi des cas dans lesquels les dispositions de la CSDH invoquées imposent l'examen de nombreuses considérations factuelles ou de proportionnalité. Il s'agissait ici de savoir comment l'intéressée avait été informée de la faculté d'exercer un recours. Ayant constaté que le moyen « n'appelle la prise en considération d'aucun élément de fait qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt », la première chambre en déduit que le moyen est « de pur droit, partant recevable ».

Ensuite, au visa de l'article 6, § 1, de la CSDH, tel qu'interprété par la jurisprudence européenne (CEDH, arrêt du 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, § 57 ; plus récemment, CEDH, arrêt du 8 mars 2012, *Célice c. France*, n° 14166/09, § 25), la première chambre rappelle que « si le droit à un tribunal, dont le droit d'accès concret et effectif constitue un aspect, n'est pas absolu, les conditions de recevabilité

d'un recours ne peuvent toutefois en restreindre l'exercice au point qu'il se trouve atteint dans sa substance même».

Une telle atteinte est nécessairement caractérisée dès lors que le délai de contestation de la décision d'admission à la qualité de pupille de l'État, tel que prévu par l'article L. 224-8 du CASF, court du jour où la décision est prise non contradictoirement et que n'est pas assurée l'information des personnes admises à la contester.

Dès lors qu'il résultait des constatations des juges du fond que la requérante n'avait pas été informée en temps utile par le conseil général de la décision prise concernant son petit-fils et de la faculté de la contester, l'arrêt attaqué déclarant irrecevable le recours exercé par celle-ci devait être censuré.

La question de l'articulation du contrôle de conventionnalité et de l'effet différé de la décision d'inconstitutionnalité n'avait pas à être envisagée, dès lors qu'elle a été tranchée par l'assemblée plénière, dans les arrêts du 15 avril 2011 relatifs à la garde à vue (pourvoi n° 10-17.049, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 1 ; pourvoi n° 10-30.242, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 2 ; pourvoi n° 10-30.313, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 3 ; pourvoi n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 4).

Ainsi cet arrêt illustre, cette fois-ci en matière civile, l'importance des garanties offertes par le droit européen, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, en raison de leur effectivité immédiate.

Convention européenne des droits de l'homme – Article 6 § 1 – Équité – Domaine d'application – Exécution d'une décision de justice – Détermination – Portée
Soc., 18 décembre 2013, pourvois n° 12-27.383, n° 13-10.908, n° 13-10.910, n° 13-10.915, n° 13-10.918, n° 13-10.924, n° 13-10.927, n° 13-10.932, n° 13-10.934, n° 13-10.937, *Bull.* 2013, V, n° 311

Voir le commentaire p. 572.

3. Droit international

Conventions internationales – Accords et conventions divers – Convention d'Union de Berne du 9 septembre 1886 – Protection des œuvres littéraires et artistiques – Détermination du titulaire initial des droits d'auteur – Article 5 2° – Loi applicable – Détermination

1^{re} Civ., 10 avril 2013, pourvoi n° 11-12.508, *Bull.* 2013, I, n° 68

La Convention de Berne du 9 septembre 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, qui a vocation à s'appliquer, entre les États signataires, dès lors qu'un litige en matière de droit d'auteur présente un élément d'extranéité, édicte, en son article 5, § 2, une règle de conflit de lois, selon laquelle «la jouissance et l'exercice [des droits visés à l'article 5, § 1,] ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour

sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée».

Une question, qui divisait les juridictions du fond et la doctrine spécialisée, n'avait pas encore reçu de réponse de la Cour de cassation : cette règle de conflit a-t-elle une portée générale, en sorte qu'elle s'applique aussi bien aux conditions de protection, et donc à la détermination du titulaire initial, qu'à l'exercice des droits d'auteur, ou bien est-elle limitée à « l'étendue de la protection » et aux « moyens de recours », c'est-à-dire à la seule mise en œuvre de la protection, la détermination du titulaire initial étant quant à elle soumise aux règles de droit international privé commun ?

L'arrêt commenté tranche nettement en faveur de la première solution, en décidant que la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5, § 2, de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée.

S'appuyant tant sur sa lettre que sur son esprit, il consacre ce texte comme posant une règle de conflit générale, la *lex loci protectionis* étant destinée, lorsque la Convention de Berne trouve à s'appliquer, à régir l'existence comme l'exercice des droits de l'auteur.

IV. EXAMEN DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ

Une sélection de décisions rendues en 2013 par la Cour de cassation en matière de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) permettra de dégager les problématiques les plus représentatives rencontrées par la Cour lors de l'examen des conditions de recevabilité et de transmission des QPC (A). Elle illustrera également certains domaines dans lesquels la Cour s'est prononcée lors de l'examen du caractère sérieux des questions qui lui sont posées (B).

A. Examen des conditions de recevabilité et de transmission des QPC

Force est de constater que le nombre de QPC ne respectant pas les conditions de recevabilité et de transmission (hors son caractère sérieux) a fortement diminué cette année, notamment en matière civile. Alors que, en 2012, environ 20 % des QPC ont été rejetées sur ces motifs, cette année, seules 8 % d'entre elles ont été jugées irrecevables par les chambres civiles, contre, il est vrai, 29 % par la chambre criminelle (contre 19% en 2012).

La procédure QPC étant désormais bien comprise des justiciables et des juridictions, l'accent sera mis sur des problématiques plus nouvelles ou ayant fait l'objet d'un examen particulier cette année.

1. Qualité à poser une question et intervention des tiers

C'est la chambre criminelle qui a restreint la possibilité, pour certaines personnes, de poser une QPC : pour la première fois, elle a jugé irrecevable une QPC aux motifs que son auteur n'avait pas, en quelque sorte, qualité pour la poser.

L'article 56-1 du code de procédure pénale permet des perquisitions dans un cabinet d'avocats en présence du bâtonnier. Ce dernier peut à cette occasion s'opposer à la saisie de documents ou d'objets, contestations sur lesquelles le juge des libertés et de la détention peut statuer.

Cependant, la chambre criminelle a considéré « que le bâtonnier de l'ordre des avocats n'est pas, au sens de l'article R. 49-21 du code de procédure pénale, une partie lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 dudit code à l'occasion d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, dès lors qu'il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense » (Crim., 8 janvier 2013, QPC n° 12-90.063).

La chambre criminelle juge également irrecevables les interventions des tiers à la procédure (voir, par exemple Crim., 5 février 2013, QPC n° 12-90.069), alors que la chambre sociale les reçoit : « Le Défenseur des droits a présenté des observations écrites, par application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 » (Soc., 20 mars 2013, QPC n° 12-40.104, *Bull.* 2013, V, n° 77).

2. Nécessité d'une question argumentée

L'exigence de motivation ne préoccupe plus désormais la seule chambre criminelle, qui juge irrecevables les QPC dont « le mémoire, dans les termes où il est rédigé, ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer le contrôle prévu par l'article 23-4 de l'ordonnance modifiée du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel » (Crim., 19 février 2013, QPC n° 13-80.336 ; voir aussi, par exemple, mais formulé différemment, Crim., 26 juin 2013, QPC n° 13-83.498 ; Crim., 18 décembre 2013, QPC n° 13-86.882).

Les chambres civiles n'hésitent pas également à sanctionner les QPC insuffisamment argumentées. Elles exigent ainsi que l'écrit distinct expose en quoi le texte critiqué méconnaîtrait les griefs d'inconstitutionnalité invoqués (2^e Civ., 16 mai 2013, QPC n° 13-40.007). Elles sanctionnent le fait que « ni la question elle-même, ni le mémoire qui la soutient, n'exposent en quoi le texte critiqué méconnaîtrait les principes fondés sur les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (1^{re} Civ., 28 mars 2013, QPC n° 13-40.001).

3. Formulation des questions transmises par le juge

Après trois années de mise en œuvre de la QPC, la Cour de cassation doit encore rappeler à certaines juridictions que si la question posée peut être « reformulée » 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.

Ce rappel a concerné des jugements transmis par des tribunaux des affaires de sécurité sociales (TASS) (2^e Civ., 23 mai 2013, QPC n° 13-40.014 ; 2^e Civ., 21 novembre 2013, QPC n° 13-40.058), des conseils de prud'hommes (Soc., 2 octobre 2013, QPC n° 13-40.051, *Bull.* 2013, V, n° 224), la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification (2^e Civ., 28 février 2013, QPC n° 12-23.706), des tribunaux d'instance (Com., 4 juin 2013, QPC n° 13-40.012), des tribunaux de commerce (Com., 5 septembre 2013, QPC n° 13-40.034, *Bull.* 2013, IV, n° 127).

Cela n'interdit cependant pas au juge de ne transmettre à la Cour de cassation qu'une partie de la question posée mais il lui appartient, dans ce cas, de motiver sa décision de transmission partielle : « Si le juge peut décider de ne transmettre qu'une partie de la question posée, il lui appartient de le préciser » (Com., 4 juin 2013, QPC n° 13-40.012, *préc.*).

4. Examen non prioritaire de la QPC

Si en principe l'examen d'une QPC doit obéir aux exigences de priorité et de célérité, dans certaines circonstances, le juge privilégie l'examen de la demande principale à l'occasion de laquelle la question a été posée.

La chambre criminelle continue de rappeler que l'irrecevabilité de l'instance principale entraîne celle de la QPC incidente : « L'irrecevabilité du pourvoi, constatée par arrêt de ce jour, entraîne, par voie de conséquence, celle de la question prioritaire de constitutionnalité » (voir, par exemple, Crim., 15 janvier 2013, QPC n° 12-87.216 ; Crim., 24 septembre 2013, QPC n° 13-81.126) et que le régime des QPC suit celui applicable aux moyens au soutien desquels elles ont été formulées.

Ainsi, elle juge irrecevables les QPC qui ne sont pas présentées selon la forme et les délais du pourvoi prévus aux articles 584 et suivants du code de procédure pénale (voir, par exemple, Crim., 9 janvier 2013, QPC n° 12-86.753 ; Crim., 18 juin 2013, QPC n° 13-82.073 ; Crim., 25 septembre 2013, QPC n° 13-85.161).

Seule la deuxième chambre civile a eu l'occasion, et à une seule reprise, de faire application de cette règle suivant laquelle « lorsque le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est soulevé à l'occasion d'un pourvoi en cassation, le moyen doit être présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé, et selon les formes applicables à la procédure du pourvoi en cassation » (2^e Civ., 11 juillet 2013, QPC n° 13-60.190).

Quant à la première chambre civile, elle a privilégié, à deux reprises, l'examen du pourvoi sur l'examen prioritaire de la question incidente.

Elle était saisie de pourvois à l'encontre de décisions déclarant le tribunal de grande instance incompétent au profit de la juridiction administrative pour statuer, d'une part, sur une action en responsabilité de l'État à la suite des sanctions prises en 1945 par le Gouvernement provisoire de la République à l'encontre du dirigeant des usines Renault, d'autre part, sur une demande d'un sportif en réparation du dommage causé par la décision de l'Agence française de lutte contre le dopage de procéder à des prélèvements sur le fondement de l'article L. 232-15 du code du sport.

Dans la première espèce, la première chambre civile a jugé cette question « inopérante ». Pour cela, elle s'est prononcée sur le fond du litige et, après avoir recherché si le litige reposait sur l'existence ou non d'une voie de fait, elle a estimé que « l'ordonnance n° 45-68 du 16 janvier 1945 est un texte de valeur législative pris par le Gouvernement provisoire de la République française dans l'exercice de son pouvoir législatif dans un domaine réservé au législateur et, partant, ne saurait relever de la notion de voie de fait, seulement applicable à un acte ou une décision de l'administration ; D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer [la question] au Conseil constitutionnel » (1^{re} Civ., 2 juillet 2013, QPC n° 13-10.950, *Bull.* 2013, I, n° 142).

Dans la seconde espèce, elle a estimé « que le dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité n'a ni pour objet ni pour effet de déroger aux règles régissant le partage des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif ». Elle a ensuite constaté que la juridiction judiciaire était incompétente pour connaître du litige. Elle a déclaré le pourvoi non admis et a dès lors prononcé un non-lieu à renvoi de la QPC (1^{re} Civ., 16 octobre 2013, QPC n° 13-15.146, *Bull.* 2013, n° 201).

De la même façon, la chambre criminelle, saisie d'une QPC, a requalifié l'objet de l'instance principale pour conclure à un non-lieu à renvoi de la question posée relative à l'article 662, alinéa 3, du code de procédure pénale. La chambre criminelle a estimé que « la requête intitulée " requête en suspicion légitime " relève en réalité des dispositions des articles 668 et suivants du code de procédure pénale relatifs à la récusation ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel » (Crim., 17 avril 2013, QPC n° 13-82.672, *Bull. crim.* 2013, n° 92).

5. Critiques déguisées de dispositions non législatives

Alors même que la question a déjà subi un premier filtrage, la Cour de cassation vérifie systématiquement que la disposition critiquée est bien de nature législative.

Certaines dispositions peuvent être trompeuses. C'est le cas de celles intitulées « article L. » codifiées, même à droit constant, par voie d'ordonnances non ratifiées.

Ainsi, la Cour de cassation a constaté que « les dispositions contestées [du code des procédures civiles d'exécution] ont un caractère réglementaire et ne sont pas au nombre des dispositions législatives visées par l'article 61-1 de la Constitution et l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; [...] elles ne sont, en conséquence, pas susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité » (2^e Civ., 10 octobre 2013, QPC n° 13-14.842, s'agissant des articles L. 511-1 et L. 531-1 de ce code).

Elle a statué dans les mêmes termes dans le cas d'incriminations réprimées par une peine d'emprisonnement : article L. 332-6 (Crim., 8 janvier 2013, QPC n° 12-86.537) et article L. 212-8 (Crim., 7 août 2013, QPC n° 13-90.016 à n° 13-90.019) du code du sport.

Enfin, certaines questions sont plus subtiles. La Cour de cassation vérifie que « sous le couvert de la critique d'une disposition législative », la question porte en réalité sur des dispositions d'une autre nature.

Elle a ainsi rejeté la critique déguisée de dispositions de nature réglementaire (1^{re} Civ., 14 février 2013, QPC n° 12-23.968 ; 3^e Civ., 21 janvier 2013, QPC n° 12-19.870, *Bull.* 2013, III, n° 8 ; Soc., 11 juillet 2013, QPC n° 13-40.022, *Bull.* 2013, V, n° 196) ou seulement jurisprudentielle (Soc., 28 novembre 2012, QPC n° 11-17.941, *Bull.* 2012, V, n° 308 ; 1^{re} Civ., 23 octobre 2013, QPC n° 13-15.578).

Enfin, la troisième chambre civile a rejeté la critique déguisée d'une pratique administrative d'évaluation : « Attendu que la question posée [...] ne vise ni le texte de l'article L. 135 B du livre des procédures fiscales, ni son interprétation jurisprudentielle, mais se borne à contester l'interprétation faite par la direction générale des impôts dans son instruction du 23 octobre 2007 » (3^e Civ., 25 septembre 2013, QPC n° 13-40.046, *Bull.* 2013, III, n° 111).

6. Interprétation jurisprudentielle constante d'une disposition législative

Cette année, se sont multipliées les QPC portant sur l'interprétation jurisprudentielle constante d'une disposition législative. La Cour vérifie que les conditions posées par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 8 avril 2011, décision n° 2011-120 QPC, M. Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]) sont remplies. Elle rappelle le principe suivant lequel « s'il a été décidé que "tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative", sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la Cour suprême compétente, il résulte tant des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution et de l'article 23-5, alinéa 3, de l'ordonnance

n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que des décisions du Conseil constitutionnel, que la contestation doit concerner la portée que donne à une disposition législative précise l'interprétation qu'en fait la juridiction suprême de l'un ou l'autre ordre» (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 27 février 2013, QPC n° 12-40.100). Elle a ainsi déclarée irrecevable une QPC qui «ne vise aucune disposition législative et se borne à contester une règle jurisprudentielle sans préciser le texte législatif dont la portée serait, en application de cette règle, de nature à porter atteinte au principe constitutionnel» invoqué (à propos des expertises biologiques dans le cadre des actions en recherche de paternité, même arrêt).

Elle juge également irrecevable la question «qui ne tend qu'à contester la constitutionnalité de la portée donnée par la décision rendue dans la même instance à une disposition législative» (1^{re} Civ., 14 mai 2013, QPC n° 13-10.109).

Elle vérifie s'il existe bien «en l'état» «une interprétation jurisprudentielle constante [...] sur le fondement de la disposition législative critiquée (voir, par exemple, Com., 29 janvier 2013, QPC n° 12-40.089; dans le même sens, 1^{re} Civ., 13 février 2013, QPC n° 12-19.354).

Elle a par exemple jugé non sérieuse «la question prioritaire de constitutionnalité [qui] ne critique pas une interprétation jurisprudentielle constante, par la Cour de cassation, du texte visé, mais une méthode d'évaluation des biens expropriés que les juges du fond peuvent souverainement retenir» (3^e Civ., 14 mars 2013, QPC n° 12-24.995).

Une fois reconnu que la question posée concerne bien une disposition législative «telle qu'interprétée par la Cour de cassation», celle-ci procède alors à l'examen de son caractère sérieux.

Elle a ainsi jugé non sérieuses les questions portant, par exemple :

- sur sa jurisprudence ouvrant les droits reconnus par l'article L. 135 B du livre des procédures fiscales au propriétaire de biens sur lesquels un droit de préemption urbain est exercé (3^e Civ., 13 février 2013, QPC n° 12-40.096, *Bull.* 2013, III, n° 24);
- sur l'exclusion de l'intervention à l'instance correctionnelle de l'assureur de la victime d'une infraction intentionnelle dès lors que la Cour de cassation «applique strictement les termes clairs et précis» de l'article 388-1 du code de procédure pénale (Crim., 29 janvier 2013, QPC n° 12-83.249);
- sur les difficultés de rechercher la responsabilité du professionnel intervenu dans une vente d'un lot de copropriété lors d'une action en diminution de prix (3^e Civ., 10 janvier 2013, QPC n° 12-40.084, *Bull.* 2013, III, n° 1).

À plusieurs reprises, la jurisprudence de la chambre sociale a fait l'objet de questions dont aucune n'a été renvoyée à l'examen du Conseil constitutionnel. Il en est ainsi de sa jurisprudence sur l'indemnisation du préjudice d'anxiété des victimes de l'amiante au regard du principe de responsabilité personnelle. Pour la chambre «l'indemnisation du préjudice d'anxiété qui repose sur l'exposition des salariés au risque créé par leur affectation dans un établissement figurant sur une liste établie par arrêté où étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, en premier lieu n'exclut pas toute cause d'exonération de responsabilité, en second lieu ne constitue ni une charge publique, ni un avantage disproportionné» (Soc., 27 juin 2013, QPC n° 12-29.347, *Bull.* 2013, V, n° 176).

Quant à la première chambre civile, elle a renvoyé au Conseil constitutionnel l'interprétation constante de l'article 29-3 du code civil suivant laquelle le régime de l'action négatoire de nationalité n'est soumise à aucune prescription. Le Conseil constitutionnel n'a pas jugé cette jurisprudence constante contraire à la Constitution (Cons. const., 22 novembre 2013, décision n° 2013-354 QPC, Mme Charly K. [Imprescriptibilité de l'action du ministère public en négation de la nationalité française]).

7. Grievs ne visant pas des atteintes aux droits et libertés garantis par la Constitution

La Cour de cassation vérifie que les griefs d'inconstitutionnalité portent bien sur des atteintes à un droit ou une liberté garantis par la Constitution au sens de l'article 61-1 de la Constitution (2^e Civ., 13 juin 2013, QPC n° 13-40.019, *Bull.* 2013, II, n° 123).

N'est alors pas sérieuse une QPC invoquant « la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi » (2^e Civ., 10 octobre 2013, QPC n° 13-14.030).

Ou sont irrecevables les griefs d'inconstitutionnalité fondés :

- sur un article de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui n'existe pas (Com., 4 juin 2013, QPC n° 13-40.012) ou qui n'institue pas un droit ou une liberté comme les articles 14 de la Déclaration de 1789, 13 et 19 de la Constitution (même arrêt) ;
- sur la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (1^{re} Civ., 23 octobre 2013, QPC n° 13-40.054 ; Com., 29 novembre 2013, QPC n° 13-40.055).

8. Applicabilité au litige ou à la procédure

Par un communiqué mis en ligne sur son site internet dans la rubrique « À la Une » d'octobre 2012, le Conseil constitutionnel avait rappelé qu'il appartenait aux seules juridictions saisies de l'instance de préciser quelle disposition est applicable au litige.

Il a confirmé l'office du juge à l'occasion d'une question transmise par la Cour de cassation portant sur l'intégralité de la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer qui comportait plus d'une cinquantaine d'articles et contre laquelle le requérant invoquait une atteinte à plus de dix-sept articles du bloc de constitutionnalité (Com., 4 juin 2013, QPC n° 13-40.017).

Faute pour les juges d'avoir précisé les dispositions législatives applicables au litige, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il n'y avait pas lieu pour lui de statuer (Cons. const., 26 juillet 2013, décision n° 2013-334/335 QPC, Société Somaf et autre [Loi relative à l'octroi de mer]).

La Cour de cassation prend en compte les exigences du Conseil constitutionnel.

Elle prend soin d'expliquer en quoi les dispositions critiquées sont applicables au litige (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 20 février 2013, QPC n° 12-40.093 ; 2^e Civ., 21 novembre 2013, QPC n° 13-13.896, *Bull.* 2013, II, n° 224 ; Com., 9 juillet 2013, QPC n° 13-40.030 ; Crim., 9 janvier 2013, QPC n° 12-86.832), de distinguer, dans la

même décision, les dispositions applicables de celles inapplicables au litige (voir, par exemple, Soc., 20 février 2013, QPC n° 12-40.095, *Bull.* 2013, V, n° 48).

La Cour de cassation motive les raisons pour lesquelles la disposition critiquée n'est pas applicable au litige.

C'est souvent le cas dans le contentieux des cotisations de sécurité sociale. Ainsi, les dispositions qui déterminent l'organisation, les compétences ou les attributions des organismes de recouvrement ne sont pas applicables aux litiges qui concernent la procédure de recouvrement forcé de cotisations (voir, par exemple, 2^e Civ., 13 juin 2013, QPC n° 13-40.019, *Bull.* 2013, II, n° 123 ; 2^e Civ., 12 septembre 2013, QPC n° 13-40.041).

La chambre commerciale a jugé que la sanction pénale critiquée n'était pas « applicable au litige, lequel concerne une instance civile engagée par la redevable de la taxe locale sur les publicités extérieures afin d'obtenir restitution de fonds versés par elle à ce titre » (Com., 3 septembre 2013, QPC n° 13-40.035).

La chambre sociale a estimé irrecevable une QPC portant sur des dispositions « qui ne contiennent aucune règle de répartition de compétence entre le tribunal d'instance et le conseil de prud'hommes » alors que le litige « porte sur la détermination de la juridiction compétente pour connaître d'un litige opposant un marin à un armateur, à la suite d'une exception d'incompétence d'un conseil de prud'hommes au profit d'un tribunal d'instance, soulevée en défense » (Soc., 3 juillet 2013, QPC n° 13-40.026).

En matière pénale, la disposition portant sur la régularité de la mise à exécution d'une condamnation définitive antérieure, par le procureur de la République, chargé, en application de l'article 707-1 du code de procédure pénale, de l'exécution des peines n'est pas applicable à la procédure devant le tribunal correctionnel, exclusivement saisi de poursuites du chef de violences aggravées commises en récidive (Crim., 14 novembre 2012, QPC n° 12-90.058).

La chambre criminelle a encore jugé que devant les juridictions de jugement « les dispositions du dernier alinéa du § III de l'article préliminaire du code de procédure pénale ne sont pas applicables à la procédure dès lors qu'elles ne concernent que les déclarations des personnes soupçonnées ou poursuivies ; qu'il en est de même des dispositions de l'article 173-1 du code de procédure pénale relatives aux nullités d'actes ou de pièces de l'information, dès lors qu'elles ne trouvent à s'appliquer que devant les juridictions d'instruction et non devant les juridictions de jugement et qu'une telle requête en nullité ne pouvait être déposée qu'au cours de l'instruction préparatoire » (Crim., 2 octobre 2013, QPC n° 13-85.036).

À l'occasion d'un pourvoi contre l'ordonnance du président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel qui lui avait partiellement accordé une réduction supplémentaire de peine, un requérant avait posé une QPC sur l'article 132-9 du code pénal relatif à l'état de récidive légale ; la chambre criminelle a jugé que cet état « a été constaté par la décision de condamnation devenue définitive et non par les juridictions de l'application des peines. Dès lors, la disposition contestée n'est pas applicable au litige ou à la procédure » (Crim., 12 décembre 2012, QPC n° 12-86.585).

Enfin, la Cour précise la version de la disposition critiquée applicable au litige.

Ainsi, après examen du dossier de la procédure, la deuxième chambre civile a constaté que « la vente du bien immobilier de la SCI, placée en liquidation judiciaire avant le

1^{er} janvier 2006, n'était pas soumise aux dispositions de l'ordonnance du 1^{er} avril 2006, de sorte que l'article 2212 du code civil issu de cette ordonnance n'est pas applicable au litige» (2^e Civ., 20 décembre 2012, QPC n° 12-40.077).

Si la plupart du temps la Cour de cassation se contente de vérifier l'existence d'un lien réel et suffisant entre le litige et la disposition critiquée, il lui arrive parfois d'examiner l'effet utile d'une éventuelle abrogation de la loi critiquée, son incidence sur le litige. Elle se demande alors si l'auteur de la QPC présente en quelque sorte un intérêt personnel à contester la disposition.

Saisie d'une QPC portant sur l'article 695-29 du code de procédure pénale prévoyant que la personne recherchée comparaît devant la chambre de l'instruction dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date de sa présentation au procureur, la chambre criminelle a examiné les pièces du dossier et a conclu que le requérant était en l'espèce «sans intérêt à contester le défaut, dans la disposition critiquée, d'une sanction au dépassement du délai qu'elle prescrit» (Crim., 25 juin 2013, QPC n° 13-84.355 et n° 13-84.149).

De la même façon, «les dispositions [de l'article 199, alinéas 3 et 4, du code de procédure pénale sur le rôle de l'avocat ou la comparution personnelle des parties] ne sont pas applicables à la procédure, dès lors que, la chambre de l'instruction ayant ordonné la comparution personnelle du requérant et l'ayant entendu à l'audience, une déclaration d'inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait dépourvue d'incidence sur la solution du pourvoi» (Crim., 17 avril 2013, QPC n° 13-80.728).

À l'occasion d'un litige devant le juge de l'exécution sur les difficultés d'exécution d'une condamnation au paiement d'une somme d'argent assortie des intérêts dont la capitalisation est autorisée sur le fondement de l'article 1154 du code civil, la première chambre civile a estimé que «l'inconstitutionnalité alléguée» de l'article 1154 du code civil sur la capitalisation des intérêts, «à la supposer encourue, serait sans incidence sur la procédure engagée [...], la créance invoquée à l'appui de la mesure d'exécution forcée résultant en effet d'une décision irrévocable, ayant autorité de la chose jugée à l'égard des parties en présence et s'imposant au juge de l'exécution» (1^{re} Civ., 4 juin 2013, QPC n° 13-40.013).

9. Changements des circonstances permettant le réexamen d'une disposition déjà déclarée conforme

En 2013, la Cour de cassation n'a pas constaté de changements des circonstances justifiant le réexamen d'une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution. Les difficultés ont porté essentiellement sur le sort réservé aux dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution, mais modifiées par des lois ultérieures.

Pour la Cour de cassation, des modifications «substantielles» peuvent constituer un changement des circonstances de droit ou de fait «qui justifierait le réexamen de la disposition législative critiquée» (3^e Civ., 4 décembre 2013, QPC n° 13-40.056, *Bull.* 2013, III, n° 155). Cependant, parmi les modifications législatives examinées, aucune n'a été «constitutive d'un changement de circonstances de droit ou de fait qui, affectant la portée de la disposition législative critiquée, en justifierait le réexamen» (1^{re} Civ., 26 juin 2013, QPC n° 13-40.027 ; 3^e Civ., 14 mars 2013, QPC n° 12-24.995 ;

2^e Civ., 20 décembre 2012, QPC n° 12-01.336; Soc., 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 148; Crim., 4 avril 2013, QPC n° 13-80.329).

Le raisonnement de la Cour rejoint celui du Conseil constitutionnel qui vérifie si une modification de dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution « n'est pas de nature à modifier l'appréciation de leur conformité à la Constitution » (Cons. const., 20 septembre 2013, décision n° 2013-340 QPC, M. Alain G. [Assujettissement à l'impôt sur le revenu des indemnités de licenciement ou de mise à la retraite], considérant 7).

Enfin, la Cour de cassation rappelle qu'une QPC ne peut pas être posée, sauf changement des circonstances, à l'encontre d'une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution mais critiquée sous un angle différent de celui examiné expressément par le Conseil constitutionnel (3^e Civ., 10 décembre 2013, QPC n° 13-16.078, *Bull.* 2013, III, n° 157).

B. Examen du caractère sérieux des QPC

Le nombre d'arrêts rendus en 2013 a baissé par rapport à 2012 de près de 10% pour la chambre criminelle et de près de 25% pour les chambres civiles (de 50% pour la première chambre civile).

En matière pénale, les critiques se sont concentrées encore cette année sur l'imprécision des incriminations, les investigations dans les lieux privés, la procédure d'instruction, le droit de la presse et la procédure devant la cour d'assises.

La première chambre civile a examiné des QPC relatives essentiellement au droit de la famille. La deuxième chambre civile s'est penchée en particulier sur le contentieux de la sécurité sociale. La troisième chambre civile a encore été saisie de questions relatives au droit de l'expropriation. La chambre commerciale a rendu beaucoup d'arrêts portant sur le droit fiscal et les procédures collectives. La majeure partie des QPC posées devant la chambre sociale concernait les règles de licenciement, les relations individuelles et collectives de travail, le temps de travail. Le débat sur la discrimination entre les hommes et les femmes s'est porté devant la Cour à l'occasion de l'examen de QPC.

1. QPC en matière pénale

a. Infractions pénales

Plus d'une trentaine de QPC ont porté sur des incriminations.

La plupart des questions concernent des infractions figurant dans des textes spéciaux (code du sport, code de la santé publique, code des transports, code de la route, code de la défense, code du travail, code de la sécurité intérieure, code de la consommation, code de l'action sociale et des familles, code forestier, code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile [CESEDA]).

À titre d'exemple, cette année, de nombreuses QPC ont reproché l'imprécision de la référence à la « minorité » d'une personne comme élément constitutif de l'infraction. La Cour n'a pas jugé sérieuse une QPC sur la corruption de mineurs (Crim., 20 février 2013, QPC n° 12-90.074) en formulant une sorte de « directive d'interprétation » pour les juges du fond : « L'article 227-22 du code pénal, qui définit de manière suffisamment claire et précise le délit de corruption de mineur, lequel, reprenant les éléments constitutifs de l'ancien délit d'excitation de mineur à la débauche, incrimine les agissements, qui par leur nature, traduisent, de la part de leur auteur, la volonté de pervertir la sexualité d'un mineur. » Elle n'a pas non plus jugé sérieuse la QPC portant sur l'incrimination du recours à des services non rétribués de personnes vulnérables ou dépendantes (article 225-15-1 du code pénal) « dès lors que les notions de minorité [...] sont suffisamment claires et précises pour que leur interprétation, qui relève de l'office du juge pénal, s'effectue sans risque d'arbitraire » (Crim., 9 janvier 2013, QPC n° 12-82.627 ; voir, dans le même sens, la QPC sur la prostitution d'un mineur : Crim., 21 août 2013, QPC n° 13-90.021).

La chambre criminelle a employé des formules équivalentes du type « les dispositions légales critiquées sont suffisamment claires et précises, notamment en ce que [...], pour que leur interprétation, qui relève de l'office du juge, puisse se faire sans risque d'arbitraire » à propos d'autres infractions, notamment de nature sexuelle comme le viol par contrainte (Crim., 26 juin 2013, QPC n° 13-83.409), l'agression sexuelle (Crim., 7 août 2013, QPC n° 13-90.015 ; Crim., 18 décembre 2013, QPC n° 13-90.031), l'interdiction d'installations de magasins de produits pornographiques à proximité des écoles (Crim., 22 janvier 2013, QPC n° 12-90.065).

Par ailleurs, la chambre criminelle n'a pas sanctionné la technique de renvoi à d'autres textes aux motifs notamment « qu'il revient au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive ». Elle s'est prononcée ainsi à propos des délits d'entrave aux fonctions du délégué du personnel (Crim., 19 mars 2013, QPC n° 12-85.617 ; voir aussi Crim., 28 mai 2013, QPC n° 12-87.266). L'office du juge en matière pénale a été également reconnu pour des délits similaires d'entrave au libre exercice du droit syndical (Crim., 19 mars 2013, QPC n° 12-82.163), ou au fonctionnement régulier d'un comité d'entreprise (Crim., 24 juillet 2013, QPC n° 13-90.013).

En revanche, elle a jugé suffisamment sérieuse la QPC portant sur l'incrimination de fraude aux prestations sociales (Crim., 23 avril 2013, QPC n° 13-90.003) « dès lors que le législateur s'est abstenu de définir la nature des agissements entachés de fraude ». Mais, dans sa décision du 28 juin 2013 (n° 2013-328 QPC, Association Emmaüs Forbach [Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale], considérant 6), le Conseil constitutionnel a abrogé la loi sur un autre fondement, la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi pénale.

La chambre criminelle a été également saisie de questions concernant des incriminations pouvant porter atteinte à des libertés, comme la liberté d'expression (à propos de l'incrimination de la provocation à la haine ou à la violence lors d'une manifestation sportive : Crim., 8 janvier 2013, QPC n° 12-86.537), à la liberté religieuse (à propos de l'usage privé de stupéfiants dans le cadre d'un rite religieux : Crim., 6 février 2013, QPC n° 12-90.071), à la liberté d'information (à propos du secret des informations des agents des services de renseignement : Crim., 17 avril 2013, QPC n° 13-90.009, *Bull. crim.* 2013,

n° 93), à la liberté d'entreprendre (Crim., 18 juin 2013, QPC n° 13-90.011), à la présomption d'innocence (à propos de l'incrimination du refus, par une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, de se soumettre aux opérations de prélèvement externes : Crim., 25 juin 2013, QPC n° 13-82.618).

Elle a par exemple jugé que les obligations pesant sur les entreprises de transport de personnes à motocyclette et non sur les entreprises de transport en automobile pouvaient être de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant la loi, à la liberté du travail, à la liberté d'entreprendre et à la libre concurrence. Elle a alors renvoyé la question au Conseil constitutionnel (Crim., 19 mars 2013, QPC n° 12-90.076).

Cependant, le Conseil constitutionnel n'a pas censuré la loi sur ces motifs. Il a estimé que la peine complémentaire d'interdiction « pour une durée de cinq ans au plus, d'entrer et de séjourner dans l'enceinte d'une ou plusieurs infrastructures aéroportuaires ou portuaires, d'une gare ferroviaire ou routière, ou de leurs dépendances, sans y avoir été préalablement autorisé par les autorités de police territorialement compétentes », était « manifestement disproportionnée » (Cons. const., 7 juin 2013, décision n° 2013-318 QPC, M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur], considérant 19).

C'est aussi au regard du grief d'imprécision de la loi que l'article 121-3 du code pénal incriminant la faute caractérisée a été examinée. Il n'a pas donné lieu à un renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel, la chambre criminelle estimant que « le législateur, se fondant sur des critères qui ne sont pas, de manière manifeste, inappropriés à l'objet poursuivi, a entendu placer cette personne dans une situation plus favorable que l'auteur direct du dommage dont la responsabilité pénale peut être engagée pour une simple maladresse, imprudence, inattention ou négligence ; que la disposition critiquée, qui laisse au juge le soin de qualifier des comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive, est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire et dans des conditions garantissant tant le respect de la présomption d'innocence que l'intégralité des droits de la défense » (Crim., 24 septembre 2013, QPC n° 12-87.059, *Bull. crim.* 2013, n° 180).

b. Actes d'enquête dans les lieux privés ou attentatoires au respect de la vie privée

Depuis la mise en place de la QPC, les questions sont toujours nombreuses sur les pouvoirs d'investigation des agents de police dans des lieux privés ou pouvant porter atteinte à la vie privée.

En 2013, aucune de ces QPC n'a été renvoyée au Conseil constitutionnel. Elles portaient sur :

- l'article L. 126-1 du code de la construction et de l'habitation prévoyant l'autorisation permanente donnée par les propriétaires ou exploitants d'immeubles à usage d'habitation à la police de pénétrer dans les parties communes (Crim., 20 février 2013, QPC n° 12-85.116) ;

- le pouvoir de perquisition dans un cabinet d’avocat prévu à l’article 56-1 du code de procédure pénale dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 (Crim., 3 avril 2013, QPC n° 12-88.021, *Bull. crim.* 2013, n° 75);
- le droit pour les agents des douanes d’accéder aux locaux professionnels et d’obtenir communication de documents prévu à l’article 63 ter du code des douanes (Crim., 23 avril 2013, QPC n° 12-86.503);
- les pouvoirs d’enquête des inspecteurs du travail au sens de l’article L. 8112-4 du code du travail (Crim., 5 février 2013, QPC n° 12-90.068);
- les pouvoirs de contrôle des agents de l’administration fiscale (Crim., 19 juin 2013, QPC n° 12-87.880);
- les conditions de restitution des objets saisis prévues à l’article 41-4 du code de procédure pénale (Crim., 19 juin 2013, QPC n° 12-88.072), à l’article 99-2 du code de procédure pénale (Crim., 19 juin 2013, QPC n° 12-88.367);
- la saisie d’un navire et le cautionnement (Crim., 7 août 2013, QPC n° 13-90.014).

Une décision illustre l’intérêt du contrôle *a posteriori* de la loi. En effet, la loi récente n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale et en particulier à garantir l’exécution de la peine complémentaire de confiscation n’avait pas fait l’objet d’un contrôle *a priori* de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. Or, à l’occasion d’une QPC, l’ensemble des dispositions de cette loi sur les saisies spéciales a été critiqué par un justiciable (articles 706-141 à 706-165 du code de procédure pénale).

La chambre criminelle a toutefois jugé que la question n’était pas sérieuse aux motifs que « d’une part, les saisies spéciales prévues par les textes visés ne peuvent être ordonnées, selon les conditions définies par l’article 131-21 du code pénal, que si elles sont destinées à garantir l’exécution d’une peine de confiscation susceptible d’être prononcée dans les cas limitativement énumérés par ledit code, que d’autre part, ces saisies sont autorisées ou ordonnées par un juge, également compétent pour statuer sur leur exécution ou sur les actes ayant pour conséquence de transformer, modifier substantiellement le bien en cause ou d’en réduire la valeur, et qu’enfin, elles sont notifiées à la personne concernée, au propriétaire d’un bien ou du droit incorporel en cause ainsi qu’aux tiers intéressés qui peuvent les déférer à la chambre de l’instruction; qu’en outre, les articles 41-4, 99, 479 et 543 du code de procédure pénale instituent des procédures de restitution des biens placés sous main de justice qui sont assorties de voies de recours, les droits des tiers étant préservés par la mise en œuvre des articles 41-5 et 99-2 du même code » (Crim., 5 février 2013, QPC n° 12-90.069).

De son côté, la chambre commerciale avait renvoyé une QPC sur les articles 62 et 63 du code des douanes permettant aux agents des douanes de procéder à des visites à bord de tout navire sans autorisation judiciaire préalable (Com., 1^{er} octobre 2013, QPC n° 13-10.214). Le Conseil a abrogé ces dispositions (Cons. const., 29 novembre 2013, décision n° 2013-357 QPC, Société Wesgate Charters Ltd [Visite des navires par les agents des douanes]).

Quant à la question sur la géolocalisation, la chambre criminelle a tiré les conséquences de sa jurisprudence récente (Crim., 22 octobre 2012, pourvoi n° 13-81.945, *Bull. crim.* 2013, n° 196) pour la juger inopérante aux motifs qu’elle ne peut être réalisée

que sous le contrôle d'un juge (Crim., 19 novembre 2013, QPC n° 13-84.909, *Bull. crim.* 2013, n° 233).

Enfin, la chambre criminelle a estimé que les prélèvements sanguins réalisés sur les conducteurs en vue d'un dépistage de stupéfiants ne sont pas contraires à la dignité, à l'inviolabilité et au principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser (Crim., 18 décembre 2013, QPC n° 13-90.028).

C. Procédure d'instruction

Des QPC ont porté sur les conditions de notification des ordonnances du juge d'instruction aux personnes intéressées, l'article 183 du code de procédure pénale distinguant les notifications directes par mention au dossier de celles effectuées par lettres recommandées simples. Rappelant sa jurisprudence permettant d'assouplir les effets d'une réception tardive, la chambre criminelle a jugé que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que la preuve de la nature, de la date et des formes utilisées pour la notification des ordonnances du juge d'instruction aux personnes intéressées résulte suffisamment de la mention portée au dossier par le greffier, que cette notification est faite simultanément, selon les mêmes modalités, à leurs avocats, et que le délai que la notification fait courir peut être prorogé lorsqu'un obstacle insurmontable a mis la partie concernée dans l'impossibilité d'agir en temps utile » (Crim., 19 mars 2013, QPC n° 12-84.957 ; Crim., 17 avril 2013, QPC n° 13-81.414).

La Cour de cassation n'hésite pas à employer la technique du Conseil constitutionnel consistant à émettre des réserves d'interprétation. Par exemple, n'a pas été jugée sérieuse la QPC portant sur la disposition permettant au juge d'instruction de rendre une ordonnance de renvoi se limitant à reproduire le réquisitoire du procureur de la République « à la condition que cette ordonnance précise, sans insuffisance ni contradiction, les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen, et réponde aux articulations essentielles des observations formulées le cas échéant par les parties » (Crim., 24 avril 2013, QPC n° 12-86.858).

La chambre criminelle avait renvoyé au Conseil constitutionnel la QPC portant sur l'article 695-46 du code de procédure pénale sur le mandat européen (Crim., 19 février 2013, QPC n° 13-80.491).

Après avoir saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur l'interprétation de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen (CJUE, arrêt du 30 mai 2013, PPU, C-168/13), le Conseil constitutionnel a considéré qu'en excluant tout recours contre la décision de la chambre de l'instruction autorisant, après la remise d'une personne à un Etat membre de l'Union européenne en application d'un mandat d'arrêt européen, l'extension des effets de ce mandat à d'autres infractions, les dispositions du quatrième alinéa de l'article 695-46 du code de procédure pénale portent atteinte au principe d'égalité devant la justice et au droit à un recours juridictionnel effectif (Cons. const., 14 juin 2013, décision n° 2013-314 QPC, M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen]).

La chambre criminelle a rejeté des QPC portant sur le système de purge des nullités.

Ainsi, elle a estimé que « le système de purge successive des nullités au cours d'une instruction qui, instauré par les dispositions législatives contestées, aboutit à impartir un délai pour agir aux seules parties et témoins assistés, est justifié par un objectif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi, que le contrôle de la légalité des actes de l'information peut toujours être assuré par la chambre de l'instruction relativement aux procédures qui lui sont soumises et que la personne mise en examen conserve la faculté de discuter la valeur probante des pièces de la procédure devant la juridiction de jugement » (Crim., 8 janvier 2013, QPC n° 12-86.591).

Elle a également considéré que l'impossibilité de soulever devant le tribunal correctionnel des nullités lorsqu'il est saisi par renvoi du juge d'instruction ou de la chambre de l'instruction est « destiné[e] à éviter une remise en cause tardive de l'information de nature à fragiliser les procédures, [...] justifié[e] par l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et [ne porte pas atteinte aux] droits de la défense, dès lors que, d'une part, la chambre de l'instruction a le pouvoir de relever d'office tout moyen de nullité à l'occasion de l'examen de la régularité des procédures qui lui sont soumises, et, d'autre part, la personne mise en examen a toujours la faculté de contester la valeur probante des pièces de procédure devant la juridiction de jugement » (Crim., 12 février 2013, QPC n° 12-90.072 ; voir aussi Crim., 2 octobre 2013, QPC n° 13-85.036).

d. Procédure devant la cour d'assises

La procédure devant la cour d'assises a encore fait l'objet de QPC en 2013.

Il a ainsi été reproché, en vain, l'absence d'appel des décisions de la Cour d'assises portant sur les demandes de mise en liberté ou de contrôle judiciaire (Crim., 6 mars 2013, QPC n° 12-88.152), l'absence de motivation des peines de réclusion criminelle et d'emprisonnement prononcées par les cours d'assises (voir, par exemple, Crim., 29 mai 2013, QPC n° 12-86.630 ; Crim., 4 décembre 2013, QPC n° 13-82.521), la purge des vices de procédure par la décision définitive de mise en accusation (Crim., 26 juin 2013, QPC n° 13-83.409) et le contenu du procès-verbal des débats devant la cour d'assises signé à la fois par le président et le greffier et ne mentionnant pas les réponses des accusés ni le contenu des dépositions, sauf décision contraire (Crim., 26 juin 2013, QPC n° 13-83.409, n° 3554).

À l'occasion d'une QPC portant sur l'obligation faite aux jurés de cour d'assises de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de leurs fonctions (Crim., 17 avril 2013, QPC n° 13-90.004), la chambre criminelle a indiqué, de manière plus générale, que « l'obligation de conserver le secret des délibérations, édictée par la loi française dans le but de garantir l'indépendance des juges et l'autorité de leurs décisions, applicable, devant toutes les juridictions, aussi bien aux magistrats professionnels qu'aux citoyens prêtant leur concours à la justice, ne contrevient pas à la liberté de conscience ».

e. Exécution des peines

Le régime des réductions de peine a donné lieu à quelques QPC au cours de l'année 2013.

Saisie de QPC relatives à la nécessité de recueillir l'avis de la commission de l'application des peines et aux conditions d'attribution des réductions de peine (articles 712-5 et 721 du code de procédure pénale), la chambre criminelle a répondu que « le juge de l'application des peines, après avoir, sauf urgence, recueilli l'avis de la commission de l'application des peines, organe administratif qu'il préside, et auquel participe le procureur de la République chargé, en application de l'article 707-1 du code de procédure pénale, de l'exécution des peines, et au vu des arguments du condamné ou de son avocat, statue par une ordonnance motivée sur tout retrait d'un crédit de réduction de peine; que le condamné peut interjeter appel en cas de décision défavorable; qu'en appel, le président de la chambre de l'application des peines, après réception des observations écrites du ministère public et de celles du condamné ou de son avocat, rend une décision motivée susceptible d'un pourvoi en cassation; qu'ainsi, à l'évidence, les règles applicables respectent les droits et libertés garantis par la Constitution qu'invoquent les questions prioritaires de constitutionnalité » (Crim., 9 janvier 2013, QPC n° 12-86.832; voir aussi, par exemple, Crim., 9 octobre 2013, QPC n° 13-85.760).

f. Justice des mineurs

La disposition selon laquelle le juge d'instruction a le pouvoir discrétionnaire de renvoyer un mineur pour des faits commis avant et après ses seize ans, soit devant la seule cour d'assises, soit également devant le tribunal pour enfants, a été renvoyée au Conseil constitutionnel au motif qu'elle pouvait porter atteinte au principe d'égalité devant la justice (Crim., 25 septembre 2013, QPC n° 13-90.025, *Bull. crim.* 2013, n° 181).

Cette disposition a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 29 novembre 2013, décision n° 2013-356 QPC, M. Christophe D. [Prorogation de compétence de la cour d'assises des mineurs en cas de connexité ou d'indivisibilité]). Il a considéré que cette faculté « dépend de considérations objectives propres à chaque espèce et notamment de la nature des faits, de leur nombre, de la date de leur commission, de leurs circonstances, du nombre et de la situation des victimes, de l'existence et de l'âge de co-accusés qui caractérisent un lien d'indivisibilité ou de connexité et permettent d'apprécier l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (considérant 9). Il a dégagé les garanties entourant ce pouvoir accordé au juge d'instruction. Son ordonnance de règlement est prise après réquisitions du ministère public et observations des parties. Elle est motivée et susceptible d'appel. Enfin, « les dispositions contestées sont sans effet sur l'obligation, pour les juridictions de jugement saisies, de respecter les droits de la défense et sur les peines, les mesures de surveillance et les mesures éducatives qui peuvent être prononcées » (considérant 11).

g. Droit pénal de la presse

L'année 2013 a été marquée par le renvoi de plusieurs QPC portant sur le droit de la presse.

Le délai de prescription des délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion de l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 a été déclaré conforme à la Constitution (Crim., 22 janvier 2013, QPC n° 12-90.064; Cons. const., 12 avril 2013, décision n° 2013-302 QPC, M. Laurent A. et autres [Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion]).

L'interdiction faite, par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, au prévenu de diffamation de rapporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires a été déclarée contraire à la Constitution aux motifs qu'elle portait à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi (Crim., 19 mars 2013, QPC n° 12-90.075 ; Cons. const., 7 juin 2013, décision n° 2013-319 QPC, M. Philippe B. [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision], considérant 9).

Les dispositions limitant la poursuite de délits commis à l'encontre des collectivités territoriales furent abrogées par le Conseil constitutionnel (Crim., 21 août 2013, QPC n° 13-90.020 ; Cons. const., 25 octobre 2013, décision n° 2013-350 QPC, Commune du Pré-Saint-Gervais [Mise en œuvre de l'action publique en cas d'injure ou de diffamation publique envers un corps constitué]).

En revanche, les questions portant sur le formalisme de la citation en justice et sur les infractions d'incitation à la haine et de contestation de crimes contre l'humanité n'ont pas été renvoyées devant le Conseil constitutionnel (Crim., 19 février 2013, QPC n° 12-84.302 ; Crim., 16 avril 2013, QPC n° 13-90.008 ; Crim., 16 avril 2013, QPC n° 13-90.010).

2. QPC en matière civile

a. Droit de la famille

Ce sont des dispositions en droit de la famille qui ont fait l'objet des plus nombreuses QPC devant la première chambre civile.

Par exemple, la première chambre civile n'a pas jugé sérieuse la QPC portant sur la constitutionnalité de l'article 353-2 du code civil qui limite la recevabilité de la tierce opposition au jugement d'adoption à la seule situation dans laquelle l'adoptant a commis un dol ou une fraude (1^{re} Civ., 14 mai 2013, QPC n° 12-26.153). Elle a estimé que la « qualité pour agir est largement entendue et le délai d'action est régi par le droit commun » et que cette restriction du droit à agir en tierce opposition est proportionnée à « l'objectif de sécurité et de stabilité de la filiation adoptive poursuivi ».

N'a pas été jugée sérieuse la QPC portant sur la constitutionnalité de l'article 327 du code civil sur les conditions d'action en recherche de paternité (1^{re} Civ., 28 mars 2013, QPC n° 13-40.001). Était, en l'espèce, contestée l'impossibilité pour tout homme de se soustraire à une action en recherche judiciaire de paternité hors mariage alors que les femmes peuvent accoucher sous X.

En matière de droit des successions, la Cour de cassation a renvoyé la QPC portant sur l'article 918 du code civil aux motifs que « la présomption légale irréfragable de gratuité d'une aliénation soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, qui conduit, dans la succession du vendeur, à imputer la valeur en pleine propriété des biens ainsi aliénés sur la quotité dont le défunt pouvait librement disposer et obliger l'héritier acquéreur à rapporter à la masse l'excédent s'il y en a, pourrait être considérée comme portant atteinte au droit de propriété de ce dernier sur le bien acquis à titre onéreux » (1^{re} Civ., 12 juin 2013, QPC n° 13-16.511).

Le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée aux conditions d'exercice du droit de propriété. Leur champ d'application est précisément défini et est en adéquation avec l'objet de la loi. La valeur du bien aliéné s'impute sur la quotité disponible, l'héritier étant seulement tenu, le cas échéant d'indemniser les autres héritiers réservataires tout en conservant la propriété du bien acquis. Enfin les parties peuvent écarter l'application des dispositions contestées avec le consentement des autres héritiers réservataires (Cons. const., 1^{er} août 2013, décision n° 2013-337 QPC, M. Didier M. [Présomption irréfragable de gratuité de certaines aliénations]).

b. Contentieux de la sécurité sociale

C'est encore en matière de sécurité sociale que les QPC devant la deuxième chambre civile ont été les plus nombreuses cette année.

La plupart d'entre elles ont porté sur le calcul des cotisations de sécurité sociale au regard du principe d'égalité devant les charges publiques.

La Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel deux QPC :

- sur les cotisations de sécurité sociale dues par un travailleur indépendant, lorsqu'il exerce son activité dans un département d'Outre-mer car elles sont calculées à titre définitif sur la base du revenu professionnel de l'avant-dernière année, alors qu'elles font l'objet, pour les mêmes travailleurs exerçant leur activité en métropole, d'une cotisation provisionnelle assise sur le revenu professionnel de l'avant-dernière année, puis d'une régularisation lorsque le revenu professionnel est définitivement connu (2^e Civ., 17 janvier 2013, QPC n° 12-40.088) ;
- sur l'exclusion du personnel des chambres de commerce et d'industrie territoriales, lorsqu'elles exploitent un établissement industriel et commercial, du bénéfice de la réduction de cotisations employeur de sécurité sociale (2^e Civ., 17 janvier 2013, QPC n° 12-40.090).

Le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositifs conformes à la Constitution (Cons. const., 5 avril 2013, décision n° 2013-301 QPC, Mme Annick D. épouse L. [Cotisations et contributions sociales des travailleurs non salariés non agricoles outre-mer] ; Cons. const., 5 avril 2013, décision n° 2013-300 QPC, Chambre de commerce et d'industrie de Brest [Champ d'application de la « réduction Fillon » des cotisations patronales de sécurité sociale]).

En revanche, n'a pas été jugé sérieuse la QPC portant sur les dispositions du code du travail qui imposent une obligation de vigilance des donneurs d'ordre sur leurs sous-traitants sous peine d'avoir à régler les cotisations sociales de ces derniers (2^e Civ., 28 février 2013, QPC n° 12-40.099, *Bull.* 2013, II, n° 46) aux motifs notamment que ces dispositions « s'inscrivent dans le dispositif de lutte contre le travail dissimulé et tendent à assurer la loyauté de la concurrence ».

Par exemple encore, les principes de double affiliation et double cotisation en cas d'exercice simultané d'une activité salariée et d'une activité non salariée ne sont pas contraires au principe d'égalité devant les charges publiques car « les dispositions critiquées imposent ainsi une charge également répartie, fondée sur des critères objectifs

et rationnels en fonction des buts que le législateur se propose de poursuivre » (2^e Civ., 21 novembre 2013, QPC n° 13-40.058).

Souvent, les griefs portent sur l'imprécision de la loi. Ainsi, par exemple, dans le régime général des travailleurs salariés, la détermination du plafond au-delà duquel la pension d'invalidité est diminuée ou suspendue lorsqu'elle se cumule avec une rente d'accident du travail repose sur l'analyse des salaires. Or, il était soutenu que l'imprécision des modalités de détermination du salaire de comparaison ouvre la voie à de multiples références au sein des caisses primaires d'assurance maladie et conduit ainsi à une rupture d'égalité entre les assurés. Mais, la deuxième chambre civile n'a pas jugé sérieuse cette question (2^e Civ., 14 février 2013, QPC n° 12-22.405).

Le principe plus général d'égalité devant la loi est aussi très souvent invoqué. Il en fut ainsi à propos du calcul des trimestres de retraite et de la coexistence de régimes de retraites différents comportant des règles distinctes d'affiliation, d'assiette et de taux de cotisation. Une QPC a par exemple été posée sur l'article L. 381-1 du code de la sécurité sociale qui a pour objet de valider, au regard de l'assurance vieillesse, les périodes pendant lesquelles une personne se consacre à un jeune enfant ou à un adulte ou un enfant handicapé. Il institue, par esprit de solidarité, un régime dérogatoire à l'intention de certaines personnes écartées du bénéfice du régime de droit commun. Cette QPC n'a pas été renvoyée au Conseil constitutionnel (2^e Civ., 23 mai 2013, QPC n° 13-40.014).

Le principe d'égalité vient encore à l'appui de QPC portant sur les régimes d'indemnisation.

Le principe constitutionnel d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur permette aux personnes handicapées de cumuler des indemnités réparatrices qu'elles ont perçues avec la prestation compensatoire du handicap qui est dépourvue de caractère indemnitaire et dont le montant est modulé en fonction des besoins et des ressources de chaque personne handicapée (2^e Civ., 28 février 2013, QPC n° 12-23.706 sur l'article L. 245-1 du code de la sécurité sociale).

De nombreuses QPC critiquent à cet égard le traitement discriminatoire infligé aux étrangers en situation irrégulière.

Ainsi, n'a pas été jugée sérieuse la QPC portant sur l'article L. 706-3, 3°, du code de procédure pénale obligeant les étrangers non-issus d'un État membre de l'Union européenne à invoquer des traités ou accords internationaux ou à justifier d'un séjour régulier en France pour avoir accès à la CIVI (2^e Civ., 6 juin 2013, QPC n° 12-28.440; 2^e Civ., 5 septembre 2013, QPC n° 13-40.037).

c. Expropriation

Le droit de l'expropriation a encore été le terrain privilégié des QPC posées devant la troisième chambre civile.

En particulier, l'article L. 135 B du livre des procédures fiscales permet aux expropriés de solliciter gratuitement auprès de l'administration des termes de comparaison pour évaluer la valeur de leur bien.

Cependant, il était reproché à l'administration de ne pas accorder le même droit dans le cadre d'une procédure de préemption. La troisième chambre a répondu « qu'il

résulte de l'article L. 213-4 du code de l'urbanisme et de la jurisprudence de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, que le propriétaire de biens sur lesquels un droit de préemption urbain est exercé dispose des droits ouverts par l'article L. 135 B du livre des procédures fiscales» (3^e Civ., 13 février 2013, QPC n° 12-40.096, *Bull.* 2013, III, n° 24).

Était également critiquée l'absence de droit d'accès direct des expropriés aux informations relatives aux valeurs foncières détenues par l'administration aux motifs que cela pouvait constituer une atteinte au principe d'une procédure juste et équitable. Mais la troisième chambre a répondu que la question n'était pas sérieuse car les expropriés peuvent « obtenir gratuitement de cette administration, sur simple demande et sans restriction aux termes de la loi, la communication des éléments d'information en sa possession, nécessaires à l'appréciation de la valeur de leur bien » (3^e Civ., 25 septembre 2013, QPC n° 13-40.046, *Bull.* 2013, III, n° 111).

Était de nouveau critiquée la méthode d'évaluation par comparaison des biens et les abattements retenus par les juges de l'expropriation. La troisième chambre civile a constaté que, par décision du Conseil constitutionnel du 21 janvier 2011 (décision n° 2010-87 QPC, M. Jacques S. [Réparation du préjudice résultant de l'expropriation]), l'article L. 13-13 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique avait déjà été déclaré conforme à la Constitution et rappelé en tout état de cause que la question prioritaire de constitutionnalité ne critique pas une interprétation jurisprudentielle constante, par la Cour de cassation, du texte visé, mais une méthode d'évaluation des biens expropriés que les juges du fond peuvent souverainement retenir (3^e Civ., 14 mars 2013, QPC n° 12-24.995).

Enfin, la Cour de cassation n'a pas jugé sérieuse la QPC portant sur le 2^e alinéa de l'article L. 12-5 du code de l'expropriation qui permet à l'exproprié de faire constater par le juge de l'expropriation la perte de base légale de l'ordonnance portant transfert de propriété (3^e Civ., 13 décembre 2013, QPC n° 13-40.057, *Bull.* 2013, III, n° 163).

En revanche, de nombreuses QPC ont été renvoyées au Conseil constitutionnel :

- sur le délaissement, prévu à l'article L. 123-9 du code de l'urbanisme (3^e Civ., 11 avril 2013, QPC n° 13-40.004, *Bull.* 2013, III, n° 51), déclaré conforme par le Conseil constitutionnel (décision n° 2013-325 QPC du 21 juin 2013, M. Jean-Sébastien C. [Droit de délaissement d'un terrain inscrit en emplacement réservé]);
- sur la prise de possession par l'expropriant après paiement ou consignation d'une indemnité provisionnelle, prévue aux articles L. 15-4 et L. 15-5 du code de l'expropriation (3^e Civ., 20 juin 2013, QPC n° 13-40.018, *Bull.* 2013, III, n° 81 et 3^e Civ., 20 juin 2013, QPC n° 13-40.015, *Bull.* 2013, III, n° 82), déclarés conformes par le Conseil constitutionnel (décision n° 2013-338/339 QPC du 13 septembre 2013, Société Invest Hôtels Saint-Dizier Rennes et autre [Prise de possession d'un bien exproprié selon la procédure d'urgence];
- sur l'absence de recours de l'emphytéote contre l'ordonnance d'expropriation, et la perte de son droit réel sans indemnisation préalable, prévue par le premier alinéa de l'article L. 12-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique (3^e Civ., 4 juillet 2013, QPC n° 13-11.884), déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (décision n° 2013-342 QPC du 20 septembre 2013, SCI de la Perrière

Neuve et autre [Effets de l'ordonnance d'expropriation sur les droits réels ou personnels existant sur les immeubles expropriés]).

d. Office du juge en matière commerciale

La chambre commerciale a renvoyé au Conseil constitutionnel plusieurs dispositions permettant au juge de se saisir d'office :

- les articles L. 621-2 et L. 622-1 du code de commerce permettant au tribunal mixte de commerce de Papeete d'ouvrir d'office une procédure de liquidation judiciaire (Com., 18 septembre 2013, QPC n° 13-40.040), que le Conseil a abrogés (Cons. const., 15 novembre 2013, décision n° 2013-352 QPC, Société Mara Télécom et autre [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française]);
- les dispositions qui permettent au tribunal de commerce de se saisir d'office aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire (Com., 10 décembre 2013, QPC n° 13-17.438) ou aux fins de prononcer la résolution du plan de redressement en cours d'exécution et l'ouverture corrélatrice de la liquidation judiciaire du débiteur (Com., 20 décembre 2013, QPC n° 13-40.060).

En revanche, la Cour de cassation a refusé à trois reprises de renvoyer au Conseil constitutionnel des dispositions donnant au juge des pouvoirs d'injonction.

Ainsi, l'article L. 611-2, II, du code de commerce autorise le président du tribunal de commerce à adresser aux dirigeants d'une société commerciale qui ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables une injonction de le faire à bref délai sous astreinte.

La chambre commerciale a considéré que ces dispositions tendent à assurer une bonne information du président du tribunal de commerce, « que les restrictions aux principes de la liberté d'entreprendre et d'égalité devant la loi, qui peuvent résulter de ce texte, répondent à un motif d'intérêt général de transparence économique poursuivi par le législateur et ne portent pas une atteinte disproportionnée à ces principes qui aurait pour effet d'en dénaturer la portée; qu'en outre, le texte contesté offre aux dirigeants sociaux un recours en réformation ou en cassation, selon le montant de l'astreinte prononcée, à l'encontre de la décision de liquidation de celle-ci de nature à garantir le respect du principe de séparation des pouvoirs » (Com., 15 janvier 2013, QPC n° 12-40.086).

Elle a ajouté que « s'agissant de constater si les comptes annuels ont été déposés ou non, le risque de pré-jugement de la part de ce magistrat est exclu; qu'en outre, la procédure garantit aux dirigeants sociaux un débat contradictoire au stade de la liquidation de l'astreinte et leur offre un recours en réformation ou en cassation, selon le montant de l'astreinte prononcée, à l'encontre de la décision de liquidation de celle-ci de nature à garantir les droits de la défense » (Com., 3 septembre 2013, QPC n° 13-40.033).

De la même façon, la chambre commerciale n'a pas renvoyé les dispositions permettant au président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) de solliciter de l'autorité judiciaire à l'encontre des fournisseurs d'accès à internet une injonction d'avoir à interdire l'accès à un site internet, dès lors que l'éditeur de ce site n'a pas

déféré sous huit jours à la mise en demeure qui lui a été adressée (Com., 18 juin 2013, QPC n° 12-28.488).

e. Procédures collectives

La plupart des QPC en matière de procédures collectives n'ont pas donné lieu à un renvoi devant le Conseil constitutionnel. La chambre commerciale a considéré en effet que les règles critiquées poursuivent des objectifs particuliers tels que la reconstitution de l'actif du débiteur en difficulté, des impératifs d'efficacité et de célérité de la procédure collective, le désintéressement des créanciers du débiteur.

Par exemple, une QPC avait été posée à l'encontre de l'article L. 632-2 du code de commerce sur le régime des nullités de la période suspecte. La chambre commerciale a jugé que cette disposition «est d'intérêt général comme tendant à reconstituer l'actif du débiteur en difficulté et à sanctionner un acte ayant rompu l'égalité entre les créanciers; que le moyen utilisé consistant en une nullité facultative ne pouvant être prononcée qu'à l'encontre d'un créancier ayant connaissance de la cessation des paiements du débiteur, n'éteint pas la créance de celui qui a traité avec ce dernier ou de celui qui a reçu un paiement, mais a pour effet de la soumettre à la procédure de déclaration de créance» (Com., 26 mars 2013, QPC n° 12-40.106).

Saisie d'une QPC à l'encontre de l'article L. 621-46, alinéa 4, du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005, la chambre commerciale a décidé de ne pas la renvoyer au motif que l'extinction de la créance non déclarée sanctionne la défaillance du créancier ne se soumettant pas à la discipline collective instaurée en vue de la connaissance rapide du passif du débiteur (Com., 22 mai 2013, QPC n° 13-40.008).

Une question proche a été posée à l'encontre des articles L. 622-26 et L. 622-24 du code de commerce qui permettent de sanctionner le non-respect de l'obligation de déclarer les créances par un créancier placé dans l'impossibilité de connaître l'existence de sa créance dans les délais impartis.

La chambre commerciale n'a pas jugé la question sérieuse aux motifs que «les dispositions critiquées, dont le but est de permettre une connaissance rapide du passif, n'établissent aucune distinction injustifiée en différenciant les points de départ des délais impartis selon la date de naissance de la créance, la publicité dont les droits du créancier ont fait l'objet ou la qualité de victime d'une infraction pénale du créancier, et n'excluent aucun créancier placé dans l'impossibilité de connaître l'existence de sa créance dans les six mois du bénéfice du délai supplémentaire accordé pour agir en relevé de forclusion; [...] qu'elles ne portent pas une atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif en ce qu'elles ne font pas obstacle à la recevabilité d'une action en relevé de forclusion exercée après l'expiration du délai maximal d'un an prévu par l'article L. 622-26 du code de commerce par un créancier placé dans l'impossibilité d'agir pendant ce délai» (Com., 5 septembre 2013, QPC n° 13-40.034, *Bull.* 2013, IV, n° 127).

f. Licenciement

Une fois de plus, le principe d'égalité trouve un terrain favorable dans les QPC posées en matière sociale qui dénoncent, par exemple, le traitement privilégié des

salariés protégés ou les règles particulières de licenciement lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure collective.

L'article L. 1235-10, alinéa 3, du code du travail institue une différence de traitement en excluant la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique, en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi, lorsque l'employeur fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires (Soc., 9 janvier 2013, QPC n° 12-40.085, *Bull.* 2013, V, n° 3).

Le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la Constitution au motif que « le législateur a entendu tenir compte de la situation économique particulière de ces entreprises en cessation des paiements » (Cons. const., 28 mars 2013, décision n° 2013-299 QPC, Mme Maïtena V. [Procédure de licenciement pour motif économique et entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires]).

En revanche, la chambre sociale n'a pas jugée sérieuse la QPC portant sur la situation de l'employeur en liquidation judiciaire, qui est soumis, par application combinée des articles L. 641-4 du code de commerce et L. 3253-8 du code du travail, à la même obligation de reclassement préalable au licenciement d'un salarié pour motif économique que celle à laquelle est tenu un employeur *in bonis*, par application de l'article L. 1233-4 du code du travail, tout en l'obligeant à procéder au licenciement du salarié dans un délai de quinze jours de l'ouverture de la liquidation judiciaire (Soc., 19 avril 2013, QPC n° 13-40.006, *Bull.* 2013, V, n° 105).

Par ailleurs, n'a pas été renvoyée au Conseil constitutionnel la QPC relative à la règle suivant laquelle le licenciement d'un salarié investi d'un mandat de représentant du personnel ou d'un syndicat est nul s'il n'a pas été subordonné à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Pour la chambre sociale, cette règle trouve son fondement dans l'exigence constitutionnelle de participation des travailleurs à la gestion des entreprises (Soc., 20 février 2013, QPC n° 12-40.095, *Bull.* 2013, V, n° 48).

De la même façon, la chambre sociale a admis le traitement différent des salariés protégés lors de l'entretien préalable de licenciement. Elle a réfuté toute tentative d'assimiler à une enquête la procédure d'entretien préalable à un licenciement. Elle a ainsi considéré que « si l'employeur est tenu d'indiquer au salarié le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir ses explications pour instaurer un dialogue, l'entretien préalable au licenciement n'a pas pour objet de procéder à une enquête ; que la décision que l'employeur peut être amenée à prendre ultérieurement ou les éléments dont il dispose pour la fonder ont vocation, le cas échéant, à être ultérieurement discutés devant les juridictions de jugement ; que dès lors le respect des droits de la défense n'impose pas que le salarié ait accès au dossier avant l'entretien préalable ; qu'enfin, le principe du droit à un procès équitable ne s'applique pas au stade non juridictionnel de l'entretien préalable » (Soc., 27 février 2013, QPC n° 12-23.213, *Bull.* 2013, V, n° 63).

La procédure de licenciement est donc passée au crible de la QPC. Ont par exemple été examinées les dispositions de l'article L. 1234-20 du code du travail dont il résulte que la dénonciation par le salarié, dans le délai de six mois suivant sa signature, du reçu pour solde de tout compte n'a pas à être motivée et prive le reçu pour solde de tout compte de tout effet libératoire. Pour la chambre sociale, cela ne méconnaît ni le principe de sécurité juridique ni le principe d'égalité devant la loi (Soc., 18 septembre 2013, QPC n° 13-40.042, *Bull.* 2013, V, n° 198).

g. Travail en prison

La QPC portant sur l'article 717-3, alinéa 5, du code de procédure pénale qui empêche les personnes incarcérées de bénéficier d'un contrat de travail en prison a été jugé suffisamment sérieuse pour être renvoyée au Conseil constitutionnel. Cette exclusion et l'absence de statut juridique clair du travailleur incarcéré méritaient d'être confrontées au préambule de la Constitution de 1946 garantissant le droit à l'emploi, le droit de grève et la participation des travailleurs (Soc., 20 mars 2013, QPC n° 12-40.104, *Bull.* 2013, V, n° 77).

Pour le Conseil constitutionnel, si ces dispositions « ne portent, en elles-mêmes, aucune atteinte aux principes énoncés par le Préambule de 1946 », il reste « loisible au législateur de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits » (Cons. const., 14 juin 2013, décision n° 2013-320/321 QPC, M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées]).

h. Relations collectives du travail

La chambre sociale a renvoyé la disposition subordonnant l'utilisation, par les syndicats, de la messagerie électronique pour la diffusion de tracts par exemple, à une autorisation ou à un accord de l'employeur, devant le Conseil constitutionnel, au motif qu'elle pouvait être de nature à affecter l'efficacité de leur action dans l'entreprise et la défense des intérêts des travailleurs (Soc., 11 juillet 2013, QPC n° 13-40.021, *Bull.* 2013, V, n° 194).

Le Conseil constitutionnel a jugé qu'en adoptant ces dispositions, le législateur n'a pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre, d'une part, la liberté de communication des syndicats et, d'autre part, la liberté tant de l'employeur que des salariés. Il a déclaré l'article L. 2142-6 du code du travail conforme à la Constitution (Cons. const., 27 septembre 2013, décision n° 2013-345 QPC, Syndicat national Groupe Air France CFTC [Communication syndicale par voie électronique dans l'entreprise]).

i. Temps de travail

Le débat sur l'ouverture des magasins le dimanche a été porté devant la Cour de cassation à l'occasion de QPC.

Ainsi, une société employeur avait contesté, en vain, l'article L. 2132-3 du code du travail qui donne qualité à agir au syndicat agissant dans l'intérêt collectif de la profession (Soc., 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 147).

L'atteinte à la liberté contractuelle que peut constituer l'obligation légale de fixer un jour de repos le dimanche est justifiée, selon la chambre sociale, par la préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs ainsi que la protection des liens familiaux conformément aux exigences constitutionnelles reconnues et garanties par les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 (Soc., 5 juin 2013, QPC n° 12-27.478, *Bull.* 2013, V, n° 149). Elle avait déjà jugé que cela ne portait pas atteinte à la liberté d'entreprendre, la liberté du travail et le principe de laïcité (Soc., 12 janvier 2011, QPC n° 10-40.055).

j. Discrimination entre les hommes et les femmes

Le débat sur l'inégalité entre les hommes et les femmes a également été porté devant la Cour de cassation à l'occasion de différentes QPC.

Il fut invoqué au sujet de la recherche de parentalité hors mariage. En effet, jusqu'à la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, l'article 325 du code civil prévoyait une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X alors que rien n'était prévu en cas de filiation paternelle non désirée. L'action en recherche de paternité étant désormais susceptible d'être judiciairement déclarée dans les mêmes conditions que la déclaration de maternité, la Cour a écarté la QPC (1^{re} Civ., 28 mars 2013, QPC n° 13-40.001).

L'égalité entre les hommes et les femmes fut également invoquée en vain face aux dispositions instituant une différence dans les cotisations de sécurité sociale entre les salariés à temps plein et les autres (2^e Civ., 11 juillet 2013, QPC n° 13-40.025) ou accordant des majorations préférentielles à la mère pour les enfants nés avant 2010 (2^e Civ., 14 février 2013, QPC n° 12-40.097 ; 2^e Civ., 18 avril 2013, QPC n° 12-28.033).

La discrimination entre les hommes et les femmes fut en revanche retenue par la Cour à propos du dispositif suivant lequel la perte de la nationalité française résultant de l'acquisition volontaire, par un Français du sexe masculin, d'une nationalité étrangère est subordonnée à une autorisation du Gouvernement, cette règle ayant pour objet notamment d'empêcher les Français du sexe masculin d'échapper aux obligations du service militaire en acquérant une nationalité étrangère (1^{re} Civ., 9 octobre 2013, QPC n° 13-40.053).



LIVRE 5

ACTIVITÉ DE LA COUR

Reproduction autorisée avec indication de la source
Utilisation commerciale interdite



I. Activité juridictionnelle

A. Bilan d'activité

BILAN D'ACTIVITÉ DE LA COUR DE CASSATION POUR L'ANNÉE 2013

1. Les affaires enregistrées

Après cinq années consécutives d'augmentation, le léger infléchissement du nombre cumulé d'affaires nouvelles portées devant la Cour de cassation rencontré en 2012 se poursuit et s'amplifie en 2013 : 28 297 affaires (voir tableau 1) ont ainsi été enregistrées entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre, soit une baisse globale de 6,19 % par rapport à l'année 2012, qui a vu la Cour saisie de 30 165 procédures. En dépit de la poursuite de cette diminution, le nombre d'affaires nouvelles reste particulièrement élevé, tant pour le contentieux civil que pour le contentieux pénal (tableau 1.1).

Si la répartition entre ces deux contentieux demeure globalement stable, le pourcentage d'affaires enregistrées relevant de la chambre criminelle marque une légère progression par rapport à l'année précédente, pour s'établir à 30,9 % – contre 27,7 % en 2012 (tableau 1.1). En effet, le nombre d'affaires relevant de la chambre criminelle, qui avait connu une diminution en 2012 – passant de 8 759 dossiers en 2011 à 8 367 en 2012 – s'est stabilisé en 2013 avec un total de 8 639 dossiers. Le phénomène s'accompagne d'une infime diminution du contentieux correctionnel de l'ordre de 0,33 % qui demeure le plus important en valeur absolue avec 4 783 dossiers. Une augmentation de 29,5 % peut en revanche être observée en ce qui concerne les affaires de police, qui passent de 488 en 2012 à 632 en 2013. Cette hausse est également visible au niveau du contentieux de la détention – dont le nombre de dossiers est passé de 970 en 2012 à 1 031 en 2013 – et, dans une moindre mesure, de celui des assises – 705 dossiers avaient été enregistrés en 2012 et 751 en 2013 – (tableau 1.10).

Avec 19 668 affaires nouvelles et réinscriptions enregistrées cette année, contre 21 798 en 2012, les chambres civiles, dont l'activité représente 69,1 % de l'activité globale de la Cour, voient leurs flux continuer à baisser – la baisse relevée étant de 9,77 %. Ce palier fait suite à une période marquée par une chute significative du nombre d'affaires enregistrées, de 2003 à 2007, suivie d'une progression constante, mais modérée, de 2007 à 2011, principalement liée à l'augmentation du contentieux prud'homal, dont le reflux a déjà été initié l'an passé (tableau 1.1).

L'année 2013 confirme, mais dans une moindre proportion, la tendance déjà remarquée les années précédentes d'une baisse du nombre de QPC enregistrées à la Cour de cassation. Au total, 367 QPC ont été posées, toutes matières et tous modes de saisine confondus, soit une baisse de 4,67 % par rapport à l'année 2012. Cette année, cette baisse résulte d'une diminution des QPC en matière civile de 19,68 %, que n'a pas compensée l'augmentation de 9,65 % du nombre de questions soumises à la chambre criminelle (tableau 3.1).

Les questions prioritaires de constitutionnalité incidentes à un pourvoi sont cette année deux fois plus nombreuses que les QPC transmises. Si la matière pénale reste encore le domaine privilégié (près de 60 % des QPC enregistrées), les chambres civiles ont renvoyé quatre fois de plus de QPC devant le Conseil constitutionnel.

2. Les affaires réglées

En 2013, la Cour de cassation a réglé, hors QPC, 28 719 dossiers, soit une légère baisse (4,17 %) par rapport à l'année précédente (tableaux 1.3 et 1.4). Cette diminution s'explique par le fait que le nombre d'affaires terminées a faiblement baissé devant la quasi-totalité des chambres. Cette baisse est de 9,44 % devant la première chambre civile, de 7,20 % devant la deuxième chambre civile, de 5,66 % devant la troisième chambre civile, de 3,96 % devant la chambre commerciale et de 7,22 % devant la chambre criminelle (tableaux 2.3, 2.7, 2.11, 2.15 et 2.23). Seule la chambre sociale enregistre une progression significative de 9,20 % (tableau 2.19). Ces variations n'apparaissent toutefois pas de nature à remettre en cause la tendance générale, marquée par la stabilité des flux.

Le nombre de cassations par les chambres civiles, de 5 641, apparaît nettement supérieur à celui de l'année 2012 (4 705). Le nombre de rejet des pourvois, qui s'établit à 4 788 contre 5 059 l'année précédente, connaît une baisse corrélative. 3 259 procédures se sont soldées par une décision de non-admission en raison de l'absence de moyen sérieux ou du caractère irrecevable du pourvoi, soit une faible baisse par rapport à l'année 2012 (3 921 procédures). Le nombre de désistements (3 157) et de déchéances (1 453) connaît également une diminution par rapport à l'an passé (leur nombre était respectivement de 3 651 et de 1 612) (tableau 1.8). Les affaires examinées en formation de section demeurent minoritaires (13 % en moyenne en matière civile) – connaissant une faible baisse de 1 % par rapport à 2012 –, face aux affairesaudiencées devant des formations restreintes (tableau 1.11).

En matière pénale, le nombre de non-admissions est porté à 4 439, les désistements n'étant que de 767 (tableau 1.9). Une majorité d'affaires (58 %) est examinée en formation restreinte dite « de non-admission ». Seules 227 procédures (soit 3 % de l'ensemble) ont été déferées devant la formation de section, soit 2 % de plus qu'en 2012, mettant ainsi un terme à une baisse quasi constante de ce taux depuis 2005 (tableau 1.12). En 2013, 479 dossiers ont donné lieu à cassation et 1 610 à un rejet des pourvois (tableau 1.9).

Les décisions rendues sur question prioritaire de constitutionnalité ont été, toutes chambres confondues, moins nombreuses en 2013 qu'en 2012. Cette évolution, qui peut être rapprochée de la baisse du nombre de questions posées (voir *supra*), est essentiellement liée au recul du nombre de QPC traitées par la chambre civile, en chute de près de 24 %, tandis que le nombre de QPC examinées par la chambre criminelle connaît une baisse de 6,8 % (tableau 3.4). La matière pénale reste en effet le terrain privilégié des QPC puisqu'elle représente près de 53 % des décisions rendues. Le taux de renvoi qui a connu une baisse ces dernières années a connu une légère augmentation entre les années 2012 et 2013 tant devant les chambres civiles, que devant la chambre criminelle (tableau 3.4).

Enfin, 6 affaires ont été examinées par l'assemblée plénière et 2 ont été soumises à une chambre mixte (tableau 2.25), les données propres à ces formations ne permettant pas de dégager de tendance marquée au cours des dix dernières années, sauf à relever que, contrairement au phénomène isolé de l'année 2012, le nombre de dossiers examinés en chambres mixtes est comme auparavant inférieur à celui des affaires soumises à l'assemblée plénière. 13 demandes d'avis ont par ailleurs été examinées, ce qui correspond au chiffre de l'année 2008 (tableau 2.26).

3. Le taux de couverture, la gestion des stocks et la durée des procédures

Le taux de couverture, tous contentieux confondus, qui définit le *ratio* entre le nombre d'affaires enregistrées et le nombre d'affaires réglées, s'établit en 2012 à 101,80 %, soit une hausse de plus de 2 % par rapport à l'année 2012 (99,35 %) (tableaux 1.2 et 1.3).

En revanche, le nombre total d'affaires en stock, qui s'élève à 24 037, a connu son niveau le plus bas depuis 2010 (tableau 1.2). Cette baisse demeure néanmoins sans incidence significative sur le délai moyen de traitement des dossiers qui a connu une très infime augmentation.

Devant les chambres civiles, la durée moyenne des affaires, hors péremption, reste quasiment stable, à 395 jours (tableau 1.5). Pour les affaires terminées par un arrêt, qui n'ont pas donné lieu à désistement ou au prononcé d'une ordonnance de déchéance, elle s'établit à 465 jours (tableau 1.6).

Ce temps de traitement, très performant, s'inscrit dans une tendance générale marquée par une forte baisse de cet indicateur durant la décennie écoulée (tableaux 1.5 et 1.6). Cette évolution favorable trouve son origine dans différents facteurs, qui combinent les effets de la dématérialisation des procédures aux efforts de rationalisation dans le traitement des contentieux (orientation des dossiers et recherches de connexités, réduction des délais légaux de remise des mémoires et, dans une moindre mesure, procédure de non-admission).

En matière pénale, le délai moyen de traitement des dossiers a poursuivi son augmentation, passant de 156 en 2012 à 163 en 2013 (tableau 1.7). Cette progression s'accompagne d'une augmentation significative du stock de dossiers à juger qui, malgré une baisse importante en 2012, dépasse en 2013 le niveau de 2011 (tableau 1.4).

B. Données statistiques

1. ACTIVITÉ GÉNÉRALE

Tableau 1.1 - ÉVOLUTION ET RÉPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL ET PÉNAL (HORS QPC)

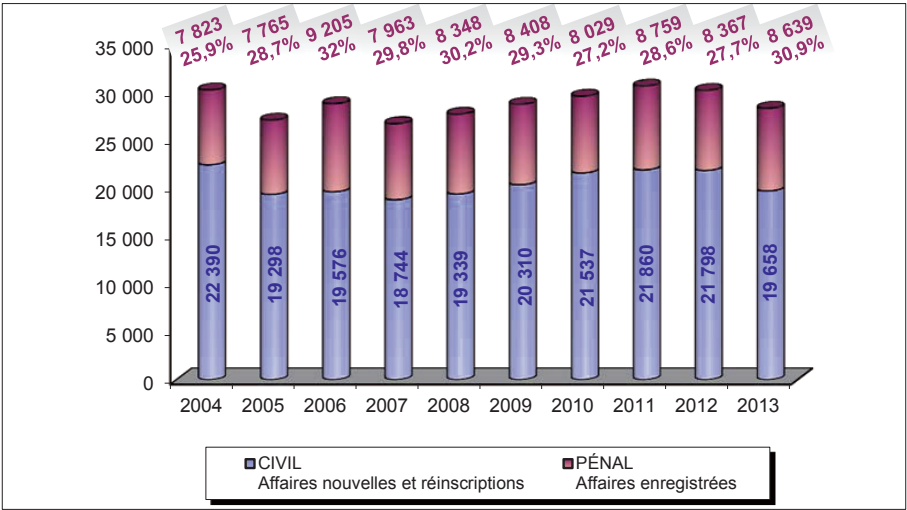


Tableau 1.2 - ÉVOLUTION DU STOCK GLOBAL, CIVIL ET PÉNAL (HORS QPC)

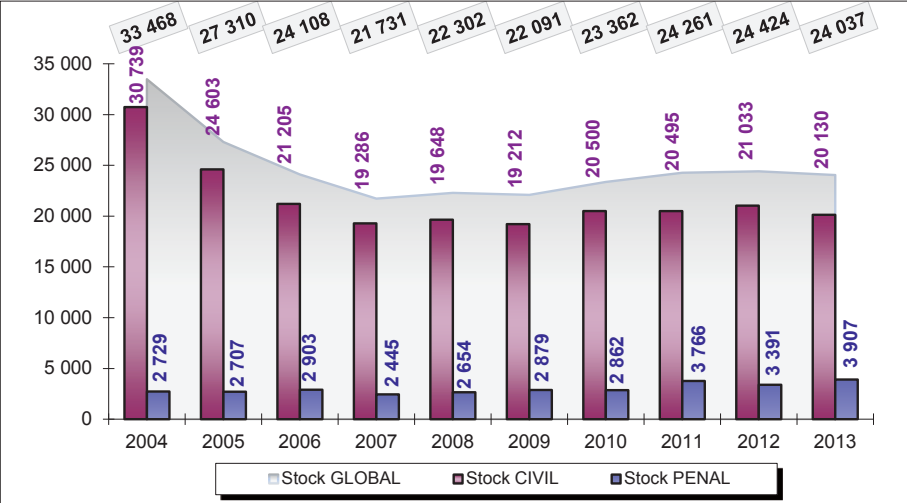


Tableau 1.3 - STOCK ET FLUX DU CONTENTIEUX CIVIL (HORS QPC)
SOUMIS A LA COUR DE CASSATION

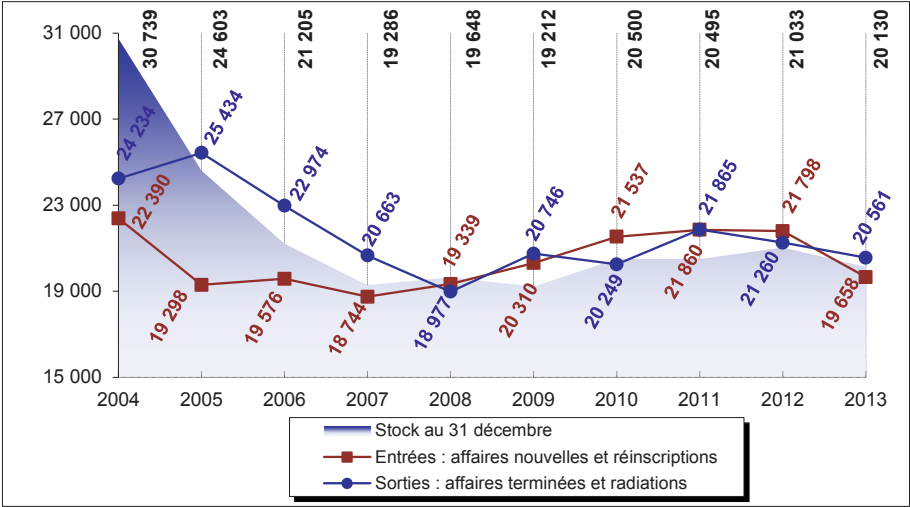
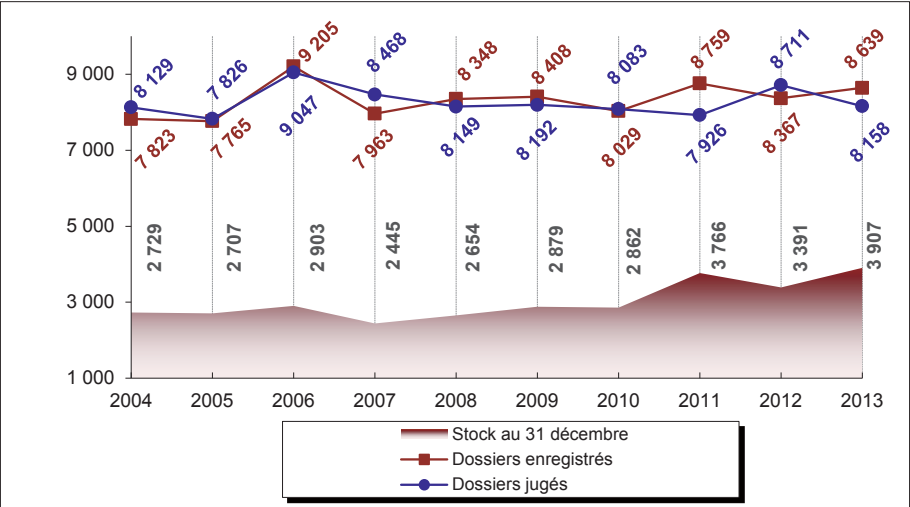
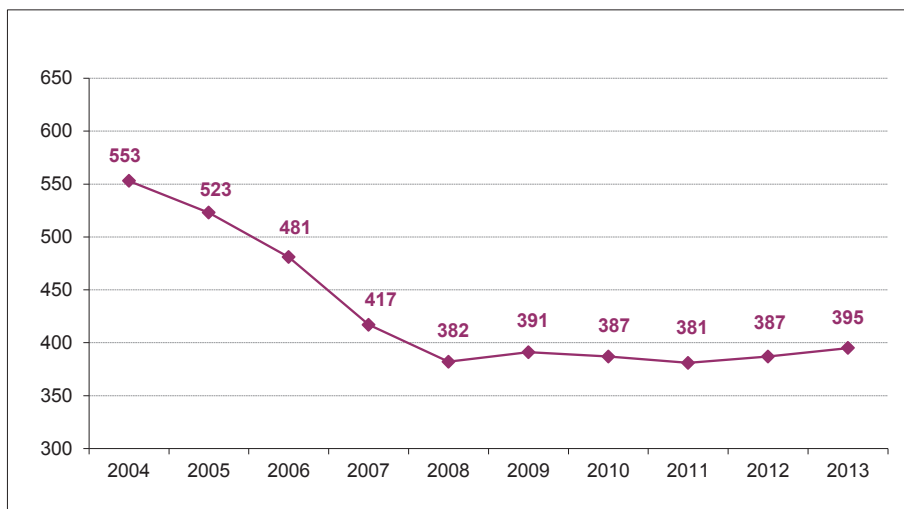


Tableau 1.4 - STOCK ET FLUX DU CONTENTIEUX PÉNAL (HORS QPC)
SOUMIS A LA COUR DE CASSATION



**Tableau 1.5 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES HORS PÉREMPTION (en jours)
CHAMBRES CIVILES**



**Tableau 1.6 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours)
CHAMBRES CIVILES**

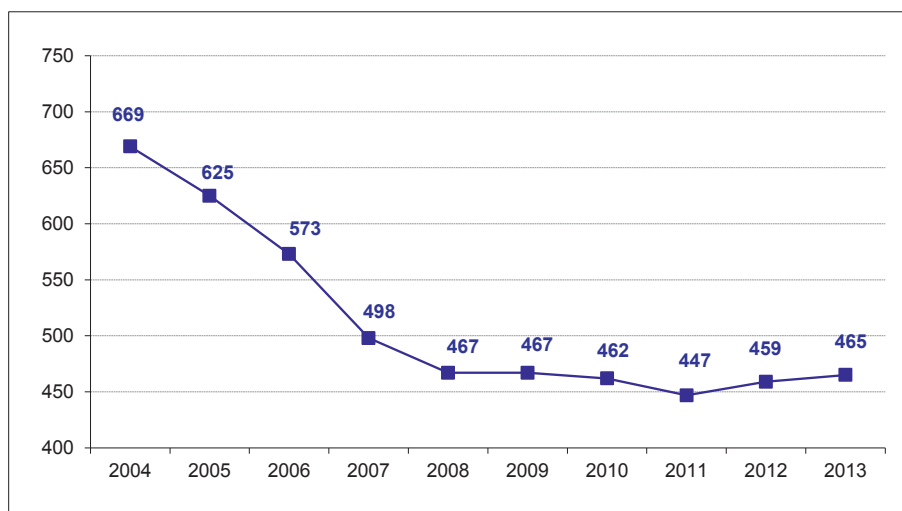


Tableau 1.7 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE

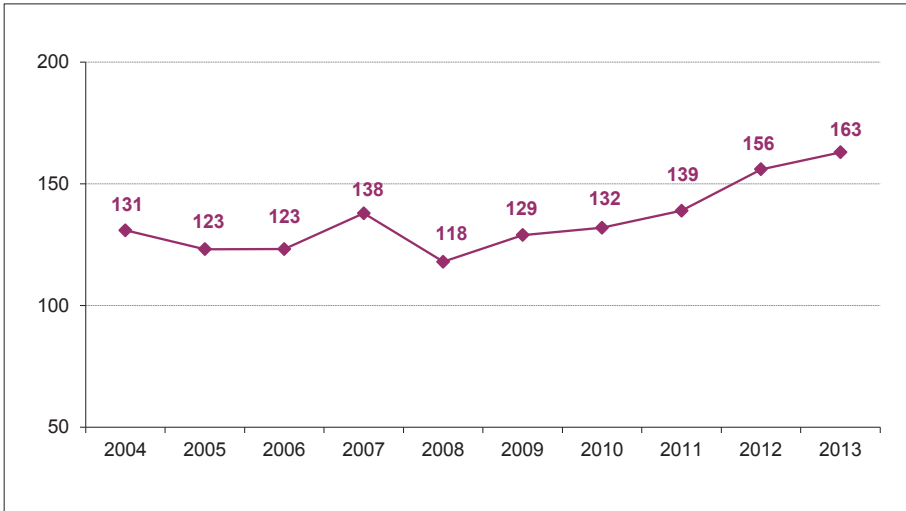
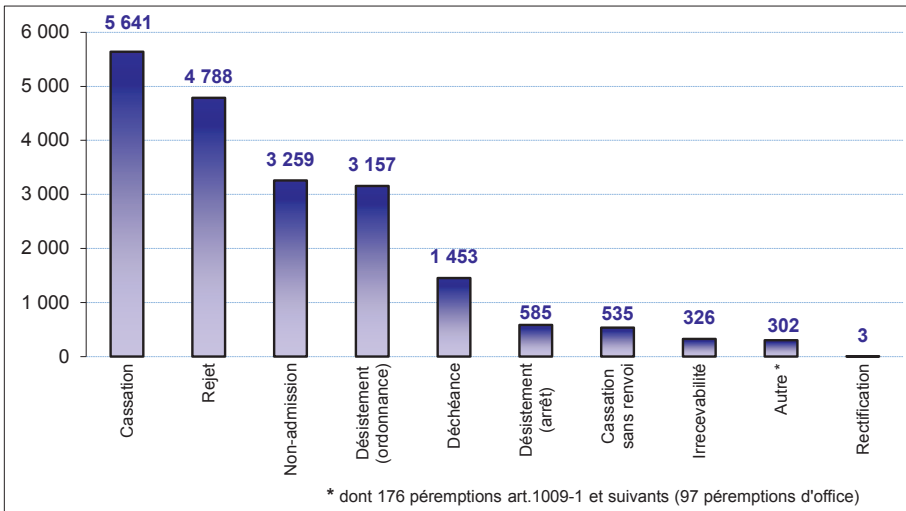
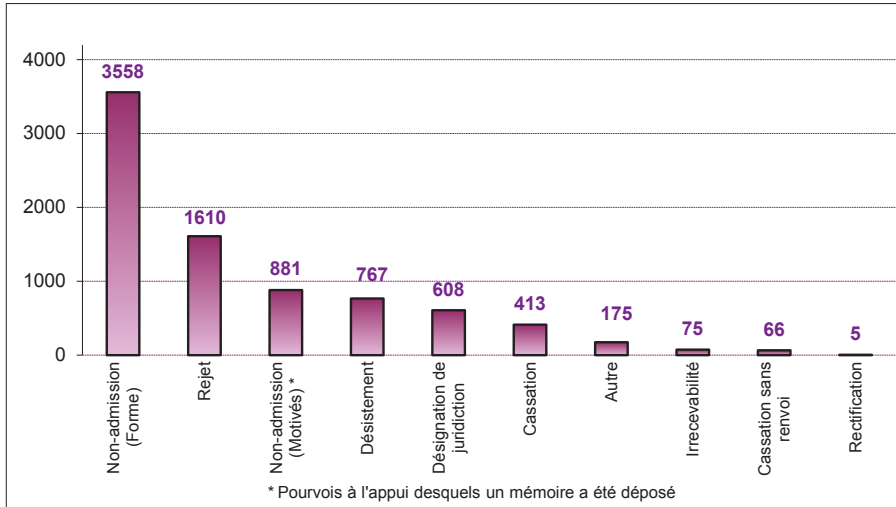


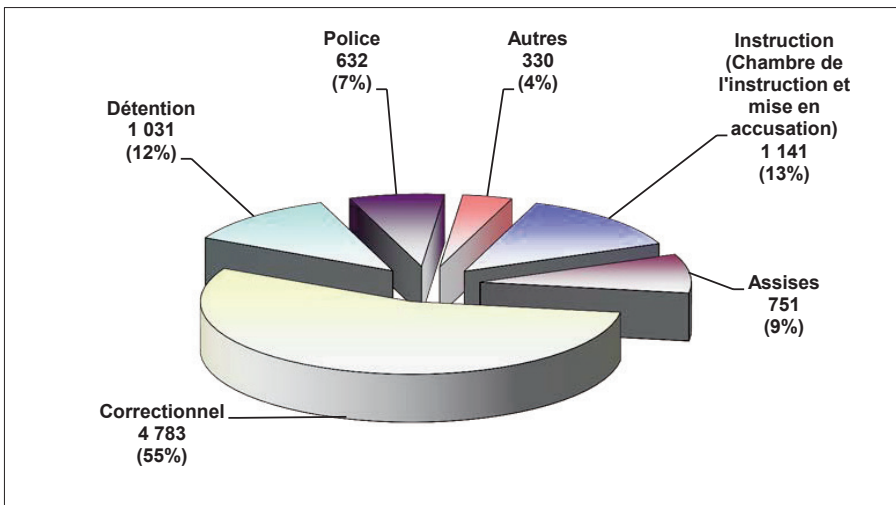
Tableau 1.8 - RÉPARTITION DES AFFAIRES CIVILES (HORS QPC) TERMINÉES EN 2013 PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS



**Tableau 1.9 - RÉPARTITION DES AFFAIRES PÉNALES (HORS QPC)
TERMINÉES EN 2013 PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS**



**Tableau 1.10 - RÉPARTITION DU CONTENTIEUX PÉNAL EN 2013
PAR NATURE D'AFFAIRES**



**Tableau 1.11 - RÉPARTITION PAR FORMATIONS
DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT - CHAMBRES CIVILES**

Années	Total arrêts chambres civiles	Formation de section		Formation restreinte hors Non-Admission		Formation restreinte Non-Admission	
2005	18 553	3 463	19%	8 545	46%	6 545	35%
2006	16 992	2 801	16%	8 761	52%	5 430	32%
2007	14 741	2 016	14%	7 997	54%	4 728	32%
2008	12 986	2 220	17%	6 853	53%	3 913	30%
2009	13 985	1 795	13%	8 231	59%	3 959	28%
2010	13 796	1 827	13%	8 251	60%	3 718	27%
2011	15 778	1 774	11%	9 658	61%	4 346	28%
2012	15 351	2 210	14%	9 429	62%	3 712	24%
2013	15 303	1 926	13%	10 129	66%	3 248	21%

**Tableau 1.12 - RÉPARTITION PAR FORMATIONS
DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT - CHAMBRE CRIMINELLE**

Années	Total arrêts chambre criminelle	Formation de section		Formation restreinte hors Non-Admission		Formation restreinte Non-Admission	
2005	6 922	375	5%	2 751	40%	3 796	55%
2006	8 094	273	4%	3 018	37%	4 803	59%
2007	7 496	216	3%	2 884	38%	4 396	59%
2008	7 245	226	3%	2 365	33%	4 654	64%
2009	7 221	194	3%	2 873	40%	4 154	57%
2010	7 290	148	2%	2 896	40%	4 246	58%
2011	7 138	168	3%	3 088	43%	3 882	54%
2012	7 707	110	1%	2 836	37%	4 761	62%
2013	6 806	227	3%	2 624	39%	3 955	58%

Tableau 1.13 - PROCÉDURE DE RADIATION (Art. 1009-1 et suivants du CPC) - REQUÊTES

Années	Objet de la demande					Total
	Radiation		Réinscription après radiation		Péremption	
2004	1 808	79%	311	14%	173	7%
2005	1 568	75%	365	17%	172	8%
2006	1 385	72%	347	18%	190	10%
2007	1 026	69%	262	17%	205	14%
2008	1 215	55%	224	10%	776	35%
2009	1 237	48%	176	7%	1 184	45%
2010	1 125	49%	205	9%	968	42%
2011	1 080	53%	229	11%	723	36%
2012	1 123	67%	213	13%	335	20%
2013	1 240	76%	190	11%	207	13%

Tableau 1.14 - PROCÉDURE DE RADIATION (Art. 1009-1 et suivants du CPC) - DÉCISIONS

Années	Péremption <i>dont péremption d'office</i>		Rejet		Radiation		Réinscription après radiation		Désistement		Autres (irrecevabilité, requêtes sans objet)		Total
2004	162		842	37%	661	29%	250	11%	222	10%	139	6%	2 276
2005	148		696	32%	611	28%	296	13%	242	11%	196	9%	2 189
2006	164		753	36%	530	25%	339	16%	170	8%	148	7%	2 104
2007	176		636	38%	366	22%	275	16%	109	7%	105	6%	1 667
2008	380		478	30%	334	21%	199	12%	89	6%	120	7%	1 600
2009	1 502	1 301	589	19%	392	13%	149	5%	121	4%	346	11%	3 099
2010	974	850	565	24%	421	17%	171	7%	150	6%	119	5%	2 400
2011	772	675	491	23%	420	20%	189	9%	123	6%	103	5%	2 098
2012	340	283	460	30%	383	25%	171	11%	117	7%	80	5%	1 551
2013	176	97	561	35%	428	27%	170	10%	139	9%	126	8%	1 600

2. ACTIVITÉ PAR CHAMBRES

Tableau 2.1 - RÉPARTITION DES DOSSIERS JUGÉS EN 2013
PAR LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS

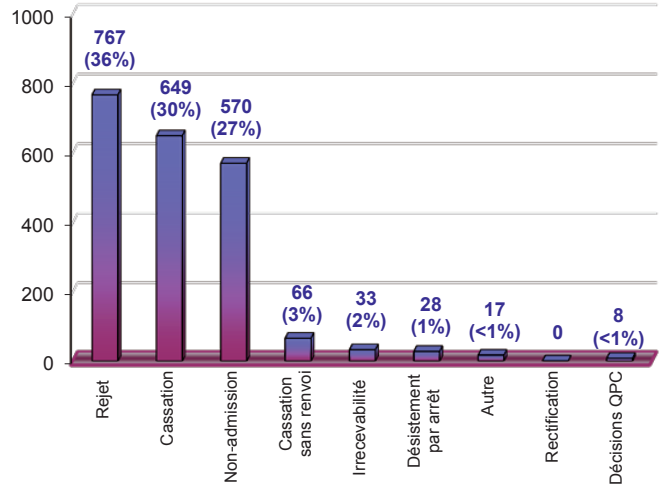


Tableau 2.2 - RÉPARTITION DES PRINCIPALES DÉCISIONS
DE LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE
(hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres)

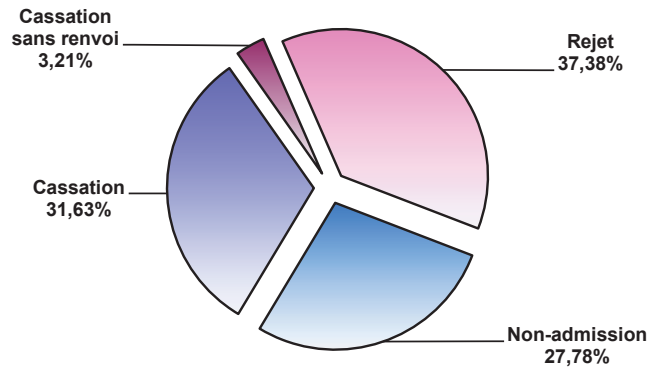
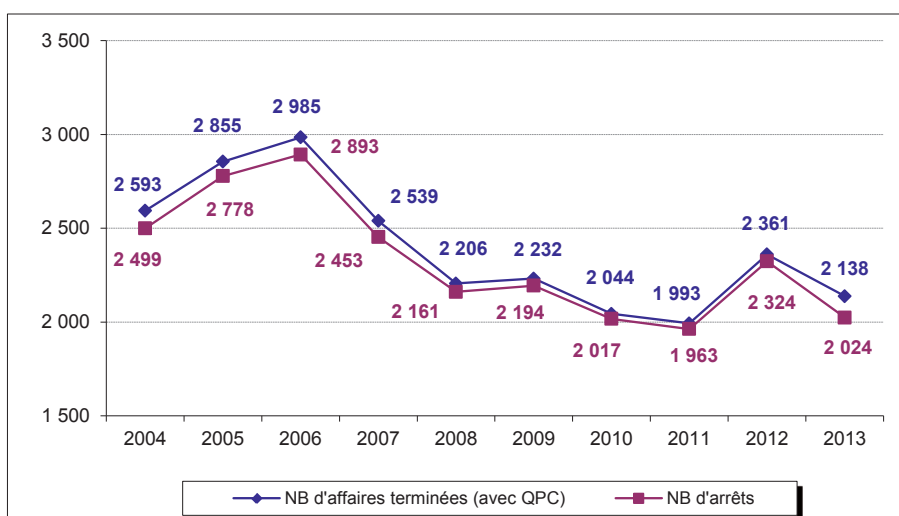


Tableau 2.3 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE



**Tableau 2.4 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours)
PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE**

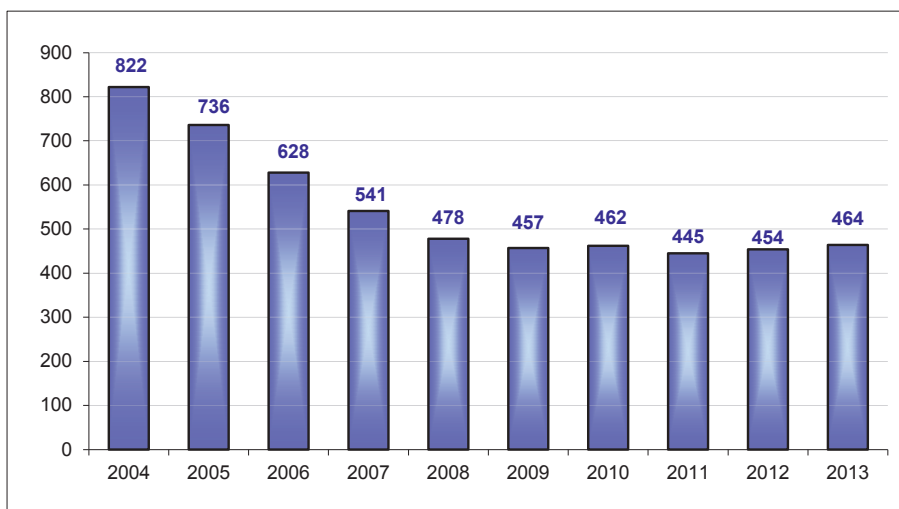


Tableau 2.5 - RÉPARTITION DES AFFAIRES JUGÉES EN 2013
PAR LA DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS

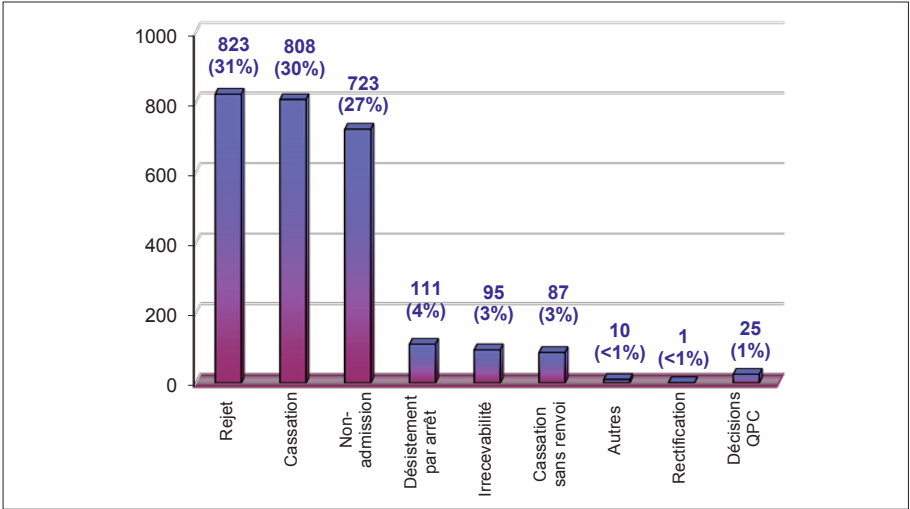


Tableau 2.6 - RÉPARTITION DES PRINCIPALES DÉCISIONS
DE LA DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE
(hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres)

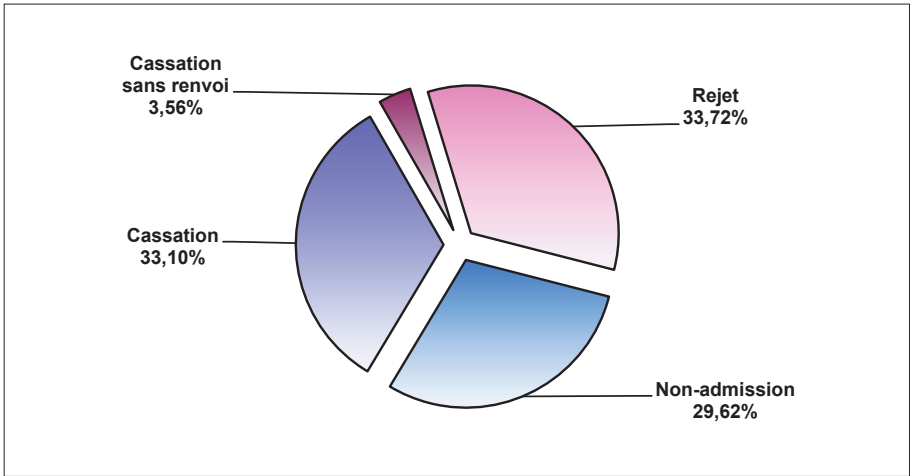


Tableau 2.7 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

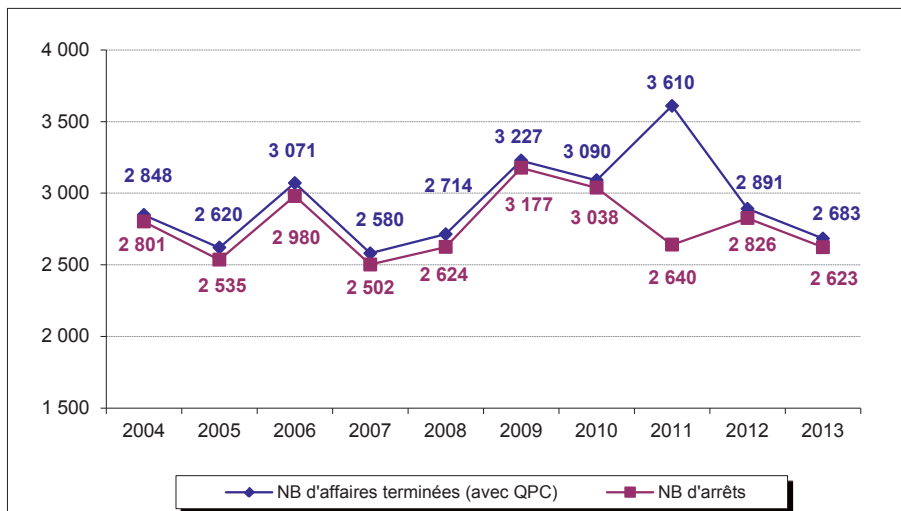
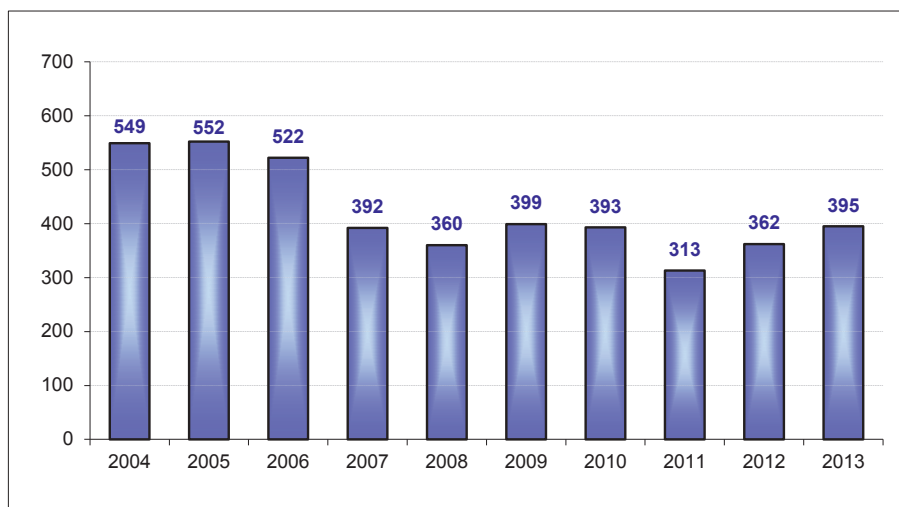
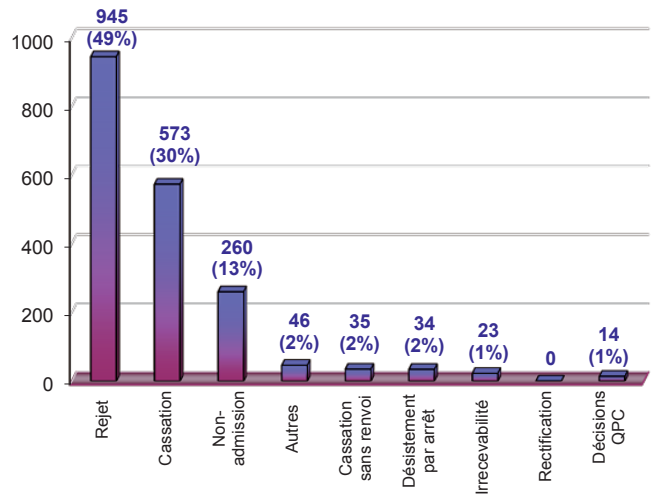


Tableau 2.8 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours) DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 2.9 - RÉPARTITION DES AFFAIRES JUGÉES EN 2013
PAR LA TROISIÈME CHAMBRE CIVILE PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS**



**Tableau 2.10 - RÉPARTITION DES PRINCIPALES DÉCISIONS
DE LA TROISIÈME CHAMBRE CIVILE
(hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres)**

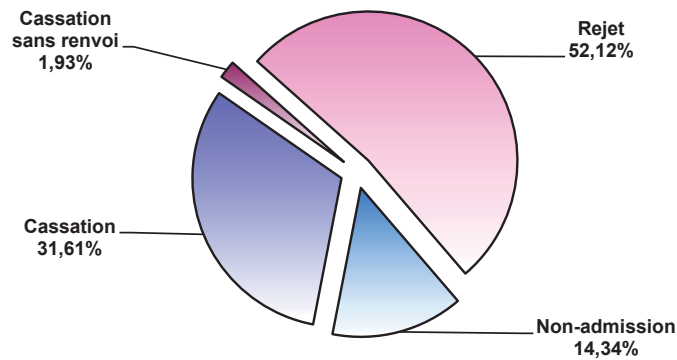


Tableau 2.11 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

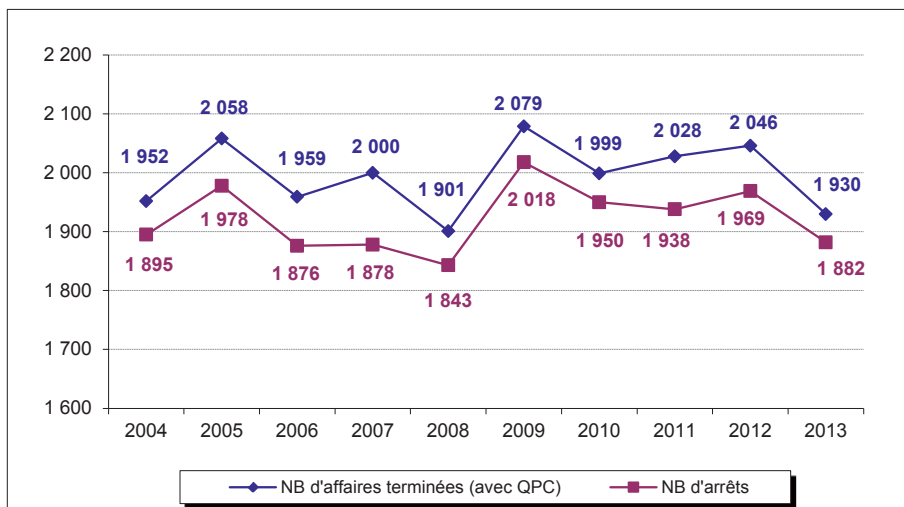
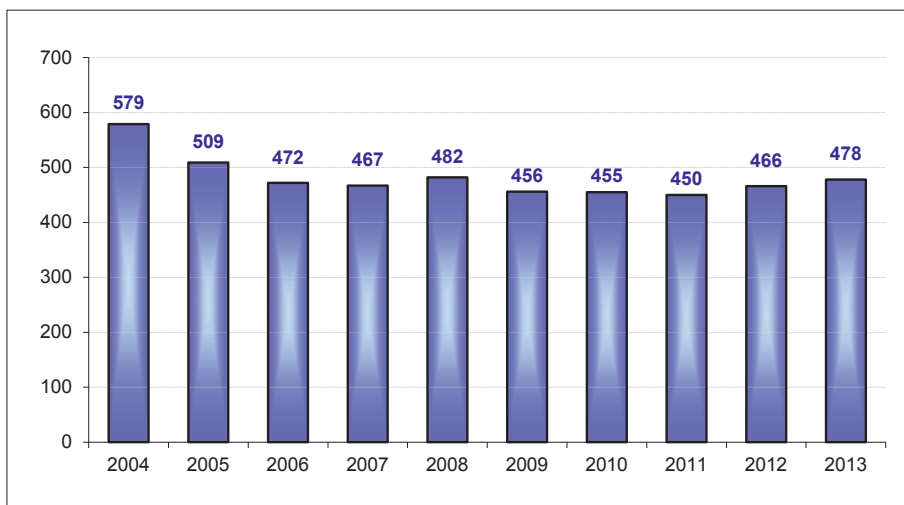
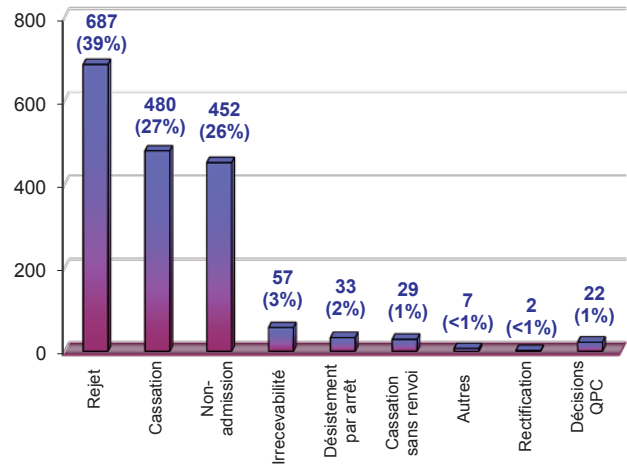


Tableau 2.12 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours) TROISIÈME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 2.13 - RÉPARTITION DES AFFAIRES JUGÉES EN 2013
PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS**



**Tableau 2.14 - RÉPARTITION DES PRINCIPALES DÉCISIONS
DE LA CHAMBRE COMMERCIALE
(hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres)**

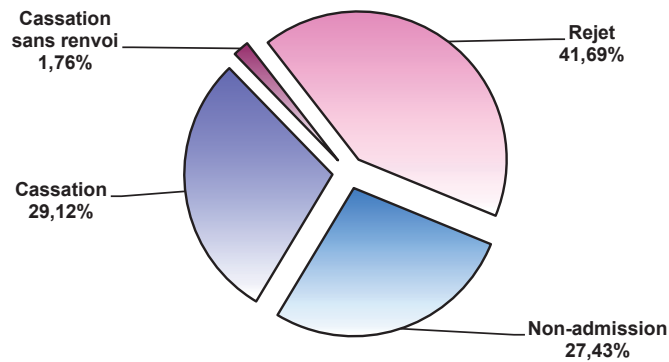
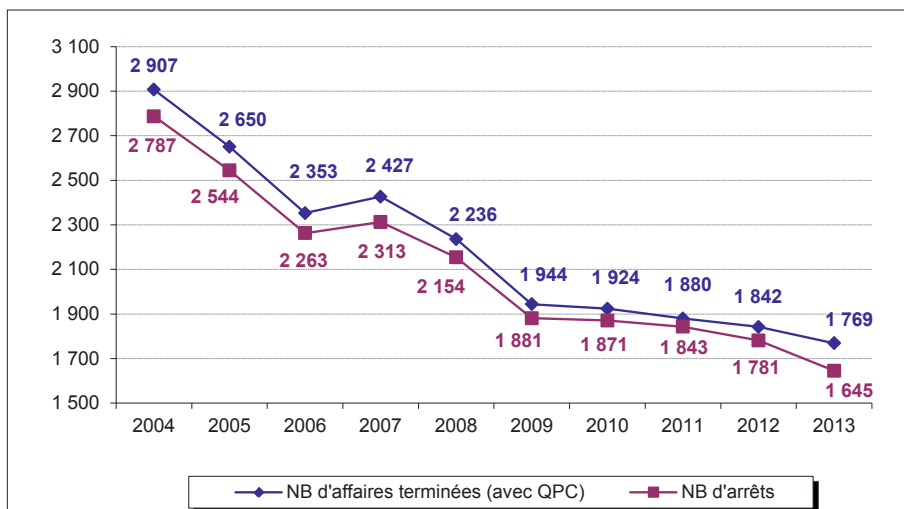


Tableau 2.15 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - CHAMBRE COMMERCIALE



**Tableau 2.16 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT
(en jours)
CHAMBRE COMMERCIALE**

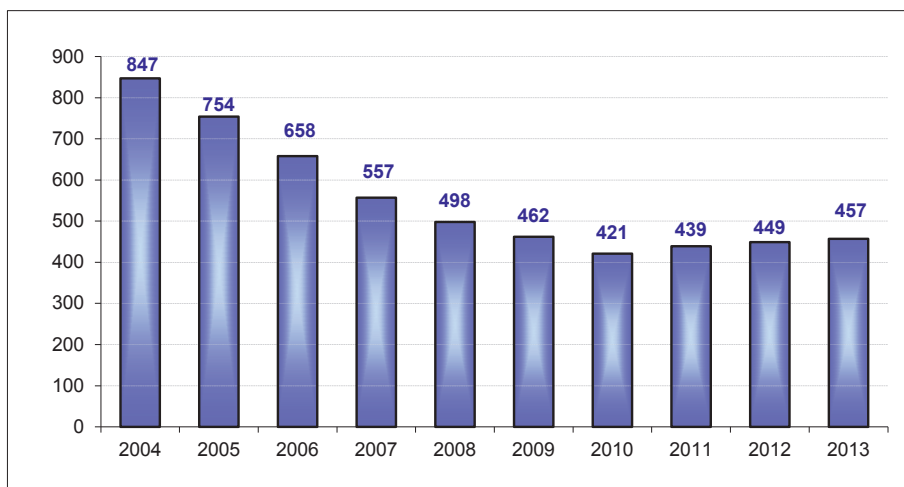


Tableau 2.17 - RÉPARTITION DES AFFAIRES JUGÉES EN 2013
PAR LA CHAMBRE SOCIALE PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS

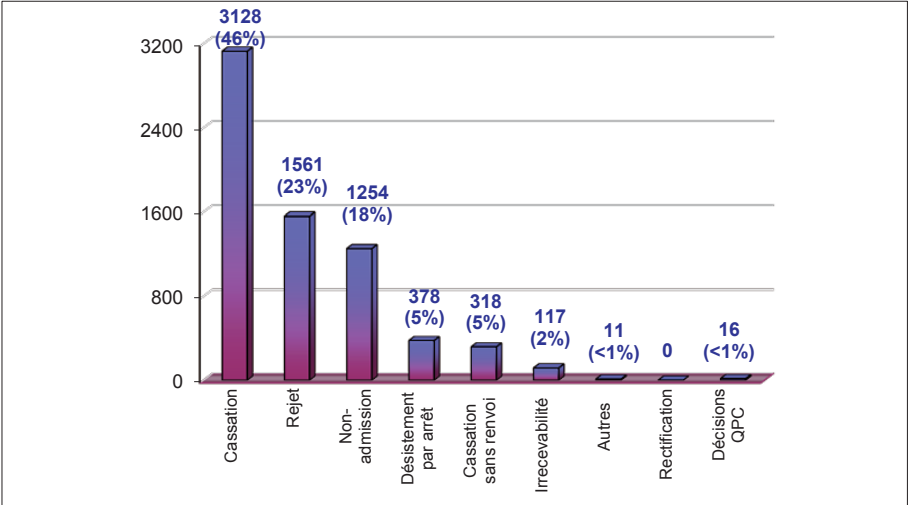


Tableau 2.18 - RÉPARTITION DES PRINCIPALES DÉCISIONS
DE LA CHAMBRE SOCIALE
(hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres)

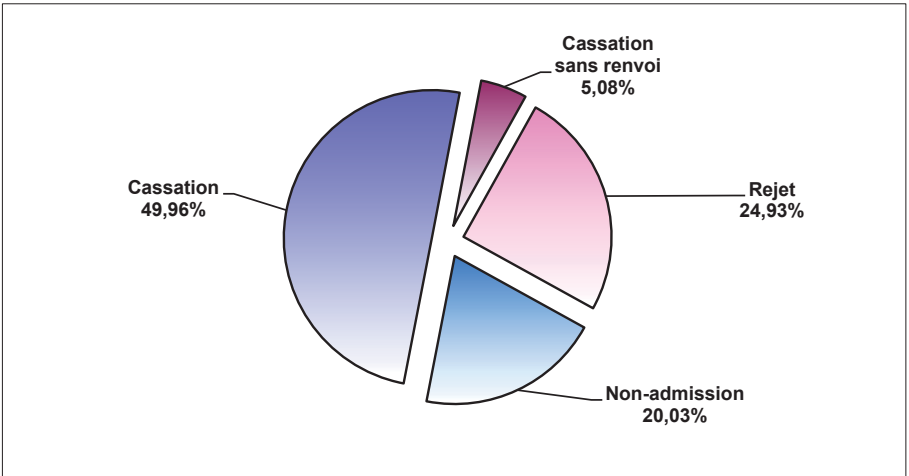
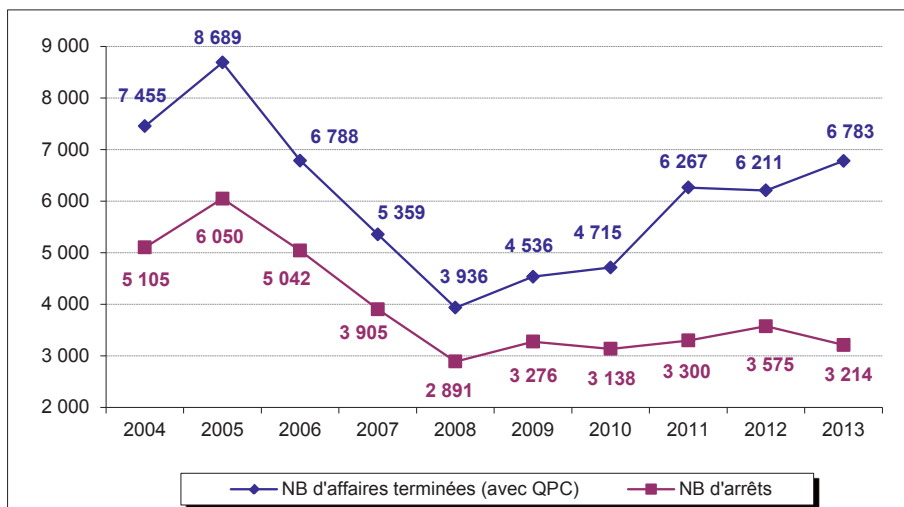


Tableau 2.19 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - CHAMBRE SOCIALE



**Tableau 2.20 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT
(en jours)
CHAMBRE SOCIALE**

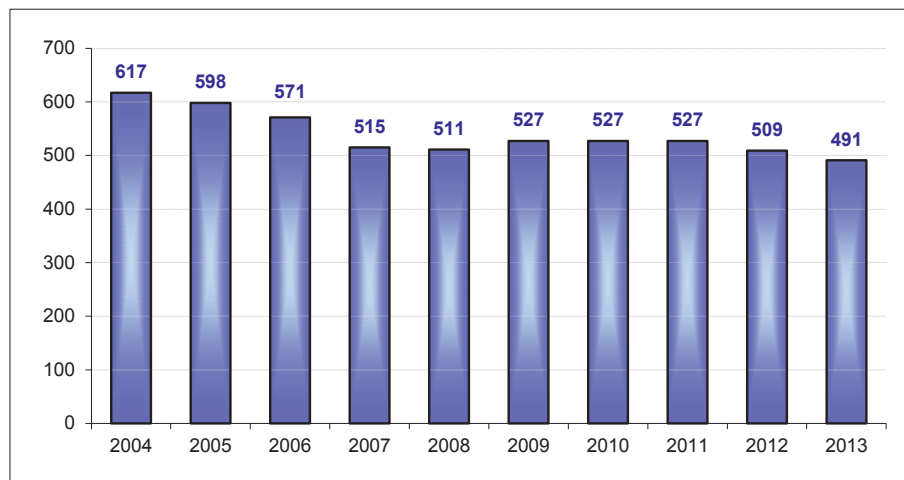
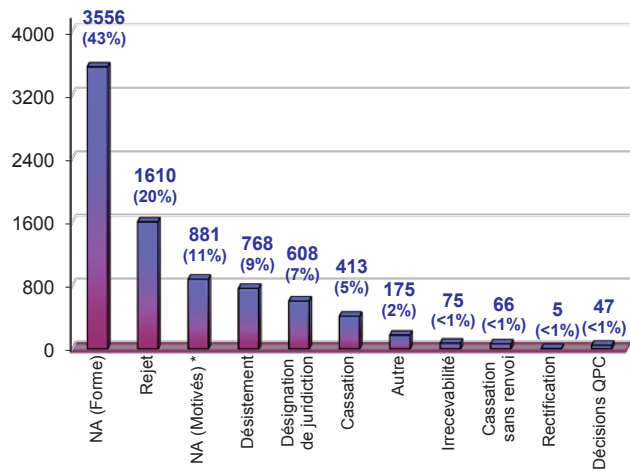


Tableau 2.21 - RÉPARTITION DES AFFAIRES PÉNALES JUGÉES EN 2013
PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS



* Pourvois à l'appui desquels un mémoire a été déposé

Tableau 2.22 - RÉPARTITION DES PRINCIPALES DÉCISIONS
DE LA CHAMBRE CRIMINELLE
(hors désistements, désignations de juridiction, rectifications et autres)

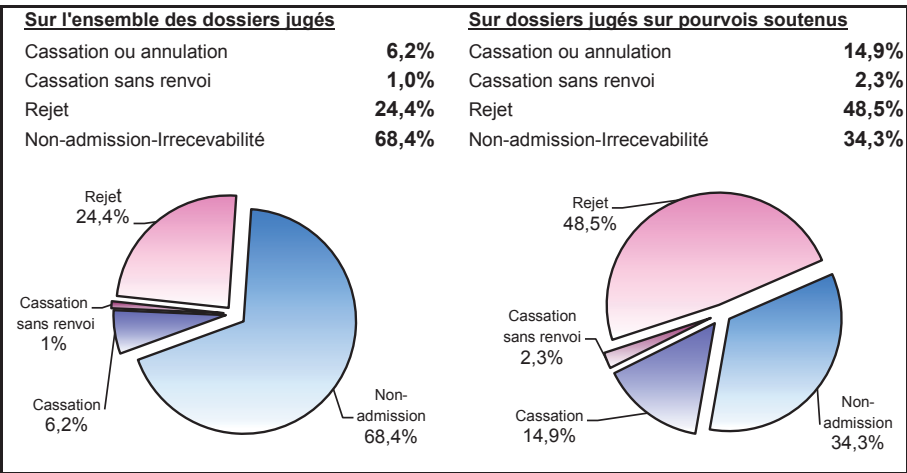


Tableau 2.23 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - CHAMBRE CRIMINELLE

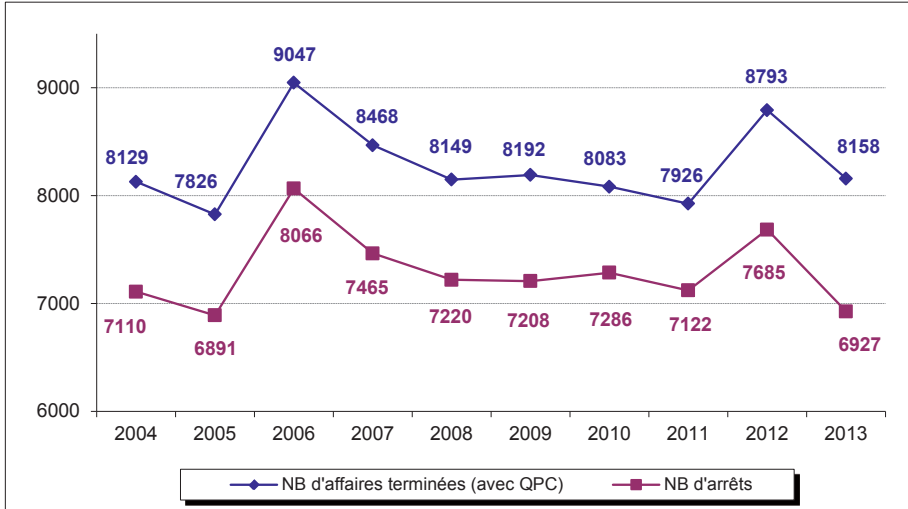
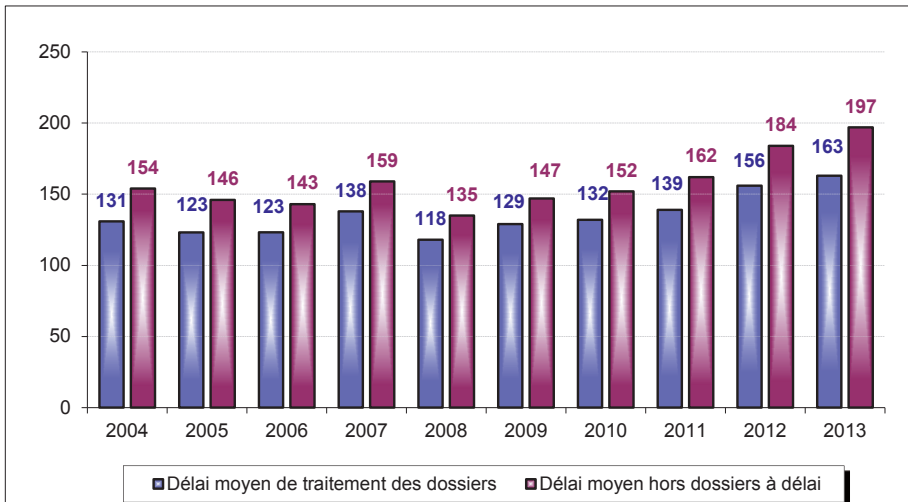


Tableau 2.24 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



**Tableau 2.25 - RÉPARTITION DES DOSSIERS JUGÉS
EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET CHAMBRE MIXTE**

Années	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Ass. plénière	15	10	19	17	6	11	5	18	3	6
Chambre mixte	7	9	12	14	3	3	2	0	4	2

Tableau 2.26 - AVIS DE LA COUR

Années	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Avis de la Cour	4	11	14	18	13	5	8	11	10	13

3. QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ

**Tableau 3.1 - QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ
ENREGISTRÉES DU 1^{er} MARS 2010 AU 31 DÉCEMBRE 2013**

Années	CIVIL			PÉNAL			Total par année
	QPC transmises	QPC incidentes	Total CIVIL	QPC transmises	QPC incidentes	Total PÉNAL	
2010 à compter du 01/03	75	157	232	116	189	305	537
2011	108	87	195	123	172	295	490
2012	106	82	188	78	119	197	385
2013	77	74	151	43	173	216	367
Total	366	400	766	360	653	1 013	1 779

Tableau 3.2 - RÉPARTITION DES QPC ENREGISTRÉES EN MATIÈRE CIVILE

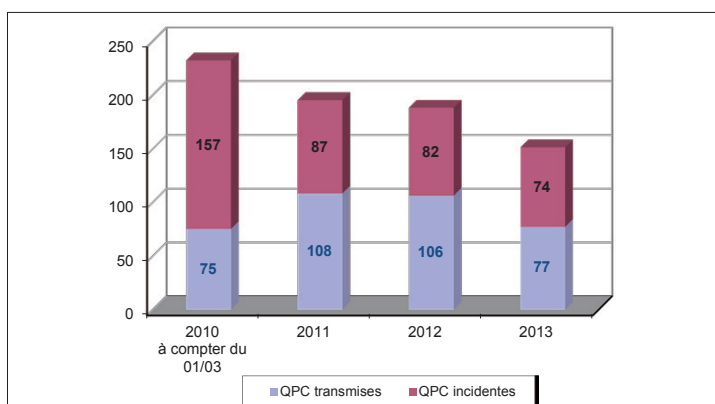


Tableau 3.3 - RÉPARTITION DES QPC ENREGISTRÉES EN MATIÈRE PÉNALE

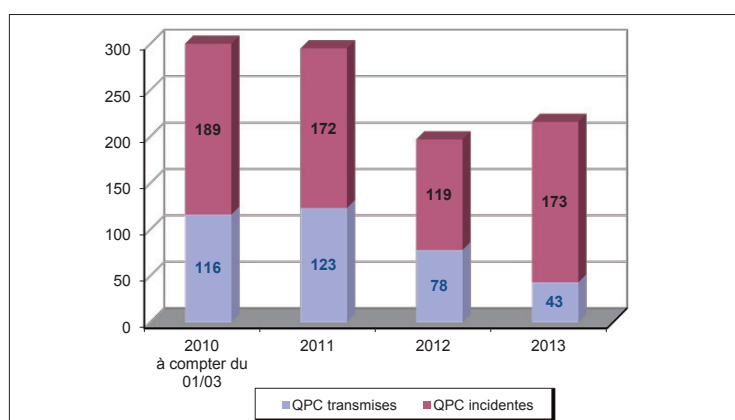


Tableau 3.4 - DÉCISIONS RENDUES SUR LES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ ENTRE LE 1^{er} MARS 2010 ET LE 31 DÉCEMBRE 2013

Années	CIVIL				PÉNAL				Total par année
	Renvoi au CC	Non renvoi au CC	Autres *	Total CIVIL	Renvoi au CC	Non renvoi au CC	Autres *	Total PÉNAL	
2010 à compter du 01/03	23 12%	135 72%	30 16%	188	99 42%	98 41%	41 17%	238	426
2011	48 25%	118 62%	25 13%	191	28 10%	207 76%	38 14%	273	464
2012	33 16%	127 62%	46 22%	206	7 4%	146 77%	37 19%	190	396
2013	35 22%	109 70%	12 8%	156	8 4%	118 67%	51 29%	177	333
Total	106	362	67	741	135	423	130	878	1 619

* irrecevabilité, renonciation

Tableau 3.5 - RÉPARTITION DES DÉCISIONS RENDUES SUR QPC EN MATIÈRE CIVILE

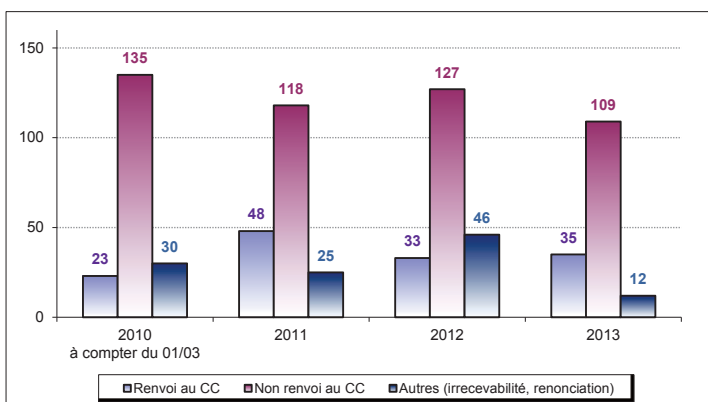
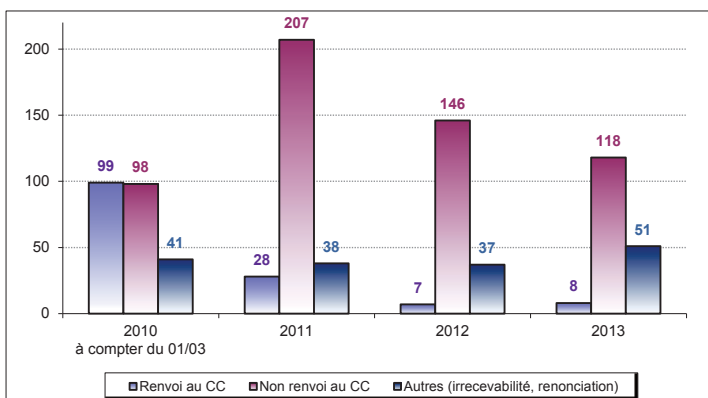


Tableau 3.6 - RÉPARTITION DES DÉCISIONS RENDUES SUR QPC EN MATIÈRE PÉNALE



**Tableau 3.7- RÉPARTITION PAR TYPE DE JURIDICTION D'ORIGINE
DES DÉCISIONS SUR QPC TRANSMISES EN MATIÈRE CIVILE
DU 1^{er} MARS 2010 AU 31 DÉCEMBRE 2013**

Tribunal de grande instance	108	31%
Cour d'appel	94	27%
Tribunal d'instance	39	11%
Tribunal des affaires de sécurité sociale	35	10%
Conseil de prud'hommes	33	9%
Tribunal de commerce	27	8%
Commission d'indemnisation des victimes d'infractions	4	1%
Juridiction de proximité	2	<1%
Tribunal arbitral	2	<1%
Cour nationale de l'incapacité tarifaire	1	<1%
Conseil de l'ordre des avocats	1	<1%
Conseil régional de discipline des avocats	1	<1%
Tribunal du contentieux de l'incapacité	1	<1%
Total	348	100%

**Tableau 3.8 - RÉPARTITION PAR TYPE DE JURIDICTION D'ORIGINE
DES DÉCISIONS SUR QPC TRANSMISES EN MATIÈRE PÉNALE
DU 1^{er} MARS 2010 AU 31 DÉCEMBRE 2013**

Tribunal de grande instance	208	60%
Cour d'appel et chambre de l'instruction	116	33%
Juridictions de proximité	12	3%
Tribunal pour enfants	4	1%
Tribunal de police	4	1%
Tribunal de première instance	2	<1%
Tribunal des forces armées	1	<1%
Tribunal supérieur d'appel	1	<1%
Cour d'assises des mineurs	1	<1%
Total	349	100%

**Tableau 3.9 - RÉPARTITION DES DÉCISIONS SUR QPC TRANSMISES
PAR RESSORT DE COUR D'APPEL
DU 1^{er} MARS 2010 AU 31 DÉCEMBRE 2013**

Cours d'appel	QPC Civiles	QPC Pénales	Total	%
PARIS	69	114	183	26,26%
VERSAILLES	28	28	56	8,03%
AIX-EN-PROVENCE	22	15	37	5,31%
LYON	12	22	34	4,88%
DOUAI	20	12	32	4,59%
RENNES	14	16	30	4,30%
MONTPELLIER	24	6	30	4,30%
NIMES	11	16	27	3,87%
BORDEAUX	13	9	22	3,16%
TOULOUSE	15	3	18	2,58%
ROUEN	12	5	17	2,44%
PAU	10	7	17	2,44%
COLMAR	9	8	17	2,44%
DIJON	3	13	16	2,30%
NANCY	7	8	15	2,15%
ORLEANS	6	8	14	2,01%
REIMS	3	10	13	1,87%
GRENOBLE	6	7	13	1,87%
ANGERS	7	6	13	1,87%
AMIENS	8	5	13	1,87%
CAEN	6	6	12	1,72%
METZ	6	4	10	1,43%
CHAMBERY	5	4	9	1,29%
SAINT-DENIS DE LA REUNION	1	6	7	1,00%
POITIERS	3	3	6	0,86%
AGEN	5	1	6	0,86%
BOURGES	5	0	5	0,72%
BASSE-TERRE	4	1	5	0,72%
RIOM	4	0	4	0,57%
LIMOGES	4	0	4	0,57%
NOUMEA	1	2	3	0,43%
FORT-DE-France	2	1	3	0,43%
PAPEETE	2	0	2	0,29%
BESANCON	1	1	2	0,29%
BASTIA	0	1	1	0,14%
SAINT-PIERRE-ET-MIQUELON	0	1	1	0,14%
Total	348	349	697	100%

II. Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation

ACTIVITÉ 2013 DU SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ÉTUDES ET DU RAPPORT

Le service de documentation, des études et du rapport (SDER) a poursuivi, durant l'année 2013, l'évolution annoncée en 2012, tant dans ses domaines traditionnels d'intervention (aide à la décision, diffusion de la jurisprudence) que dans les missions qui lui ont été plus récemment confiées.

L'évolution dans les missions traditionnelles du SDER

Le SDER a poursuivi son adaptation à l'évolution de ses missions. Ainsi, le bureau créé lors de l'introduction dans notre système juridique de la question prioritaire de constitutionnalité a fortement évolué pour tenir compte de la nature des demandes qui lui sont à présent transmises. Le nombre de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) posées a ainsi diminué pour se stabiliser à un niveau moyen (333 décisions ont été rendues, toutes chambres confondues, en 2013, contre 396 l'année précédente). L'activité du bureau s'est donc recentrée sur l'aide à apporter aux juges du fond à l'instar des autres bureaux du service. Il a répondu à 250 demandes de recherches de la part des magistrats de la Cour de cassation comme de ceux des juridictions du fond. De plus, pour refléter la réalité des domaines étudiés, le champ de compétence du bureau du droit constitutionnel a été élargi, en janvier 2013, pour y ajouter le domaine du droit public. En effet, l'expérience acquise par les magistrats en matière constitutionnelle par l'examen des QPC a fait évoluer leurs besoins ; les questions soumises au SDER ont ainsi changé : plus précises sur la jurisprudence constitutionnelle, elles touchent à présent largement des notions communes au droit privé et au droit public, dont les frontières sont de moins en moins tranchées.

Ce nouveau bureau s'emploie à diffuser sur intranet une veille juridique en droit public et droit constitutionnel et élabore une documentation accessible sur internet. Il entretient des relations régulières avec le Conseil d'État pour intensifier les relations entre les deux juridictions suprêmes.

Les bureaux du SDER chargés des contentieux de chaque chambre répondent à de nombreuses demandes de recherches : le service a ainsi été saisi de 418 demandes, dont 342 émanant de la Cour de cassation et 76 des juges du fond, ces dernières parvenant le plus souvent par l'intermédiaire de l'adresse électronique structurelle du SDER. Dans le cadre de ses activités traditionnelles d'aide à la décision, le SDER a prêté son concours à la préparation des 6 assemblées plénières, 2 chambres mixtes et 13 séances de la formation compétente pour l'examen des demandes d'avis s'étant tenues en 2013.

Chaque bureau rédige une veille juridique mensuelle (sur la législation, la jurisprudence et la doctrine) accessible aux magistrats de la chambre concernée ; un moteur de recherche permet également aux magistrats de la Cour d'effectuer une recherche dans l'ensemble des veilles élaborées par le SDER.

Le bureau du droit européen s'attache à suivre la jurisprudence des juridictions européennes et diffuse des alertes sur les arrêts les plus importants. Il a été saisi en 2013 de

38 demandes de recherches. Les veilles documentaires de droit européen sont accessibles sur le site internet de la Cour.

Le SDER, qui intervient pendant tout le cours de la vie d'un pourvoi en cassation, a procédé, en 2013, à l'orientation de 14 123 pourvois vers les chambres civiles de la Cour. Il a en outre accompli le travail de titrage des arrêts publiés aux *Bulletins* mensuels de la Cour.

Le service a assumé l'animation de plusieurs sessions de formation à l'utilisation des outils de recherche juridique à l'intention des magistrats de l'ordre judiciaire en partenariat avec l'École nationale de la magistrature mais également de fonctionnaires des greffes venus découvrir la haute juridiction. Il est intervenu aussi pour la formation des magistrats nouvellement nommés à la Cour, ainsi que pour l'accueil de nombreuses délégations étrangères.

Les magistrats du SDER ont également participé à des études ou préparation[R1] de colloques de grande ampleur : préparation de la documentation pour le colloque organisé conjointement le 13 décembre 2013 par le parquet général de la Cour et le Conseil d'État sur le thème de « La sanction », recherche documentaire pour le premier président et le président de la chambre criminelle auditionnés par une mission parlementaire sur la révision des condamnations pénales, assistance d'une conseillère référendaire chargée d'une étude sur les discriminations au travail, etc.

En outre, le SDER s'attache à conforter les liens créés avec les correspondants désignés dans chaque cour d'appel, qui ont été réunis le 22 mars 2013 à la Cour de cassation. Ils ont notamment été sollicités pour l'étude de procédures particulières comme la communication électronique des conclusions (qui a abouti à l'avis du 9 septembre 2013) et, plus récemment, s'agissant de la procédure orale devant les chambres sociales. En retour, le SDER transmet diverses informations aux cours d'appel ; après le guide des normes de saisie, un fascicule sur le contentieux de l'inscription sur les listes électorales a été diffusé. Tout cela confirme, s'il en était besoin, la richesse et l'importance du rôle de ces correspondants, qui constituent un maillon indispensable de la chaîne de circulation de l'information entre la Cour suprême et les juridictions du fond.

La diffusion de la jurisprudence judiciaire

La qualité des relations nouées avec les correspondants du service dans les cours d'appel permet aussi de mieux connaître les conditions d'alimentation de la base JuriCa, base ayant vocation à rassembler toutes les décisions civiles motivées rendues par les cours d'appel (hors la matière pénale). Il est en effet indispensable que cette base soit la plus complète possible. Elle permet à l'ensemble des magistrats de connaître la jurisprudence des autres cours (JuriCa est accessible par le site intranet de la Cour de cassation). Cette base est également utile à la Cour de cassation pour récupérer l'arrêt attaqué dans son système de gestion électronique des dossiers. Enfin, le SDER collabore avec de nombreux centres de recherche et universités qui, munis d'une autorisation d'accès aux bases de données, peuvent étudier des sujets aussi variés que « l'incapacité au travail » ou « l'analyse des déterminants du versement d'une prestation compensatoire et de son montant par les juges d'appel ». Le bureau des relations avec les cours d'appel devrait prochainement terminer une étude sur les hospitalisations sous contrainte par

l'analyse de plus de 1 200 décisions du fond afin d'établir un premier bilan juridique et pratique de la mise en œuvre de la réforme du 5 juillet 2011. L'exhaustivité de la base JuriCa contribue ainsi à la crédibilité de ces études et renforce la qualité de la diffusion des décisions judiciaires, notamment à l'égard des éditeurs juridiques.

Les publications traditionnelles de la Cour de cassation permettent la mise en valeur des décisions les plus importantes rendues, durant l'année, par l'institution. Élaborées par le SDER, elles sont mises en ligne sur le site internet de la Cour, où elles peuvent être librement consultées.

Les *Bulletins* des arrêts des chambres civiles et de la chambre criminelle rassemblent, outre les arrêts d'assemblée plénière, de chambres mixtes, les avis de la Cour et les décisions du Tribunal des conflits, les arrêts dont la publication est décidée par les présidents des chambres à l'issue des délibérés; 1 450 arrêts ont ainsi été publiés en 2013. Au regard des années antérieures, les taux de publication restent stables. Ils s'établissent à 10,4 % pour l'ensemble des chambres civiles et 4 % pour la chambre criminelle. Les décisions publiées font l'objet d'un enrichissement par le service, qui en assure le titrage et procède à des rapprochements.

Publication bimensuelle au contenu plus éditorial, le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (BICC) a quant à lui vu la publication – entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2013 – de 1 348 sommaires d'arrêts et de 52 décisions statuant sur des QPC, pour la plupart accompagnés de références de doctrine fournies par le SDER; 48 décisions étaient accompagnées de communiqués ou de notes sous arrêts. Outre les arrêts rendus durant l'année par l'assemblée plénière et les chambres mixtes ainsi que les avis de la Cour – publiés dans leur intégralité, accompagnés du rapport du conseiller rapporteur et des observations du parquet général –, et les décisions du Tribunal des conflits, le BICC a vu la publication du résumé de 150 décisions des juridictions européennes (ou rendues par une juridiction nationale en matière de droit européen), ainsi que de 26 communications, 12 d'entre elles ayant fait l'objet d'un numéro spécial consacré aux rencontres de la chambre sociale le 15 septembre 2013.

Par ailleurs, le bureau du contentieux de la chambre sociale a rédigé 155 commentaires d'arrêts, publiés au *Mensuel du droit social*, mis en ligne sur le site internet de la Cour de cassation.

Le bureau chargé du *Rapport annuel* a enfin assuré, comme chaque année depuis 2009, la coordination des contributions, la confection et la publication du *Rapport annuel* d'activité de la Cour.

Une mission rattachée au SDER : la communication

Le service de communication de la Cour de cassation est rattaché au président de chambre, directeur du SDER, depuis janvier 2012. Le service a désormais toute sa place dans la diffusion des arrêts importants rendus par la Cour puisque ceux-ci sont mis en ligne sur le site internet de la Cour dès le jour du prononcé de la décision, assortis, le cas échéant, d'un communiqué permettant de rendre plus accessible au grand public la portée exacte de la décision (ce fut le cas, par exemple, pour des arrêts emblématiques, telle l'affaire dite «Baby Loup»). Dans le même esprit, la Cour s'inscrit avec détermination dans le monde de la communication électronique «en temps réel». Son

compte twitter a ainsi connu depuis janvier 2013 une activité sans cesse croissante : On comptabilise au 31 décembre 2013 plus de 12 000 abonnés (*followers*) avec un rythme important de nouvelles adhésions (environ 600 par mois). À titre d'illustration, le communiqué diffusé lors du prononcé des arrêts rendus le 13 septembre dernier par la première chambre civile, dits «arrêts GPA», a été «re-twitté» 53 fois. Le chargé de communication entretient désormais des contacts réguliers avec les médias qui s'intéressent au monde judiciaire, et particulièrement à la Cour de cassation. Cela permet souvent d'éviter la circulation d'informations inexactes ou tronquées sur la portée ou même la nature des décisions rendues. De surcroît, une revue de presse quotidienne est diffusée chaque jour auprès des magistrats et fonctionnaires de la Cour pour leur permettre de suivre au plus près les événements la concernant et d'une manière plus générale l'institution judiciaire.

Le service a également travaillé à la refonte de l'ergonomie et à l'actualisation du site internet de la Cour, pour améliorer très sensiblement son accessibilité et en faciliter la consultation. La nouvelle page d'accueil a ainsi été inaugurée en décembre 2013 et a immédiatement suscité une satisfaction certaine des utilisateurs. Ce site est consulté plus de 17 400 fois par jour en moyenne, ce qui en fait une vitrine essentielle de la Cour de cassation.

TAUX DE PUBLICATION DES ARRÊTS DES CHAMBRES CIVILES ET CRIMINELLE														
Années	Chambres civiles													
	1ère chambre		2ème chambre		3ème chambre		Chambre commerciale		Chambre sociale		Chambre criminelle			
	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés	Total	Publiés
2004	2414	323	2692	533	1835	251	2715	228	4989	347	6102	314	5%	5%
2005	2667	507	2457	334	1932	257	2471	256	5780	339	7075	321	5%	5%
2006	2807	557	2886	382	1810	259	2206	269	4785	395	5974	319	5%	5%
2007	2401	398	2431	278	1821	233	2248	268	3760	220	6558	308	5%	5%
2008	2104	288	2583	276	1774	216	2101	213	2788	254	6368	259	4%	4%
2009	2211	260	3210	296	2050	293	1906	176	3333	292	7240	223	3%	3%
2010	2044	272	3078	224	1982	230	1975	232	3198	315	7470	258	3%	3%
2011	1964	220	2629	237	1928	215	1836	213	3259	307	7127	272	4%	4%
2012	2379	280	2871	217	2028	198	1822	235	3644	342	7837	288	4%	4%
2013	2074	256	2659	246	1957	174	1693	195	3257	312	7082	267	4%	4%

III. Relations internationales

RELATIONS INTERNATIONALES 2013

Les activités de coopération internationale de la Cour de cassation se sont poursuivies à un rythme très soutenu au cours de l'année 2013, sur le plan tant bilatéral que multilatéral.

La Cour de cassation a ainsi entretenu des relations avec une trentaine de pays, en accueillant de nombreuses délégations et en participant à des missions d'expertise. Elle est en effet régulièrement sollicitée pour intervenir dans de multiples domaines du droit et présenter les techniques de rédaction des arrêts ainsi que la dématérialisation des procédures.

Trois nouvelles conventions de jumelage ont été signées avec le Vietnam, le Liban et le Gabon, ce qui porte à 23 le nombre de conventions conclues par la Cour de cassation depuis 1995 (avec 21 pays, 2 conventions ayant été renouvelées).

À l'instar des années précédentes, la Cour a activement participé à l'animation de plusieurs réseaux de Cours suprêmes, favorisant le développement des échanges entre elles.

Par ces activités, la Cour contribue à la promotion du modèle judiciaire français et au dialogue des juges et des procureurs au sein des institutions et des réseaux multilatéraux.

A. PROMOTION DU MODÈLE JUDICIAIRE FRANÇAIS

Europe

2013 a vu la poursuite d'une coopération ancienne et bien ancrée avec l'**Allemagne**. Une délégation de huit collaborateurs scientifiques de la Cour fédérale du contentieux social a été accueillie au mois de mai pour une présentation du contentieux du droit social et de la sécurité sociale de la Cour de cassation. La Cour fédérale du contentieux social, qui siège à Kassel, est la plus haute instance allemande en matière de juridiction sociale et compte parmi les cinq cours suprêmes de la Fédération. En tant que Cour de cassation, elle statue sur les jugements prononcés par les cours du contentieux social des différents Länder. Les collaborateurs scientifiques de la Cour fédérale sont tous des juges détachés de leurs obligations par les cours des Länder.

En outre, selon une tradition désormais bien établie, une délégation de jeunes magistrats du land de Rhénanie-Palatinat a été accueillie au mois de septembre pour une visite et une présentation du rôle de la Cour.

La relation franco-italienne a, comme chaque année, donné lieu à de nombreux échanges.

Au mois de mai, une délégation composée de membres du ministère de la justice et de la Cour de cassation d'**Italie** a effectué, en présence du magistrat de liaison français en Italie et à Malte, une visite d'études consacrée à l'organisation informatique de la Cour de cassation, à la dématérialisation des procédures et à l'accès à la documentation.

Dans le cadre du programme d'échanges du Réseau des présidents de Cours suprêmes de l'Union européenne (voir B), un conseiller de la Cour de cassation d'Italie a été reçu en stage pendant deux semaines, au mois de novembre, à la chambre sociale et à la deuxième chambre civile pour approfondir sa connaissance du contentieux français du droit social et de la sécurité sociale.

Un juge de la ville toscane de Lucques a également assisté en octobre à une audience de la chambre commerciale dans le cadre d'un stage de deux semaines organisé par le département international de l'École nationale de la magistrature (ENM).

Les liens, anciens et étroits, existant entre les membres du parquet général de la Cour de cassation et leurs homologues espagnols ne se sont quant à eux pas distendus au cours de cette année 2013.

En effet, après avoir reçu, au mois de février, M. Javier Zaragosa, procureur général de l'«Audience nationale», accompagné de deux de ses collaborateurs et du magistrat de liaison français en **Espagne**, le procureur général s'est rendu à Madrid le 16 septembre, à l'invitation de M. Eduardo Torres-Dulce Lifante, procureur général de l'État, pour assister à l'audience solennelle de rentrée de la Cour suprême judiciaire, première invitation d'un hôte étranger à une telle cérémonie.

Ce déplacement faisait écho à l'invitation que M. Jean-Claude Marin avait lui-même initiée au mois de janvier 2013, accueillant son homologue espagnol lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation.

S'agissant des échanges avec les pays relevant de la tradition de *common law*, cinq barristers de Londres (**Angleterre**) ont été accueillis au mois de septembre pour une présentation de la Cour de cassation, dans le cadre d'un échange entre le barreau de Paris et le Gray's Inn.

Une étudiante du Trinity College de Dublin (**Irlande**) a par ailleurs été reçue en stage pendant un mois à la Cour.

Les relations entre la France et la **Belgique** ont été marquées par la venue au mois d'octobre d'un juge d'Anvers, qui a assisté à une audience de la chambre commerciale dans le cadre d'un stage de deux semaines organisé par le département international de l'ENM.

Un groupe d'étudiants en droit de l'université catholique de Louvain du campus de Courtrai[R2] avait en outre été préalablement accueilli au mois de février pour une présentation du rôle et du fonctionnement de la Cour.

Dans le cadre du programme d'échanges du Réseau des présidents de Cours suprêmes de l'Union européenne (voir B), un conseiller de la Cour suprême de **Pologne** a été reçu en stage pendant deux semaines, au mois de septembre, et a participé à plusieurs audiences civiles de la Cour de cassation ainsi qu'à une audience QPC du Conseil constitutionnel.

De même, le procureur général s'est rendu à Cracovie au mois de mai, en compagnie de son secrétaire général adjoint, pour assister à la 6^e réunion du Réseau des procureurs généraux des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (voir B).

La coopération a également été soutenue avec les États d'Europe centrale.

S'agissant de la **Hongrie**, un magistrat de la Curia a effectué au mois de janvier un stage d'une semaine au sein de la Cour. Ce magistrat a notamment assisté à une audience d'assemblée plénière et a pu rencontrer, outre le premier président et plusieurs magistrats de la Cour, un membre du Conseil constitutionnel ainsi que la présidente de la Cour de justice de la République.

Deux auditeurs du service de documentation, des études et du rapport (SDER) se sont par ailleurs rendus à Budapest au mois d'octobre à l'invitation de la Curia pour participer à la première conférence organisée par le National Office for the Judiciary, sur les moyens de communications modernes dans les juridictions.

Le procureur général s'est également rendu à Budapest, au mois de novembre, accompagné de son secrétaire général adjoint, à l'invitation de M. Peter Polt, procureur général de Hongrie, afin d'échanger sur l'organisation et le rôle de leurs parquets généraux respectifs.

À cette occasion, M. Jean-Claude Marin s'est notamment entretenu avec M. Tibor Navracsics, vice-Premier ministre, ministre de l'administration publique et de la justice.

Après avoir été invité, au mois de février, par M. Pavel Zeman, procureur général de **République tchèque**, à intervenir lors d'une conférence organisée à Prague devant la chambre de commerce franco-tchèque sur le thème du ministère public français, le procureur général a accueilli son homologue, au mois d'octobre, dans le cadre d'un voyage d'études destiné à lui faire découvrir le fonctionnement du parquet général de la Cour de cassation française ainsi que celui du Conseil supérieur de la magistrature et de la Cour de justice de la République.

Les relations avec l'**Ukraine** ont été marquées par la venue au mois de juillet d'une délégation de magistrats de la Cour suprême, qui ont effectué une visite d'études consacrée à une présentation du fonctionnement de la Cour dans le cadre d'une coopération pilotée par l'Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE).

Le directeur du SDER de la Cour de cassation et le magistrat chargé du service des relations internationales de la Cour de cassation se sont déplacés à Saint-Pétersbourg (**Russie**) pour participer au 3^e forum juridique international qui se déroulait au mois de mai dans cette ville.

Dans le cadre des activités liées à ce forum, le premier président et le doyen de la chambre commerciale ont participé à un colloque, organisé à Paris, consacré à la présentation comparée des législations française et russe en matière de droit des transactions civiles et des investissements.

Le procureur général est intervenu à Bucarest (**Roumanie**), au mois de mai, à l'occasion de la conférence de lancement d'un séminaire européen sur la lutte contre la corruption, s'insérant dans le cadre du programme dit « ISEC 2011 », géré par la Commission européenne.

Une étudiante roumaine a par ailleurs été reçue en stage pendant un mois à la Cour, en septembre-octobre, dans le cadre d'une convention avec l'Agence universitaire de la francophonie.

Dans le cadre d'un projet financé par le programme de justice pénale de l'Union européenne intitulé « Renforcer la coopération judiciaire en luttant contre la traite des

êtres humains en Europe» (projet REFRACT), le premier avocat général de la troisième chambre civile s'est rendu plusieurs fois à Bucarest et a animé un séminaire sur ce même thème à Paris au mois de février.

Enfin, le procureur général a reçu, au mois d'avril, une délégation serbe emmenée par Mme Zavorka Dolovac, procureur général de **Serbie**, de passage à Paris dans le but de signer avec la direction des affaires criminelles et des grâces une déclaration commune sur la coopération en matière de criminalité organisée.

Asie

La coopération avec le **Vietnam** a connu un développement particulièrement important cette année.

Une convention de jumelage a été signée le 29 mars 2013 par le premier président de la Cour de cassation et le président de la Cour populaire suprême de la République socialiste du Vietnam. Elle consacre une coopération étroite et ancienne entre ces deux juridictions.

À l'occasion de son déplacement, le président de la Cour populaire suprême de la République socialiste du Vietnam a également rencontré le procureur général et plusieurs magistrats de la Cour de cassation.

Une délégation de magistrats de la Cour suprême du Vietnam a en outre été reçue au mois d'avril, pour une présentation de la jurisprudence pénale de la Cour et du fonctionnement du parquet général, dans le cadre d'un séminaire de formation de l'ENM sur le droit pénal et la procédure pénale.

Enfin, le chef du service des relations internationales de la Cour de cassation, un conseiller de la chambre commerciale et un conseiller de la chambre sociale se sont rendus à Hanoï au mois d'octobre afin de présenter, notamment aux magistrats de la Cour populaire suprême, le rôle de la jurisprudence en droit français, ses modalités de diffusion par le SDER, ainsi que la technique de cassation et de rédaction des arrêts de cassation.

La coopération entre la Cour de cassation et le **Japon** est traditionnellement soutenue. 2013 n'a pas fait exception à la règle et a été marquée par la visite de hautes personnalités.

Ont ainsi été accueillis au mois de février un professeur de la faculté de droit de l'université de Kyoto, qui a assisté à une audience d'assemblée plénière, ainsi qu'une délégation d'universitaires conduite par un professeur de droit de l'université Ritsumeikan.

Au mois de juin, M. Hiroshi Ozu, procureur général du parquet suprême du Japon, a rencontré le premier président et le procureur général pour un échange de vues sur leurs systèmes judiciaires respectifs.

Au mois d'août, le premier président a reçu M. Sadakazu Tanigaki, ministre de la justice du Japon, accompagné d'une délégation de huit personnes.

Il a également rencontré M. Yoichi Suzuki, nouvel ambassadeur du Japon en France, au mois de décembre.

2013 a également été une année riche pour la coopération entre la Cour de cassation et la **République populaire de Chine**.

Deux présidents de chambre se sont respectivement rendus en mai et novembre en République populaire de Chine, à l'occasion des 27^e et 28^e séminaires du Conseil supérieur du notariat.

Le premier président a par ailleurs reçu au mois d'octobre Mme Aiying Wu, ministre de la justice de la République de Chine, accompagnée d'une délégation de cinq personnes.

Cette année a également été marquée par le nouvel essor des relations entre le parquet général de la Cour de cassation et le parquet populaire suprême de la République populaire de Chine.

En effet, à l'invitation de son homologue, M. Jianmin Cao, le procureur général s'est rendu à Pékin, Xi'an et Shanghai, au mois d'octobre, en compagnie de son secrétaire général et du premier avocat général de la troisième chambre civile, afin d'entériner le nouveau protocole de coopération établi entre les parquets généraux français et chinois, destiné à renouveler et à amplifier les relations entre ces derniers.

Dans le cadre de ce nouvel accord, le premier avocat général de la troisième chambre civile a ainsi accueilli, au mois de décembre, une délégation du parquet populaire de Tianjin, une délégation du ministère de la sécurité chinoise et, auparavant, une délégation d'avocats chinois pénalistes séjournant en France dans le cadre d'une visite d'études approfondie.

Une délégation de magistrats stagiaires de l'académie judiciaire du **Kazakhstan** a également visité la Cour de cassation au mois de février dans le cadre d'une formation organisée par l'ENM sur la « découverte de la justice française ».

Enfin, une délégation de magistrats du **Népal**, conduite par un magistrat de la Cour suprême, a également été reçue en juin pour une visite et une présentation de l'organisation et du fonctionnement de la Cour de cassation.

Océanie

M. Salamo Injia, président de la Cour suprême de **Papouasie-Nouvelle-Guinée**, accompagné d'une délégation de huit personnes, a rencontré le premier président au mois d'octobre. Cette délégation, qui arrivait de Londres, était particulièrement désireuse de connaître et comprendre le modèle judiciaire français.

Amériques

Selon une tradition désormais bien ancrée, ont été accueillis tout au long de l'année, pour une présentation du système judiciaire français et une visite de la Cour de cassation, des étudiants de l'université Columbia, de la Cornell University Law School de New York, de l'université de Floride et de l'université de Tulane de La Nouvelle-Orléans (**États-Unis**).

Les relations entre la France et le **Brésil**, caractérisées par une longue tradition d'échanges, ont été marquées cette année par la venue au mois de septembre d'une

délégation composée du directeur du Conseil de la justice fédérale (CFJ), du secrétaire général du centre d'études judiciaires (CEJ) du CFJ, du directeur de l'école régionale fédérale et du directeur de l'École nationale de la magistrature brésilienne.

M. Francis Falcao, inspecteur général de la justice brésilienne et ministre du Tribunal supérieur de justice, accompagné d'un juge de Rio de Janeiro, a rencontré le premier président et le procureur général au mois de novembre.

Un juge brésilien, par ailleurs étudiant à l'université Paris 1, a en outre été accueilli au mois de décembre au sein de la chambre criminelle, où il a assisté à plusieurs audiences.

Enfin, l'année 2013 a vu l'ouverture de relations avec l'**Équateur**. Dans le cadre de la visite officielle de M. Rafael Correa, Président de la république d'Équateur en France, en novembre, M. Gustavo Jalkh, président du Conseil national de la magistrature (CNM) d'Équateur, a rencontré le premier président et le procureur général.

Afrique du Nord

L'année 2013 a de nouveau renforcé les étroites relations unissant la Cour de cassation à l'**Algérie**.

Le procureur général s'est ainsi déplacé à Alger, à la fin du mois de juin, à l'invitation de M. Mohammed Guettouche, procureur général de la Cour suprême, en compagnie de son secrétaire général, du premier avocat général de la deuxième chambre civile et du premier avocat général, membre du Conseil supérieur de la magistrature, afin de resserrer, un peu plus encore, les liens d'amitié existant entre leurs deux institutions.

Les deux procureurs généraux ont pu échanger sur leurs systèmes judiciaires respectifs et affiner les différentes actions de coopération qui pourront être mises en œuvre au cours des prochains mois.

Par ailleurs, un avocat général s'était déjà rendu en Algérie au mois de mai pour prendre part aux journées d'études organisées par la première présidence de la Cour suprême d'Alger sur « Les droits de l'homme à la lumière des chartes internationales et régionales, des lois nationales et de la pratique judiciaire ».

Sur invitation de ladite Cour, une délégation de la Cour de cassation, composée de deux présidents de chambre, de deux conseillers et du secrétaire général, s'est déplacée à Alger au mois de juin. Les échanges ont porté sur l'organisation, le fonctionnement et les compétences de la Cour suprême d'Algérie ainsi que sur l'évolution de la jurisprudence française en matière civile et pénale.

Au mois de septembre, le directeur du SDER, chef du service des relations internationales de la Cour de cassation, a participé à Alger à la conférence de lancement du jumelage d'appui au Centre de recherche juridique et judiciaire (CRJJ) d'Alger, mené par le GIP Justice coopération internationale (JCI).

Dans le cadre de ce jumelage, une délégation de magistrats et chercheurs du CRJJ, conduite par le directeur de cette institution, a été accueillie en fin d'année pour une présentation approfondie du SDER et des outils informatiques de la Cour.

Enfin, à la demande du Conseil d'État, une visite de la Cour de cassation a été organisée pour deux magistrats du Conseil d'État algérien.

S'agissant des relations avec la **Tunisie**, une délégation de la commission permanente « Justice judiciaire, administrative, financière et constitutionnelle » de l'Assemblée nationale constituante de Tunisie a été reçue par le premier président, dans le cadre du programme TAIEX de la Commission européenne. Les échanges ont porté sur les garanties statutaires de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

S'agissant enfin des relations avec le **Maroc**, le premier président et le procureur général ont accueilli, au mois de décembre, M. El Mustapha Ramid, ministre de la justice et des libertés du Maroc, accompagné d'une délégation composée de plusieurs membres du ministère, à l'occasion de leur visite officielle en France.

Afrique

À l'instar des années précédentes, les relations avec le **Sénégal** se sont poursuivies à un rythme soutenu.

M. Papa Oumar Sakho, premier président de la Cour suprême du Sénégal, a rencontré le premier président au mois d'avril.

Plusieurs magistrats du siège et du parquet général de la Cour suprême du Sénégal ont par ailleurs été accueillis aux mois de juin et d'octobre au sein de la Cour pour des visites d'études. Deux magistrats des juridictions du fond ont également assisté, dans le cadre d'un programme d'échanges « Projet gouvernance économique » organisé par l'ENM, à une audience de la chambre commerciale au mois d'octobre.

Au mois de novembre, un président de chambre et un conseiller ont participé aux journées d'études organisées, à Dakar, par la Cour suprême du Sénégal, consacrées aux « techniques de cassation et à la méthodologie de rédaction des arrêts de cassation et de rejet ».

S'agissant du **Bénin**, la Cour de cassation a reçu fin juin deux magistrats de la Cour suprême pour une présentation de l'organisation et du fonctionnement de la Cour.

La coopération avec le **Gabon** a été relancée en 2013 avec la signature d'une convention de jumelage par le premier président, Vincent Lamanda, et le président de la Cour de cassation du Gabon, Honoré Moundounga.

Au mois de septembre, le SDER a par ailleurs accueilli le conseiller responsable du service de communication de la Cour de cassation du Gabon pour lui présenter de manière approfondie son organisation et son fonctionnement.

Enfin, au mois de juillet, un magistrat, un greffier et le chef de projet informatique de la Cour de justice de l'Union économique et monétaire de Ouest-Afrique (UEMOA), qui regroupe le **Bénin**, le **Burkina-Faso**, la **Côte d'Ivoire**, la **Guinée-Bissau**, le **Mali**, le **Niger**, le **Sénégal** et le **Togo**, ont été accueillis à la Cour de cassation pour une visite d'études consacrée à la dématérialisation et au traitement informatisé des procédures.

Proche et Moyen-Orient

La Cour de cassation a toujours régulièrement coopéré avec les institutions judiciaires du **Liban**, notamment dans le cadre de programmes mis en œuvre par l'Agence de coopération juridique internationale (ACOJURIS), aujourd'hui devenue le GIP Justice coopération internationale (JCI).

Cette coopération s'est poursuivie à un rythme soutenu au cours de l'année 2013, qui a notamment été marquée par le renouvellement de la convention de jumelage signée en 2001.

Dans le cadre de ce jumelage renouvelé, la présidente de la chambre criminelle et un conseiller de la chambre civile de la Cour de cassation du Liban ont été accueillis à la Cour au mois de novembre pour effectuer un stage consacré à la dématérialisation des pourvois et à leur traitement rapide.

Au mois de mars, la gestion dématérialisée des procédures a été également présentée à une délégation du centre informatique juridique du ministère de la justice et du bureau du ministre d'État pour la réforme administrative du Liban.

S'agissant des relations avec **Israël**, le premier président a reçu le directeur de l'Institut d'études judiciaires de ce pays fin octobre, afin de poser les jalons d'un déplacement à Jérusalem de deux présidents de chambre au mois de mai 2014.

Le vice-président de la Cour de cassation d'**Égypte** et deux membres du bureau technique de cette Cour ont été accueillis aux mois de février et de mai pour une visite d'études consacrée au fonctionnement du SDER en vue de la modernisation du bureau technique égyptien.

À cette occasion, ces magistrats égyptiens ont également pu s'entretenir avec le premier président et plusieurs magistrats de la Cour.

L'année 2013 a permis d'approfondir les relations antérieurement établies avec la **Turquie**.

Une importante délégation de magistrats de la Cour de cassation turque, conduite par son premier président, a été reçue au mois d'avril dans le cadre d'une visite organisée par le Conseil de l'Europe pour une présentation comparée du rôle de la Cour de cassation et de ses relations avec les autres juridictions dans les systèmes judiciaires français et turc.

Au mois de mars, le doyen de la chambre commerciale a par ailleurs accompagné une délégation de magistrats français invités à découvrir le système judiciaire turc et à constater l'avancement du processus de réforme dans ce pays.

Au mois de juin, le procureur général a reçu, à la demande du service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice, une importante délégation turque, emmenée par M. Mustafa Erol, sous-secrétaire d'État adjoint à la justice, et composée de plusieurs procureurs généraux de cours d'appel.

Par ailleurs, un avocat général à la chambre criminelle a représenté le procureur général à l'occasion d'une conférence organisée au mois de novembre à Ankara portant sur « le statut du bureau du procureur général au sein de la Cour suprême dans le cadre des procédures d'appel ».

Les relations avec le **Qatar** ont été marquées par l'accueil au mois de novembre d'une délégation de magistrats de la Cour de cassation de ce pays, venus découvrir le rôle et le fonctionnement de la Cour de cassation.

Au mois de décembre, le procureur général a également pu s'entretenir une nouvelle fois avec son homologue qatari, M. Ali Bin Fetais Al-Marri, lors d'un dîner organisé au ministère des affaires étrangères.

S'agissant des relations avec la **Jordanie**, le président de la troisième chambre civile s'est déplacé à Amman au mois de décembre, pour présenter aux magistrats de la Cour de cassation du Royaume hachémite de Jordanie la procédure de QPC et le rôle de filtre de la Cour de cassation française en la matière.

Enfin, cette année encore, une délégation du **Royaume d'Arabie saoudite**, composée de membres du bureau des investigations et des poursuites générales, assistant à un séminaire sur le « rôle du procureur de la République », organisé dans le cadre d'une coopération avec l'université Nayef de Riyad, a été accueillie par le secrétaire général adjoint du parquet général, avant de s'entretenir avec le premier avocat général, membre du Conseil supérieur de la magistrature.

B. PROMOTION DE LA DISCUSSION DES JUGES ET PROCUREURS AU SEIN DES INSTITUTIONS ET RÉSEAUX MULTILATÉRAUX

Par les relations qu'elle cherche à développer avec les institutions européennes et par l'appartenance à de nombreux réseaux, la Cour de cassation participe à la promotion du dialogue des juges et des procureurs en Europe et dans le monde.

1. Au niveau européen

Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)

Ce dialogue peut notamment être illustré avec la venue au mois d'octobre d'une quinzaine de référendaires de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. La visite d'études a été l'occasion d'échanges fructueux sur l'application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation avec le premier président, un conseiller de la chambre commerciale, ancien greffier à la CJUE, un conseiller de la chambre sociale, ancien référendaire à la CJUE, et le chef du bureau de droit européen au SDER.

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

Les relations avec la Cour européenne des droits de l'homme ont occupé une place importante en 2013.

Le premier président et le procureur général se sont rendus à Strasbourg, à la fin du mois de janvier, pour assister à l'audience solennelle de rentrée.

À l'instar des années précédentes, la Cour européenne des droits de l'homme a également accueilli en mars et en octobre une délégation d'une quinzaine de membres de la Cour de cassation, qui ont effectué une visite d'études de deux jours à Strasbourg et ont assisté à des audiences, dont l'une concernait la France.

Le 3 octobre, la Cour de cassation a par ailleurs reçu une délégation de juges de la Cour européenne des droits de l'homme, composée de M. André Potocki, juge élu au titre de la France, et de Mme Angelika Nussberger, juge élue au titre de l'Allemagne, venus rencontrer les magistrats de la chambre criminelle pour évoquer les implications du développement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur la procédure pénale et le droit pénal français.

Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne

Ce réseau, créé en 2004 et dont le secrétariat général est fixé à la Cour de cassation, a pour objet la promotion de la formation des autorités judiciaires et des membres des Cours suprêmes, l'amélioration de la connaissance mutuelle des systèmes juridiques et judiciaires nationaux, l'échange d'informations et d'expériences. Il constitue aujourd'hui une structure active de réflexion, de discussion et de dialogue sur le rôle des Cours suprêmes judiciaires en Europe.

Dans le cadre de ce réseau, qui a mis en place des échanges de magistrats des Cours suprêmes de l'Union européenne, la Cour de cassation a successivement accueilli pendant deux semaines un magistrat de la Cour suprême de Pologne et un magistrat de la Cour de cassation d'Italie, les visites d'études étant respectivement axées sur la justice civile et commerciale pour le premier, le contentieux de droit social et de sécurité sociale pour le second.

Au mois de septembre, le premier président de la Cour de cassation a participé à la réunion conjointe du Réseau des présidents des Cours suprêmes de l'Union européenne, de la CJUE et de la CEDH, qui se tenait à Helsinki.

Les échanges ont porté sur la reconnaissance mutuelle en matière civile et pénale entre juridictions nationales et internationales d'une part, entre juridictions internationales d'autre part. Ils ont aussi été pour partie consacrés à la protection des droits fondamentaux.

Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne

Construit sur le modèle du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, le Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne a pour

objet de favoriser les échanges sur les questions relatives au rôle, à l'organisation et au fonctionnement des parquets généraux près les Cours suprêmes des États membres de l'Union européenne. Il souhaite également encourager la réflexion sur l'évolution des parquets généraux et leurs problématiques communes.

Le Réseau organisant annuellement un colloque réunissant l'ensemble de ses membres, le procureur général s'est déplacé cette année à Cracovie, au mois de mai, en compagnie de son secrétaire général adjoint, à l'occasion de la 6^e réunion et conférence du Réseau, ayant pour thème l'instauration d'un Parquet européen.

À l'issue de ce sommet, M. Harald Range, procureur général allemand, a été élu nouveau président du Réseau.

La question du Parquet européen

Cette année encore, le procureur général de la Cour de cassation a été sollicité à de nombreuses reprises pour participer aux réflexions menées sur l'institution d'un Parquet européen.

Ainsi, au mois de novembre, M. Jean-Claude Marin a été convié par Mme Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne, commissaire européenne à la justice, aux droits fondamentaux et à la citoyenneté, à intervenir lors des Assises de la justice organisées à Bruxelles par la Commission.

À l'occasion de cet événement, destiné à réfléchir au « rôle pour la justice dans l'Union européenne », le procureur général a été invité à s'exprimer au cours d'une table ronde intitulée « Vers un espace européen de justice plus intégrée, fondé sur la confiance mutuelle », et portant plus particulièrement sur la matière pénale.

Au mois d'avril déjà, M. Jean-Claude Marin avait délégué un avocat général de la chambre criminelle pour le représenter, d'une part, lors d'une conférence organisée sur ce thème à Sofia et, d'autre part, au Forum consultatif des procureurs généraux de l'Union européenne à La Haye. Au mois de novembre, le premier avocat général, membre du Conseil supérieur de la magistrature, avait quant à lui participé à la 11^e conférence des procureurs antifraude de l'Union européenne, organisée par l'OLAF, portant également sur cette question.

Institut européen de l'expertise

Le directeur du SDER, chef du service des relations internationales de la Cour de cassation, s'est déplacé au mois de juin à Brescia (Italie) pour participer à la réunion organisée par l'Institut européen d'expertise dans le cadre de ses travaux avec des représentants des cours d'appel de Venise et de Milan.

Comité franco-britanno-irlandais de coopération judiciaire

Au mois de juin, un conseiller et un avocat général de la chambre criminelle se sont rendus à Édimbourg pour échanger sur le mandat d'arrêt européen lors de la réunion bisannuelle du Comité franco-britanno-irlandais de coopération judiciaire.

Académie de droit européen (ERA)

Le magistrat chargé du service des relations internationales de la Cour de cassation s'est déplacé à Trèves (Allemagne) au mois de juin pour représenter le premier président à la 22^e réunion du comité consultatif de l'ERA.

2. Au niveau mondial

Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)

L'AHJUCAF, créée en 2001 à l'initiative de trente-quatre Cours suprêmes francophones et de l'Organisation internationale de la francophonie, comprend actuellement cinquante membres, dont deux Cours internationales d'Afrique (la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires-OHADA et la Cour de justice de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale-CEMAC). Elle a pour objet de renforcer la solidarité et la coopération entre les hautes juridictions de cassation francophones ayant en charge la régulation des décisions judiciaires.

Elle a organisé son quatrième congrès à Beyrouth (Liban), au mois de mars, sur le thème « Une déontologie pour les juges », auquel ont participé près de cent cinquante personnes représentant les cours adhérentes.

En application des statuts et du règlement intérieur, un nouveau bureau a été élu lors de l'assemblée générale qui s'est tenue à l'Institut des études judiciaires de Beyrouth. M. Ousmane Batoko, président de la Cour suprême du Bénin, a été élu président de l'AHJUCAF et M. Dominique Loriferne, président de chambre maintenu en activité à la Cour de cassation française, a été désigné secrétaire général en remplacement de M. Jean-Louis Gillet.

Dans le cadre d'une convention de jumelage avec la chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, M. Loriferne s'est rendu à Ottawa, au mois de décembre, pour rencontrer l'équipe du professeur Ghislain Otis, titulaire de la chaire, qui travaille sur un projet intitulé « État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité ».

Association africaine des hautes juridictions francophones (AA-HJF)

Au mois de mars, un président de chambre honoraire et un conseiller référendaire se sont rendus à Cotonou, au Bénin, pour participer à l'animation pédagogique de la 5^e session de formation de l'Association africaine des hautes juridictions francophones (AA-HJF).

Ils sont notamment intervenus sur les thèmes suivants : « Le contrôle exercé par une cour de cassation : nature, degrés et modalités », « La rédaction d'un arrêt de la Cour de cassation », « Intérêts et défis de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information dans les procédures des juridictions », « Le droit de l'environnement et gestion de son contentieux ».

Association internationale des autorités anticorruption (IAACA)

Organisation créée en 2006, à l'initiative de la Chine populaire, à la suite de l'adoption en 2003 de la Convention des Nations unies contre la corruption, dite « de Merida », l'IAACA organise chaque année divers séminaires et manifestations. Ainsi, le premier avocat général de la troisième chambre civile s'est rendu à New Delhi, en Inde, au mois d'avril, pour participer à la réunion du comité exécutif de l'association, puis au mois de novembre, au Panama, à l'occasion de la conférence générale de l'IAACA.

IV. Bureau d'aide juridictionnelle

ACTIVITÉ 2013 DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE

La particularité du bureau d'aide juridictionnelle établi près la Cour de cassation, par rapport à ceux qui sont établis près les tribunaux de grande instance, est de rechercher s'il existe, ou non, un moyen de cassation sérieux d'une décision rendue en dernier ressort par une juridiction de l'ordre judiciaire. Ce rôle de filtre juridique a été contesté devant la Cour européenne des droits de l'homme, au motif qu'il constituait une entrave discriminatoire au droit d'avoir un accès effectif à un tribunal en préjugant de ce que celui-ci déciderait, mais il a été validé par deux arrêts du 26 février 2002 de la Cour de Strasbourg (*Del Sol c. France*, n° 46800/99 ; *Essaadi c. France*, n° 49384/99).

Outre la matière pénale, le bureau est principalement saisi de contentieux liés à la vie familiale (divorces, notamment), à la vie sociale (droit du travail et sécurité sociale), au logement (baux d'habitation, notamment) et à la consommation (crédits bancaires). Pour le reste, il connaît des litiges qui sont soumis aux chambres de la Cour, à l'exception de ceux qui sont traités par la chambre commerciale, économique et financière lorsque les demandeurs d'aide juridictionnelle sont des personnes morales à but lucratif.

En 2013, le bureau a reçu 8 188 demandes nouvelles, soit un nombre sensiblement inférieur à celui de l'année 2012 (8 676). Cette baisse peut paraître surprenante en ces temps de difficultés financières pour les justiciables. Les sources d'information sur l'aide juridictionnelle étant nombreuses et facilement accessibles (tribunaux, avocats, sites informatiques), il faudrait chercher ailleurs les causes de cette diminution. Découragement ? Règlements extrajudiciaires des conflits ? Permanence du succès de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail sur la rupture conventionnelle du contrat de travail ? Développement des effets du principe de subsidiarité de l'aide juridictionnelle par rapport à l'assurance de protection juridique, instauré par la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance juridique ? La baisse est forte en droit du travail (-13,78 %), sensible en droit de la sécurité sociale (-6,3 %), modérée dans les autres matières civiles (-2,95 %) et existe même, ce qui est un renversement de tendance, dans le domaine pénal (-4,68 %).

Le délai de traitement des requêtes en 2013 a été de 160 jours en matière civile et de 54 jours en matière pénale.

Le nombre des décisions rendues en 2013 est supérieur de 46 à celui des demandes qui ont été reçues.

Le taux d'admission des demandes a été globalement de 21,58 %, une différence étant à signaler entre le domaine civil (19,85 %) et le domaine pénal (30,35 %), écart qui s'explique par le fait que, eu égard aux dispositions de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le bureau accorde en certaines matières l'aide de l'État au vu des ressources, sans que soit mise en évidence l'existence d'un moyen sérieux de cassation (condamnations à de lourdes peines, mises en accusation, détention provisoire et contrôle judiciaire, mandat d'arrêt européen).

Les recours formés devant le premier président ou ses délégués contre les décisions du bureau sont du même ordre que l'an dernier, de même que leur taux de réussite (6 % s'agissant des rejets pour cause d'absence de moyen sérieux de cassation et 23 % en ce qui concerne les décisions d'irrecevabilité en raison de ressources supérieures aux plafonds légaux, étant observé, en ce dernier cas, que, la plupart du temps, des justificatifs nouveaux sont apportés au stade du recours).

ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE												
Années	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013		
Affaires restant à examiner au 01/01	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989	3 278	2 938	3 211		
Affaires reçues *	10 056	10 698	10 829	10 315	9 170	9 677	9 414	8 568	8 736	8 250		
Décisions rendues mettant fin à la procédure	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736	9 589	9 125	8 908	8 463	8 711		
Affaires restant à examiner au 31/12	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989	3 278	2 938	3 211	2 750		

* Les affaires reçues incluent, outre les demandes nouvelles (8 188 en 2013), les requêtes diverses (22 en 2013) et les retours après admission du recours (40 en 2013)

RÉPARTITION DES DÉCISIONS DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE PAR CATÉGORIES												
Années	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013		
Rejet	3 494	3 666	4 028	3 728	3 708	4 320	3 527	3 456	3 432	3 492		
Admission	1 879	2 171	2 471	2 343	2 104	2 247	2 283	2 232	2 033	1 880		
Irrecevabilité et caducité	3 767	4 460	4 657	4 213	2 924	3 022	3 315	3 220	2 998	3 339		
Total	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736	9 589	9 125	8 908	8 463	8 711		

V. Commission nationale de réparation des détentions

ACTIVITÉ 2013 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

A. Étude statistique des recours et des décisions

La commission a enregistré 45 recours en 2013, ce qui confirme la tendance à la diminution observée ces dernières années (46 recours enregistrés en 2012, contre 68 en 2011 et 90 en 2010).

25 de ces recours, soit 55 % du total, ont été formés contre les décisions rendues par les premiers présidents ou magistrats délégués de quatre cours d'appel (Paris, Aix-en-Provence, Bordeaux et Toulouse), cependant que les 20 autres critiquent des décisions rendues dans treize ressorts différents.

30 recours ont été formés par le requérant et 14 par l'agent judiciaire de l'État (qui n'en avait formé que 8 en 2012). La dernière procédure a donné lieu à un triple recours du requérant, de l'agent judiciaire de l'État et du procureur général.

49 décisions (dont 43 décisions au fond) ont été prononcées en 2013, contre 52 décisions (dont 45 au fond) en 2012. 6 de ces décisions ont été publiées au *Bulletin criminel* de la Cour de cassation. Les décisions relatives à 4 dossiers, examinés à l'audience le 16 décembre 2013, ont été mises en délibéré au 20 janvier 2014.

Il n'a été recouru qu'une seule fois à la visioconférence.

Les décisions prononcées ont concerné 44 hommes, dont un mineur, et 5 femmes, toutes majeures (contre 47 hommes et 5 femmes en 2012).

L'âge moyen des demandeurs, à la date de leur incarcération, était de 35,36 ans, comparable à ce qu'il était en 2012 (35,33 ans), et légèrement supérieur à ce qu'il était en 2011 (32 ans). Les âges extrêmes ont été de 16 ans et 55 ans.

La durée moyenne des détentions indemnisées a été de 405 jours, soit un quantum comparable à celui observé en 2012 (409 jours) et nettement supérieur à celui constaté en 2011 (300 jours).

33 détentions n'ont pas excédé un an (dont 12 inférieures ou égales à trois mois, la plus courte ayant été de dix jours). 7 ont été comprises entre un et deux ans et 9 ont été supérieures à deux ans (deux d'entre elles ayant duré 1 497 jours, soit plus de quatre ans).

Ces détentions sont principalement intervenues dans des affaires d'infractions à la législation sur les stupéfiants (20 %), d'infractions sexuelles (18 %), de vols ou recels (16 %) et d'homicides volontaires (10 %).

Les 49 décisions prononcées par la commission se répartissent comme suit :

– la commission a donné acte de 4 désistements (soit 8 %) et déclaré 2 recours irrecevables (soit 4 %), l'un parce qu'il était irrégulier en la forme, ayant été transmis par télécopie à la cour d'appel (Com. nat. de réparation des détentions, 25 novembre 2013, n° 13CRD020), l'autre parce qu'il émanait d'un tiers, dépourvu de qualité à agir, cependant que le requérant ne justifiait d'aucune circonstance insurmontable l'ayant mis dans

l'impossibilité d'exercer le recours lui étant ouvert (Com. nat. de réparation des détentions, 21 octobre 2013, n° 13CRD010);

- s'agissant des 43 décisions rendues sur le fond, elle a rejeté 5 recours (soit 10 % des décisions rendues, contre 19 % en 2012, 25 % en 2011 et 34 % en 2010), ce qui tend à démontrer que les recours, moins nombreux, sont aussi mieux ciblés, la jurisprudence de la commission nationale étant mieux connue, et les décisions des premiers présidents mieux acceptées;
- la commission a accueilli 38 recours (soit 78 %), dont 4 totalement (8 %) et 34 partiellement (70 %).

Elle a alloué, au titre du préjudice moral, des indemnités d'un montant allant de 5 000 à 120 000 euros, soit une somme totale de 964 300 euros (913 900 en 2012).

Au titre du préjudice matériel, il a été alloué, au vu des justificatifs produits, des sommes variables, dont la plus importante s'est élevée à 38 962 euros. La commission se montrant vigilante quant à la preuve de la perte de revenus alléguée, et quant au lien de causalité devant exister entre celle-ci et la détention provisoire du requérant, plusieurs demandes portant sur des montants notablement plus importants ont été rejetées.

Cette difficulté s'est notamment présentée, à plusieurs reprises, à propos de demandes d'indemnisation de la perte de revenus perçus à l'étranger, présentées par des requérants non salariés de nationalité étrangère, sur le fondement de pièces dont la commission n'a pu que constater l'insuffisante valeur probante (voir, par exemple, Com. nat. de réparation des détentions, 25 novembre 2013, n° 13CRD017).

Le montant cumulé des indemnités allouées au titre du préjudice matériel ayant notablement baissé entre 2012 et 2013 (189 981 euros contre 922 507 euros), le total général des sommes attribuées a subi, lui aussi, une diminution significative (1 154 281 euros contre 1 836 407 euros).

Le délai moyen de jugement d'une affaire a été de 8,23 mois (les extrêmes étant de 2,17 mois et 14 mois). Il est donc légèrement supérieur aux années précédentes (7,86 mois en 2012 et 7,97 mois en 2011).

B. Analyse de la jurisprudence

Six décisions publiées au *Bulletin criminel* de la Cour de cassation ont permis à la commission de préciser sa jurisprudence sur un certain nombre de questions concernant les conditions du droit à indemnisation, la procédure d'indemnisation et l'étendue de celle-ci.

1. Conditions du droit à indemnisation

L'article 149 du code de procédure pénale accorde un droit à indemnisation à « la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive ».

Toutefois, certaines circonstances, telles que l'annulation d'actes de la procédure, peuvent empêcher celle-ci d'aller jusqu'à son terme et d'aboutir effectivement à une telle décision.

Dans cette hypothèse, la commission a estimé qu'en édictant l'article 149 du code de procédure pénale, le législateur avait voulu, sauf dans les cas limitativement énumérés, que toute personne non déclarée coupable définitivement ait le droit d'obtenir réparation du préjudice que lui a causé la détention provisoire quelle que soit la cause de la non-déclaration de culpabilité. Par suite, l'annulation de pièces de la procédure d'instruction, lorsqu'elle ne laisse subsister aucun fait dont le juge d'instruction serait saisi à l'égard du requérant, et qu'elle prive celui-ci de toute possibilité d'obtenir un non-lieu, rend la procédure inexistante en ce qui le concerne, et sa demande d'indemnisation est donc recevable (Com. nat. de réparation des détentions, 15 avril 2013, n° 12CRD036, *Bull. crim.* 2013, CNRD, n° 2).

Cette décision se situe dans la continuité de la jurisprudence de la commission et réaffirme une solution déjà retenue, sans publication au *Bulletin criminel*, voici quelques années (Com. nat. de réparation des détentions, 21 janvier 2008, n° 07CRD064).

En effet, la commission tend à considérer qu'une décision d'annulation, consacrant une erreur de droit non imputable au détenu, ne saurait lui préjudicier. Ainsi, dans le cas où une décision d'annulation a pour conséquence, en l'état des actes réguliers qui subsistent, le constat de la prescription de l'action publique, elle juge que cette prescription ne constitue pas le seul fondement de la non-déclaration de culpabilité et qu'elle ne peut donc évincer le droit à indemnisation de la personne ayant été détenue (Com. nat. de réparation des détentions, 6 février 2012, n° 11CRD045, *Bull. crim.* 2012, CNRD, n° 1).

En revanche, lorsque l'annulation d'actes de la procédure n'est que partielle et laisse subsister des pièces, sur la base desquelles l'information se poursuit de certains chefs, dont celui ayant valu au requérant la mise en examen ensuite annulée, la procédure ne peut être considérée comme terminée et c'est à bon droit que le premier président déclare irrecevable la requête en indemnisation du préjudice causé par la détention provisoire. Il appartient alors au requérant de suivre l'évolution du dossier et de présenter une nouvelle demande si celui-ci est finalement clôturé sans qu'il soit de nouveau mis en cause (Com. nat. de réparation des détentions, 12 septembre 2011, n° 11CRD005 ; Com. nat. de réparation des détentions, 12 septembre 2011, n° 11CRD006).

2. Procédure d'indemnisation

La commission a statué, en premier lieu, sur la **preuve de la régularité du recours** formé contre la décision du premier président, dans une espèce où était invoquée l'irrecevabilité de ce recours, dont il était soutenu qu'il aurait été introduit par lettre simple adressée à la première présidence de la cour d'appel, en méconnaissance des dispositions spécifiques de l'article R. 40-4 du code de procédure pénale, aux termes duquel la déclaration de recours est « remise » au greffe de la cour d'appel, en quatre exemplaires, ladite remise étant constatée par le greffe, qui en mentionne la date sur chaque exemplaire, dont l'un est immédiatement restitué, et en adresse un exemplaire aux personnes mentionnées aux 1° à 3° autres que l'auteur du recours.

Afin de prévenir d'insolubles difficultés probatoires susceptibles de préjudicier au requérant, la commission a jugé que la remise au greffe de la cour d'appel de la déclaration de recours prévue par le texte précité était établie par la présence au dossier d'un exemplaire de cette déclaration portant le timbre à date du greffe et la signature de l'un de ses agents, et que si la date ainsi mentionnée entraînait dans le délai prévu par l'article 149-3 du code de procédure pénale, soit dix jours à compter de la notification de la décision du premier président, le recours était recevable (Com. nat. de réparation des détentions, 15 avril 2013, n° 12CRD034, *Bull. crim.* 2013, CNRD, n° 3).

Nonobstant cette jurisprudence pragmatique, il semblerait opportun que le greffier ayant réceptionné et daté la déclaration de recours précise si celle-ci lui a été remise en mains propres ou si elle lui est parvenue par courrier.

D'autre part, **la commission a précisé l'articulation de son intervention avec celle du premier président**, statuant en premier ressort, lorsque la décision rendue par celui-ci et frappée de recours n'a pas statué au fond sur toutes les demandes formulées par le requérant.

En l'espèce, un premier président, saisi d'une demande d'indemnisation de trois préjudices (matériel, moral et corporel), avait statué au fond sur les deux premiers et ordonné, avant dire droit, une expertise médico-psychologique s'agissant du troisième. Le requérant, auteur du recours, demandait à la commission de statuer au fond sur l'ensemble de ces demandes, ce à quoi s'opposait l'agent judiciaire de l'État.

La commission a jugé qu'en cet état de la procédure, elle n'était pas saisie de la demande d'indemnisation présentée au titre du préjudice corporel. Par ailleurs, constatant que les troubles psychologiques et psychiatriques dont se plaignait le requérant étaient également invoqués au soutien de la demande présentée au titre du préjudice moral, et retenant que l'atteinte psychique résultant de la détention ne saurait être doublement réparée au titre des préjudices moral et corporel, elle en a déduit qu'il convenait de surseoir à statuer sur la demande présentée au titre du préjudice moral jusqu'au prononcé de la décision du premier président sur la demande dont il demeure saisi au titre du préjudice corporel (Com. nat. de réparation des détentions, 17 juin 2013, n° 12CRD043, *Bull. crim.* 2013, CNRD, n° 5).

Cette décision, qui manifeste l'importance attachée au double degré de juridiction en matière d'indemnisation de la détention provisoire, et qui rappelle que, si la réparation des préjudices causés par une telle détention doit être intégrale, elle ne saurait pour autant, par le biais d'une double indemnisation, procurer un enrichissement à la personne ayant été détenue (Com. nat. de réparation des détentions, 20 juin 2011, n° 10CRD083), est conforme au *modus operandi* déjà suivi, dans une espèce comparable, par la commission nationale (Com. nat. de réparation des détentions, 5 novembre 2007, n° 07CRD052, puis, dans la même procédure, Com. nat. de réparation des détentions, 9 novembre 2009, n° 09CRD022).

3. Étendue du droit à indemnisation

a. Préjudice matériel

Dans le prolongement de décisions rendues depuis deux ans relativement au caractère indemnisable ou non des frais de transport exposés pour les visites faites au détenu par les membres de sa famille (Com. nat. de réparation des détentions, 10 octobre 2011, n° 10CRD079, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 7 ; 17 décembre 2012, n° 12CRD022, *Bull. crim.* 2012, n° 6), la commission a jugé que les frais de transport exposés personnellement par la mère d'un détenu, financièrement indépendante de son fils, pour rendre visite à celui-ci, n'ouvraient pas droit à indemnisation, mais que, lorsqu'un enfant mineur est à la charge de son père détenu, les frais exposés pour les visites de cet enfant, et ceux de son accompagnante, devaient être indemnisés, au vu des justificatifs fournis (Com. nat. de réparation des détentions, 30 septembre 2013, n° 12CRD045, *Bull. crim.* 2013, CNRD, n° 6).

S'agissant des **honoraires d'avocat et frais de défense**, on rappellera que les débours exposés à l'occasion d'une demande de mise en liberté ont, par principe, vocation à être indemnisés, puisqu'ils concernent une prestation directement liée à la privation de liberté.

La commission a cependant été saisie d'un recours contre une décision statuant en ce sens, l'agent judiciaire de l'État faisant valoir que l'une des diligences indemnisées par le premier président n'aurait en aucun cas pu aboutir à la mise en liberté du requérant, qui, à la date de celle-ci, était détenu pour autre cause et purgeait une peine.

Outre un appel à l'appréciation de l'utilité immédiate de l'acte de procédure ayant donné lieu à versement d'honoraires, on pouvait lire, dans cette argumentation, un écho de la règle suivant laquelle la coexistence de la détention provisoire litigieuse avec un autre titre de détention exclut toute indemnisation, pour la période pendant laquelle cette situation a eu cours (article 149 du code de procédure pénale).

La commission n'a pas validé ce raisonnement et a jugé qu'une personne placée en détention provisoire avait toujours intérêt à agir en vue de voir lever celle-ci, même si elle est, par ailleurs, détenue pour autre cause, et que les honoraires versés à l'occasion d'une demande présentée dans un tel contexte ouvraient donc droit à indemnisation (Com. nat. de réparation des détentions, 25 mars 2013, n° 12CRD030, *Bull. crim.* 2013, CNRD, n° 1).

Cette décision tire les conséquences du caractère intrinsèquement exceptionnel de toute mesure de détention provisoire, au sens de l'article 137 du code de procédure pénale, ainsi que du fait que la personne détenue pour la seule exécution de peines peut, le cas échéant, bénéficier d'aménagements auxquels ne peut prétendre celle qui est, de plus, détenue provisoirement.

S'agissant, enfin, de la **perte de revenus**, la commission a eu à statuer sur le cas, très spécifique, de deux personnes, de nationalité somalienne, qui, suspectées d'avoir pris part à une prise d'otages sur un navire de croisière, dans l'océan Indien, avaient été arrêtées sur place et transférées en France, avant d'être finalement acquittées, après plus de quatre ans de détention provisoire.

Tenant compte d'un contexte géopolitique particulièrement délicat, la commission a estimé que, si les revenus procurés par une activité professionnelle doivent, en principe, être prouvés par la production de documents officiels, tels que bulletins de paie ou avis d'imposition, cette preuve peut, exceptionnellement, être faite par tous moyens lorsque la situation institutionnelle du pays dans lequel ils ont été perçus met le requérant dans l'impossibilité de verser aux débats de telles pièces (Com. nat. de réparation des détentions, 17 juin 2013, n° 12CRD41, *Bull. crim.* 2013, CNRD, n° 4 et n° 12CRD43, *Bull. crim.* 2013, CNRD, n° 5). En l'espèce, elle s'est référée aux déclarations des intéressés, dès lors que celles-ci étaient compatibles avec les renseignements recueillis, par un enquêteur social, auprès de membres de leurs familles.

Pour autant, la commission n'a pas admis que l'indemnisation du préjudice matériel des requérants soit assise sur les revenus, purement hypothétiques, que les intéressés auraient pu espérer percevoir, en France, en cas de placement sous contrôle judiciaire, et a décidé, conformément au principe de la réparation intégrale, sans perte ni profit, que la somme allouée ne pouvait excéder le montant des revenus dont les demandeurs avaient été effectivement privés, par suite du placement en détention provisoire.

b. Préjudice moral

Sur le terrain du préjudice moral, l'une des deux décisions citées au paragraphe précédent a pris en compte le particularisme de la situation des détenus étrangers, en admettant que le contexte d'isolement linguistique et culturel dans lequel avait été subie la détention provisoire était nécessairement de nature à majorer le choc carcéral éprouvé par une personne appréhendée dans son pays, transférée en France et incarcérée, pour la première fois, dans un pays où elle n'avait jamais séjourné, et dont elle ne parlait pas la langue (Com. nat. de réparation des détentions, 17 juin 2013, n° 12CRD041, *Bull. crim.* 2013, CNRD, n° 4, préc.).

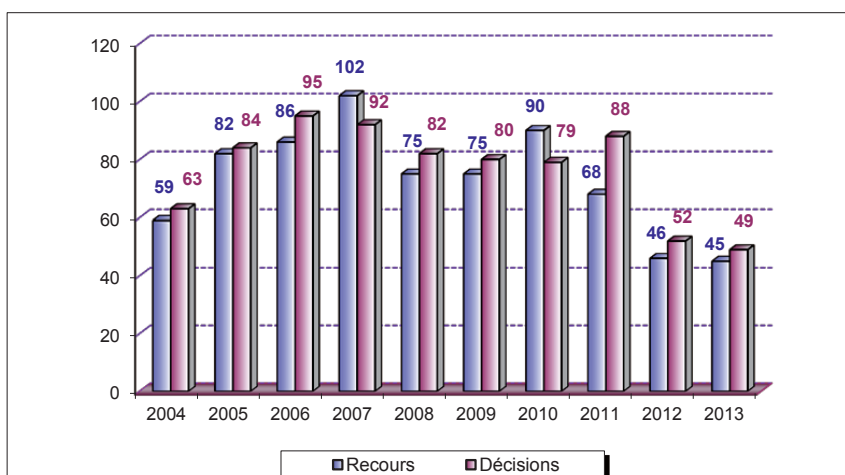
En contrepoint des décisions de 2012, admettant la prise en considération, comme facteur d'aggravation du préjudice moral, de conditions d'incarcération particulièrement dégradées, lorsque celles-ci ont été constatées par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, ou encore par une commission d'enquête parlementaire (Com. nat. de réparation des détentions, 25 juin 2012, n° 12CRD001 *Bull. crim.* 2012, CNRD, n° 3 et n° 12CRD002, *Bull. crim.* 2012, CNRD, n° 4; Com. nat. de réparation des détentions, 19 novembre 2012, n° 12CRD015), cette même décision énonce que les informations contenues dans un simple article de journal, n'émanant pas d'une autorité publique investie d'un pouvoir de contrôle ou d'enquête, doivent, de ce fait, être relativisées.

En revanche, une décision récente a appliqué à la maison d'arrêt de Bordeaux-Gradignan, établissement dont un rapport des services du Contrôleur général des lieux de privation de liberté a relevé qu'il présentait une insalubrité préoccupante, nécessitant des travaux de réfection des fenêtres urgents, le raisonnement appliqué, précédemment, au « Camp Est » de Nouméa ainsi qu'à la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis (Com. nat. de réparation des détentions, 25 novembre 2013, n° 13CRD023)

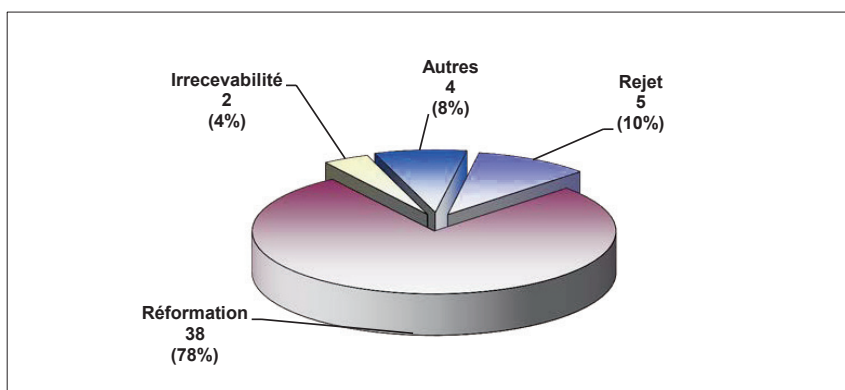
ACTIVITÉ DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS - ANNÉE 2013

Cours d'appel - Tribunal Supérieur d'appel	Nb de recours enregistrés	Nb de décisions	Sens de la décision				
			Rejet	Réformation		Irrecevabilité	Autres (désistements)
				partielle	totale		
AGEN	1						
AIX EN PROVENCE	7	5		4	1		
AMIENS							
ANGERS							
BASSE-TERRE	1						
BASTIA							
BESANÇON	1						
BORDEAUX	5	8		7			1
BOURGES		1	1				
CAEN							
CAYENNE	1	1		1			
CHAMBERY							
COLMAR	2	1					1
DIJON							
DOUAI	1	1			1		
FORT-DE -FRANCE							
GRENOBLE							
LIMOGES							
LYON	2	1	1				
MAMOUDZOU	1	1		1			
METZ							
MONTPELLIER							
NANCY							
NÎMES	3						
NOUMÉA							
ORLÉANS							
PAPEETE	1	1				1	
PARIS	9	10	1	7		1	1
PAU							
POITIERS							
REIMS	2	2		2			
RENNES	2	3	1	1	1		
RIOM	2	2		2			
ROUEN		1			1		
ST-DENIS-DE-LA-REUNION		1		1			
TOULOUSE	4	8	1	7			
VERSAILLES		2		1			1
TOTAL	45	49	5	34	4	2	4
			10%	70%	8%	4%	8%

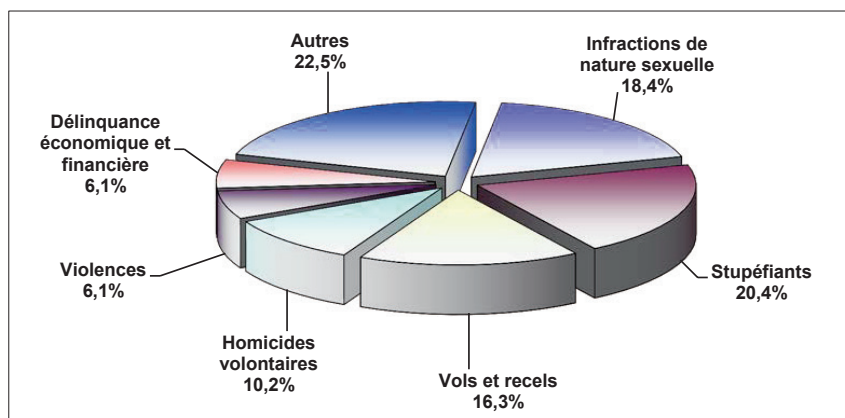
ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS



RÉPARTITION DES DÉCISIONS PAR CATÉGORIES - ANNÉE 2013



RÉPARTITION DES REQUÊTES PAR INFRACTIONS POURSUIVIES - ANNÉE 2013



VI. Commission de révision des condamnations pénales

ACTIVITÉ 2013 DE LA COMMISSION DE RÉVISION

La révision des condamnations pénales est une voie de recours exceptionnelle, limitée à des cas précis, instaurée pour remédier, autant qu'il se peut, aux erreurs judiciaires, faire cesser une injustice troublant l'ordre public et assurer éventuellement la répression à l'encontre du véritable auteur des faits. Permettant l'annulation d'une décision de condamnation définitive, elle porte atteinte au principe de l'autorité de la chose jugée. Déjà connue du code d'instruction criminelle, elle est ignorée de certains systèmes judiciaires européens, qui lui préfèrent le recours en grâce.

L'article 622 du code de procédure pénale énumère limitativement les cas d'ouverture à révision. Ils sont historiquement au nombre de quatre, à savoir : l'existence d'indices laissant apparaître que la prétendue victime d'un homicide serait encore en vie, le prononcé de deux décisions de condamnations inconciliables entre elles et apportant la preuve de l'innocence de l'un des condamnés, la condamnation d'un témoin pour faux témoignage, enfin le fait ou l'élément nouveau. Ce dernier cas, qui englobe de fait les trois autres et qui est le plus couramment invoqué, exige que, postérieurement à la condamnation, vienne « à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné ».

La commission de révision, instituée par la loi n° 89-431 du 23 juin 1989 relative à la révision des condamnations pénales pour instruire et filtrer les demandes en révision, qui l'étaient auparavant par le garde des sceaux, saisit la Cour de révision des demandes qui lui paraissent pouvoir être admises. Seule la chambre criminelle, siégeant comme Cour de révision, peut annuler une décision de condamnation.

Cette commission est composée de cinq membres titulaires et cinq membres suppléants, tous désignés par l'assemblée générale de la Cour de cassation, parmi les conseillers et conseillers référendaires de cette Cour. Le président, comme son suppléant, est nécessairement choisi parmi les magistrats de la chambre criminelle, toujours par l'assemblée générale.

En pratique, les membres suppléants participent aux activités de la commission dans les mêmes conditions que les titulaires. Ces magistrats assument cette tâche en sus de leurs activités habituelles au sein des chambres de la Cour.

Une mission d'information sur la révision des condamnations pénale a été créée par la commission des lois de l'Assemblée nationale, a entendu de nombreuses personnes dont plusieurs membres et anciens membres de la commission, et un projet de loi doit être présenté en 2014, qui pourrait induire diverses modifications.

Pour l'instant, toute personne définitivement condamnée pour un crime ou un délit peut saisir la commission de révision, sans condition de forme ou de délai. Sauf cas exceptionnel, l'aide juridictionnelle est systématiquement accordée au demandeur à la révision.

Devant la commission, qui se réunit environ une fois par mois, en chambre du conseil, s'instaure un débat contradictoire après avis au demandeur et à son avocat, s'il en a un. Bien que l'article 623 du code de procédure pénale ne le prévoit pas, la partie civile, lorsqu'elle le demande, est avisée de la date d'audience. En pratique, peu

de parties civiles font cette démarche, susceptible d'intervenir essentiellement dans les affaires médiatiques.

À l'audience, le conseiller qui a été chargé d'instruire la demande est entendu en son rapport. Lorsqu'ils sont présents, le requérant et son avocat, qui ont pu déposer des observations écrites, sont entendus en leurs observations orales, avant l'avocat général et, le cas échéant, la partie civile et son avocat. Le requérant a ensuite la parole en dernier.

Lorsque les éléments invoqués demandent à être vérifiés, la commission peut ordonner un supplément d'information. Le ou les magistrats commis pour y procéder effectuent toutes les investigations utiles soit directement soit par commissions rogatoires ou expertises.

Quand la commission de révision considère qu'elle est suffisamment éclairée, elle se prononce par une décision motivée, non susceptible de recours. Cette décision est rendue en chambre du conseil. Toutefois, l'article 623 du code de procédure pénale dispose que, sur demande du requérant ou de son avocat, cette décision est rendue en séance publique. Là encore cette demande est exceptionnelle.

Comme le montrent les statistiques, de très nombreuses requêtes s'avèrent irrecevables soit d'emblée soit après étude du dossier ayant abouti à la condamnation. En effet, celui-ci laisse fréquemment apparaître que l'élément prétendument nouveau a déjà été débattu en cours d'information ou devant la juridiction de jugement. Par ailleurs, un certain nombre de requérants réitèrent leur requête dès le prononcé de la décision ayant rejeté ou déclaré irrecevable leur précédente demande sans même invoquer de nouveaux éléments. D'autres la déposent avant même que la condamnation ne soit devenue définitive.

L'article 156 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, s'inspirant de préconisations contenues dans de précédents *Rapports annuels*, a complété l'article 623 du code de procédure pénale pour permettre au président de la commission de révision ou à son délégué de rejeter les demandes manifestement irrecevables. Il statue, sans débat contradictoire, par ordonnance motivée.

À titre indicatif, des décisions d'irrecevabilité *ab initio* sont prises lorsque la demande porte sur une décision qui n'est pas une condamnation pénale définitive (arrêt de la chambre de l'instruction, arrêt de la Cour de cassation, condamnation civile, jugement frappé d'appel ou arrêt faisant l'objet d'un pourvoi, etc.), lorsque le demandeur se borne à reprendre exactement la même argumentation que celle déjà rejetée à l'occasion d'une précédente demande ou à contester sa condamnation au motif qu'il n'aurait pas bénéficié d'un procès équitable. En effet, il lui appartenait de faire valoir cette contestation à l'appui de son pourvoi en cassation ou devant la Cour européenne des droits de l'homme.

En 2013, la commission a été saisie de 160 requêtes, dont 53 en matière criminelle et 107 en matière correctionnelle.

Le président a rendu 43 ordonnances d'irrecevabilité.

La commission a prononcé 41 décisions d'irrecevabilité et 33 de rejet. Elle a saisi à 2 reprises la Cour de révision. Elle a constaté 3 désistements et ordonné 4 suppléments d'information.

Au 31 décembre 2012, il restait 116 affaires à examiner.

Depuis sa création, en 1989, la commission de révision a saisi la Cour de révision à 84 reprises, dont 13 fois en matière criminelle.

Depuis qu'elle est saisie par la commission, la Cour de révision a annulé 49 décisions de condamnation, dont 6¹ en matière criminelle et rejeté 33 demandes, dont 5 en matière criminelle.

Au 1^{er} janvier 2014, la Cour de révision est saisie de 2 affaires criminelles.

Observations

Il serait souhaitable que la loi à venir précise les pouvoirs d'investigation de la commission lorsqu'elle a ordonné un supplément d'information.

Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2012, de l'article 12 de la loi n° 2011-939 du 11 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, lequel impose la motivation des décisions de condamnation rendues par les cours d'assises, le travail de la commission est facilité par « l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises », figurant en annexe de la feuille des questions.

Le travail de la commission est parfois entravé par la destruction des pièces à conviction en application de l'article 41-1 du code de procédure pénale. La circulaire conjointe DACG/DSJ NOR : JUSB/134112C du 13 décembre 2011 relative à la gestion des scellés insiste sur la nécessité de détruire les scellés du fait de l'encombrement des greffes. Comme déjà indiqué dans les précédents *Rapports*, il serait souhaitable que, dans les affaires criminelles où l'accusé conteste sa culpabilité, les magistrats du parquet veillent à conserver les scellés, tout particulièrement lorsque le condamné ou son avocat en font la demande.

Dans ces affaires, la destruction des scellés fait obstacle aux expertises complémentaires rendues possibles par le progrès scientifique, alors que leur réalisation aurait peut-être permis de lever le doute subsistant dans l'opinion publique sur la culpabilité du condamné ou, au contraire, de faire apparaître son innocence.

Dans deux dossiers criminels, jugés l'un en novembre 2005, l'autre en juin 2004, la conservation des scellés a permis d'identifier les empreintes génétiques de tiers. Ceux-ci ont reconnu être les auteurs des meurtres et ont mis hors de cause les demandeurs à la révision.

Ces exemples démontrent l'importance qu'il y a à conserver les scellés dans les affaires criminelles contestées, y compris lorsque, *a priori*, elles apparaissent simples.

1. Un dossier criminel ayant donné lieu le 14 avril 1999 à une annulation partielle d'une condamnation correctionnelle.

ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DE LA COMMISSION DE RÉVISION

Années	Nombre de requêtes reçues	Décisions rendues								Reste à juger
		Supplément d'information *	Irrecevabilité par ordonnance **	Irrecevabilité	Désistement	Divers	Rejet	Saisine	Total	
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
2011	124		25	96	1		36	2	160	81
2012	139	6	38	74	3		25	2	142	78
2013	160	4	43	41	3		33	2	126	116

** Entrée en vigueur loi 2011-525 du 17 mai 2011 modifiant l'art.623 du CPP

* Suppléments d'information ordonnés par la commission et plus par le seul rapporteur

ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DE LA CHAMBRE CRIMINELLE STATUANT
COMME COUR DE RÉVISION

Années	Saisine		Annulation		Rejet	
	COR	CRIM	COR	CRIM	COR	CRIM
2004	2					
2005	1	2	2			
2006	8		2	1	2	1
2007	1	1	4			
2008	4		1		2	1
2009	1	2	1		3	
2010	3	1	1	2		
2011	2		1		1	1
2012		2	1		1	
2013		2		1		1

**VII. Commission de réexamen
d'une décision pénale
consécutif au prononcé
d'un arrêt de la CEDH**

ACTIVITÉ 2013 DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN

En 2013, la commission a rendu trois décisions.

Le 31 janvier 2013 (Com. réex. 31 janvier 2013, n° 13RDH001, *Bull. crim.* 2013, CRDH, n° 1), elle a fait droit à la requête de M. Maurice X..., condamné le 11 octobre 2007 par la cour d'assises des Bouches-du-Rhône à vingt ans de réclusion criminelle pour assassinat. Cette affaire posait le problème de l'absence de motivation des arrêts rendus par les cours d'assises comportant un jury populaire avant que n'entre en vigueur la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et la justice des mineurs. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que M. X... n'avait pas disposé des garanties suffisantes lui permettant de comprendre la décision de condamnation et, pour ce motif, n'avait pas bénéficié d'un procès équitable. La commission a renvoyé l'affaire devant la cour d'assises d'Ille-et-Vilaine et a ordonné la suspension de l'exécution de la condamnation. Elle a fait application des dispositions de l'article 626-5 du code de procédure pénale qui permet de soumettre le condamné à des mesures de contrôle et à des obligations.

Le 25 avril 2013 (Com. réex. 25 avril 2013, n° 13RDH002, *Bull. crim.* 2013, CRDH, n° 3), elle a fait droit à la requête de M. David Y..., condamné le 3 octobre 2008 par la cour d'assises de La Réunion à trente ans de réclusion criminelle pour assassinat. Cette affaire posait un problème identique à celui de l'affaire X.... La Cour européenne des droits de l'homme a également jugé que M. Y... n'avait pas disposé des garanties suffisantes lui permettant de comprendre la décision de condamnation et, pour ce motif, n'avait pas bénéficié d'un procès équitable. La commission a renvoyé l'affaire devant la cour d'assises de La Réunion autrement composée et a ordonné la suspension de l'exécution de la condamnation, en astreignant le condamné à des mesures de contrôle et à des obligations.

Enfin le 18 avril 2013 (Com. réex. 18 avril 2013, n° 13RDH003, *Bull. crim.* 2013, CRDH, n° 2), elle a déclaré irrecevable la requête présentée par M. Florent Z... qui ne sollicitait pas le réexamen d'une condamnation pénale; il avait été débouté de ses demandes en qualité de partie civile. Il avait saisi la Cour européenne des droits de l'homme qui avait déclaré sa demande irrecevable.

ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN
(articles 626-1 et suivants du code de procédure pénale)

Années	Requêtes			Décisions				Reste à juger
	Reste à juger	Reçues	Total	Irrecev.	Rejet	Saisine	Total	
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	0
2011	1	1	2			1	1	1
2012	1	2	3			3	3	0
2013	0	3	3	1		2	3	0

VIII. Manifestations organisées à la Cour de cassation

MANIFESTATIONS ORGANISÉES À LA COUR DE CASSATION EN 2013

En 2013, la Cour de cassation a poursuivi ses actions contribuant à enrichir la réflexion collective sur le droit, son histoire, ses problématiques et ses enjeux. L'activité « colloques et conférences » est développée par la Cour, en complément de sa mission juridictionnelle, sous l'égide de la première présidence et du parquet général.

Répondant à une volonté commune d'ouvrir au plus grand nombre ces événements, l'année écoulée a vu se concrétiser plusieurs projets ayant pour objet d'en faciliter l'accès. Des partenariats avec certains éditeurs juridiques ont été initiés, et le recours aux listes de diffusion par internet renforcé, dans le but d'élargir l'information du public sur le programme des formations proposées. Une expérimentation de l'enregistrement audiovisuel des colloques et des conférences, en vue de leur diffusion sur le site internet de la Cour, a en outre été menée. Pour la plupart des manifestations, une publication des actes, voire une mise en ligne, permettent d'étendre les partages de savoirs et d'expériences, offrant aux personnes intéressées n'ayant pu y assister d'en prolonger les débats.

Les actions conduites par la **première présidence** ont été articulées autour de trois axes principaux.

Grâce à des collaborations de haute qualité avec l'Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ) et l'Association française de droit pénal (AFDP), rejointes depuis peu par l'université Paris Descartes, des cycles de conférences ont été organisés sur les thèmes « Justice et religions », « Les transformations de la justice pénale » et « Droit des activités numériques ». Ces actions de formation, déclinées en sept ou huit conférences par cycle, réparties sur l'année, invitent à confronter, dans la durée, les réflexions, les connaissances et les pratiques sur des sujets d'actualité ou de culture juridique, en conviant des personnalités de renom pour discuter avec un large public du fruit de leurs travaux.

Forte du succès des rencontres de procédure civile et de la chambre sociale, la Cour de cassation est aussi à l'origine d'un nombre croissant de « rencontres » entre magistrats de la Cour et universitaires, praticiens ou représentants d'autres institutions. Ces initiatives se proposent, dans un souci de formation réciproque, d'une part, de mieux faire connaître la jurisprudence et d'aider à sa compréhension et, d'autre part, de favoriser une saine réflexion des juges sur leur pratique en la confrontant aux analyses et aux questionnements des divers métiers du droit. L'expérience montre l'efficacité de ces journées, les chambres étant de plus en plus nombreuses à souhaiter développer de tels moments de partage et d'échange.

Enfin, plusieurs colloques ont été accueillis, offrant aux participants, professionnels, chercheurs comme étudiants, une proximité exceptionnelle avec les meilleurs spécialistes et praticiens du droit, tout en leur permettant de débattre avec les magistrats de la Cour et les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. S'intéressant aux évolutions les plus récentes de la science juridique et des exercices professionnels, ces manifestations ont renouvelé la réflexion sur des thématiques d'importance, dans

des domaines aussi variés que le droit civil et la procédure civile, les matières sociale, commerciale et pénale, mais aussi le droit constitutionnel, la protection de l'enfance et l'histoire du droit.

Dans le même esprit, et avec un égal succès, le **parquet général** a poursuivi en 2013 ses efforts de formation à l'intention des divers métiers du droit.

Outre les séminaires destinés aux magistrats des cours d'appel sur la technique de cassation et la jurisprudence de la chambre criminelle, trois manifestations d'envergure ont été organisées, instants privilégiés d'ouverture de l'institution judiciaire sur l'extérieur.

Le partenariat engagé depuis plusieurs années avec le Conseil d'État a permis d'enrichir la réflexion d'un regard croisé des deux institutions sur le thème d'actualité de « la sanction », ses problématiques communes et nouvelles dans un contexte de mutation du paysage normatif à la fois constitutionnel et européen.

La collaboration initiée avec la Commission nationale de l'informatique et des libertés a offert aux participants d'un colloque sur le droit et l'internet l'opportunité de débattre très utilement des questions posées à la société et à la justice par le développement des technologies de l'information et de la communication.

Une dernière rencontre a été enfin l'occasion d'aborder les enjeux cruciaux de l'intelligence économique et de l'intelligence juridique face à la nécessité croissante de protection du secret des affaires.

Au total, ont ainsi été réunis à la Cour plus de deux cents conférenciers, chercheurs et acteurs des mondes politique, économique, socio-éducatif et juridique, preuve de la fécondité d'un dialogue mêlant davantage encore les expertises d'universités et de partenaires institutionnels et associatifs de diverses régions de France et du monde.

Le tableau ci-après présente l'ensemble des manifestations organisées en 2013.

Y sont signalées par un astérisque (*), ajouté après l'intitulé, les actions dont les débats enregistrés font l'objet d'une mise en ligne sur le site internet de la Cour.

CYCLES DE CONFÉRENCES

Date	Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
Cycle « Droit des activités numériques »			
18 mars 2013	Cour de cassation Université Paris Descartes	« Le site marchand »	Christophe AUBERTIN , maître de conférences à l'université Paris Descartes (Paris 5)
8 avril 2013	Cour de cassation Université Paris Descartes	« Le contrat électronique »	Luc GRYNBAUM , professeur à l'université Paris Descartes (Paris 5), doyen honoraire de la faculté de droit de La Rochelle
13 mai 2013	Cour de cassation Université Paris Descartes	« Activités numériques et droit international privé »	Tristan AZZI , professeur à l'université Paris Descartes (Paris 5)
3 juin 2013	Cour de cassation Université Paris Descartes	« La banque électronique »	Nicolas MATHEY , professeur à l'université Paris Descartes (Paris 5) Gautier BOURDEAUX , maître de conférences à l'université Paris Descartes (Paris 5), directeur du master « Banque et finance » et de la licence professionnelle de banque
23 septembre 2013	Cour de cassation Université Paris Descartes	« La Bourse électronique »	Philippe DIER , professeur à l'université Paris Descartes (Paris 5)
7 octobre 2013	Cour de cassation Université Paris Descartes	« Activités numériques et droit des relations collectives du travail »	Jean-Louis CARPENTIER , maître de conférences à l'université Paris Descartes (Paris 5), directeur du master 2 « Ingénierie des ressources humaines »
18 novembre 2013	Cour de cassation Université Paris Descartes	« Activités numériques et responsabilité »	Mireille BACACHE , professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)
16 décembre 2013	Cour de cassation Université Paris Descartes	« Activités numériques et propriété intellectuelle »	Caroline Le Goffic , maître de conférences à l'université Paris Descartes (Paris 5), codirecteur du diplôme de troisième cycle sur les activités numériques

Date	Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
Cycle « Histoire – Justice et religions »			
14 février 2013	Cour de cassation Association française pour l'histoire de la justice	« Autour du monument juif du palais de justice de Rouen : communautés juives médiévales en France »	Gérard NAHON , directeur d'études émérite à l'École pratique des hautes études (EPHE-Sorbonne, Paris), section des sciences religieuses
21 mars 2013	Cour de cassation	« Le procès de Jésus »	Dominique FOYER , docteur en théologie à l'institut catholique de Lille
18 avril 2013	Association française pour l'histoire de la justice Cour de cassation	« Les cathares et l'inquisition »	Jean-Louis BIGET , ancien professeur à l'école normale supérieure de Fontenay-Saint-Cloud
23 mai 2013	Cour de cassation Association française pour l'histoire de la justice	« Les sacrements comme enjeu de conflit entre l'Eglise et les Cours de justice au siècle des Lumières »	Catherine MAIRE , chargé de recherches du Centre national de la recherche scientifique (CNRS) à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS), centre d'études sociologiques et politiques Raymond Aron (CESPRA)
26 septembre 2013	Cour de cassation Association française pour l'histoire de la justice	« Aux origines de la laïcité »	Rita HERMON-BELUT , maître de conférences à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS), directeur du centre d'études interdisciplinaires des faits religieux (CEIFR)
17 octobre 2013	Cour de cassation Association française pour l'histoire de la justice	« Le juge face au statut personnel musulman et israélite (xix ^e -xx ^e siècles[R3]) »	Florence RENUCCI , chargé de recherches du Centre national de la recherche scientifique (CNRS) à l'université Lille Nord de France, centre d'histoire judiciaire
21 novembre 2013	Cour de cassation Association française pour l'histoire de la justice	« Du prétoire au forum : le magistrat, la politique et la religion au début de la Troisième République » *	Jean-Pierre MACHELON , doyen de la faculté de droit de l'université Paris Descartes (Paris 5)

Cycle « Les transformations de la justice pénale »				
28 janvier 2013	Cour de cassation Association française de droit pénal	« Entre gestion des flux, équité processuelle, efficacité répressive et efficience budgétaire »	Renaud Colson, maître de conférences à l'université de Nantes, Marie Curie Fellow à l'Institut universitaire européen de Florence Bruno Defraix, économiste, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2) Dominique Raimboure, député, vice-président de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République	Guillaume Drago, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2) Renée Kœring-Joulin, conseiller honoraire à la Cour de cassation Jean-François Renucci, professeur à l'université de Nice Sophia-Antipolis
25 février 2013	Cour de cassation Association française de droit pénal	« La justice pénale entre Cour européenne des droits de l'homme et Conseil constitutionnel »		Jean-Claude Bonichot, président de chambre à la Cour de justice de l'Union européenne Louis Boré, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Didier Rebut, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)
25 mars 2013	Cour de cassation Association française de droit pénal	« La justice pénale : entre respect des traditions nationales et nouvelles exigences de l'Union européenne »		Jean-Pierre Dintilhac, président de chambre honoraire à la Cour de cassation Robert Gelli, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, président de la conférence des procureurs Jean-Yves Le Bouillonnet, député, vice-président de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République Yves Mayaud, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)
22 avril 2013	Cour de cassation Association française de droit pénal	« Le ministère public, acteur majeur de la justice pénale ? »		Jean-Marie Beney, procureur général près la cour d'appel de Dijon, professeur associé à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines Didier Boccon-Gibod, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Frédérique Ferrand, professeur à l'université Jean Moulin (Lyon 3) Jean-René Leceref, sénateur, membre de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale
27 mai 2013	Cour de cassation Association française de droit pénal	« La participation citoyenne au procès pénal : entre tradition et nouveaux enjeux de politique pénale »		Chantal Bonnard, avocat au barreau de Paris Renaud Le Breton de Vanniose, président du tribunal de grande instance de Pontoise Françoise Aymes-Belladina, chef du bureau de l'aide aux victimes et de la politique associative au ministère de la justice
30 septembre 2013	Cour de cassation Association française de droit pénal	« Les affaires à dimension exceptionnelle »		

Date	Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
28 octobre 2013	Cour de cassation Association française de droit pénal	« Loyauté de la preuve et nouvelles technologies : entre exigences processuelles et efficacité répressive »	Alain BENSOUSSAN , avocat au barreau de Paris Agathe LEPAGE , professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2) Myriam QUÉMENER , procureur de la République adjoint près le tribunal de grande instance de Créteil
25 novembre 2013	Cour de cassation Association française de droit pénal	« La justice pénale internationale : un modèle ou une illusion ? »	Olivier BEAUVALLET , procureur international de la mission <i>European Union Rule of Law</i> (EULEX), membre permanent du centre d'études des normes juridiques (CENJ Yan Thomas) de l'Ecole des hautes études en sciences sociales (EHESS) François Roux , avocat honoraire, chef du bureau de la défense auprès du Tribunal spécial pour le Liban Jean-Marc SOREL , professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), directeur de l'institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIES)

JOURNÉES – RENCONTRES

Date	Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
18 février 2013	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation	Les rencontres autour du droit économique (1/2) « Les garanties personnelles »	Raymond ESPEL , président de la chambre commerciale de la Cour de cassation Laurent LE MESLE , premier avocat général à la chambre commerciale de la Cour de cassation Philippe SIMLER , professeur émérite de l'université de Strasbourg, doyen honoraire de la faculté de droit, de sciences humaines et de gestion Régine BONHOMME , avocat général à la chambre commerciale de la Cour de cassation Dominique LEGEAS , professeur à l'université Paris Descartes (Paris 5), directeur du centre de droit des affaires et de gestion (CEDAG) Nathalie MARTIAL-BRAZ , professeur à l'université de Franche-Comté, membre du centre de recherches juridiques de l'université de Franche-Comté (CRJFC), chercheur associé au centre de droit des affaires et de gestion (CEDAG) Jean-Pierre GRIDEL , conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation
5 avril 2013	Chambre sociale de la Cour de cassation	Les rencontres de la chambre sociale 2013 « Actualité jurisprudentielle de l'année écoulée »	Alain LACABARATS , président de la chambre sociale de la Cour de cassation Alain SUPIOT , professeur au Collège de France Cyril WOLMARK , professeur à l'université Lumière (Lyon 2) Jean-Yves FROUIN , conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation Pierre BAILLY , conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation Jean-Philippe LHERNOULD , professeur à l'université de Poitiers Laurence PÉCAUT-RIVOULIER , conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation Jean-Emmanuel RAY , professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Yves STRULLOU , conseiller d'État, conseiller en service extraordinaire à la chambre sociale de la Cour de cassation Jean-Marc BÉRAUD , conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation
16 septembre 2013	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation Master 2 « Droit bancaire et financier » – université Paris-Sorbonne (Paris 1)	Les rencontres autour du droit économique (2/2) « La commercialisation des produits financiers »	Raymond ESPEL , président de la chambre commerciale de la Cour de cassation Jean-Jacques DAIGRE , professeur à l'université Paris-Sorbonne (Paris 1) Laurent LE MESLE , premier avocat général à la chambre commerciale de la Cour de cassation Myriam ROUSSILLE , professeur à l'université du Maine Gilbert PARLÉANI , professeur à l'université Paris-Sorbonne (Paris 1) Michel STORCK , professeur à l'université de Strasbourg Arnaud REYGROBELLET , professeur à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris 10)

Date	Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
21 octobre 2013	Parquet général de la Cour de cassation	« – Panorama de la jurisprudence de la Cour de cassation – La formation au pourvoi en cassation »	Jean-Claude MARIN , procureur général près la Cour de cassation Léonard BERNARD DE LA GATINAIS [R4], premier avocat général de la première chambre civile de la Cour de cassation Gilbert AZIBERT , premier avocat général de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Yves CHARPENEL , premier avocat général de la troisième chambre civile de la Cour de cassation Laurent LE MESLE , premier avocat général de la chambre commerciale de la Cour de cassation Robert FINIELZ , premier avocat général de la chambre sociale de la Cour de cassation Didier BOCCON-GIBOD , premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation Pauline CABY , avocat général référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation Louis BORE , avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Henri-Claude LE GALL , conseiller honoraire à la Cour de cassation, ancien président de la Cour de justice de la République Renaud SALOMON , conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Jean-Dominique SARCELET , avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation Elisabeth BARADUC , avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président de l'ordre
6 décembre 2013	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS) – université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)	4 ^{es} rencontres de procédure civile « Les principes essentiels du procès à l'épreuve des réformes de la procédure orale et de l'appel »*	Vincent LAMANDA , premier président de la Cour de cassation Étienne VERÈS , professeur à l'université de Grenoble, membre de l'Institut universitaire de France Laurence FUSE , président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Yves STRICKLER , professeur à l'université de Nice Sophia-Antipolis Emilie PEQUEUR , vice-président chargé du service du tribunal d'instance d'Arras, président de l'association nationale des juges d'instance (ANJI) Gérard POROTTE , conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Alain LACABARATS , président de la chambre sociale de la Cour de cassation Emmanuel JEULAND , professeur à l'université Paris-Sorbonne (Paris 1), directeur du département de recherche Justice et procès (IRJS) Natalie FRICERO , professeur à l'université de Nice Sophia-Antipolis Pascal CHAUVIN , conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, ancien président de chambre à la cour d'appel de Paris Josiane FRÉVILLE , directeur de greffe à la cour d'appel de Montpellier Emmanuel RASKIN , avocat au barreau de Paris, président de la commission procédure de l'Association des avocats conseils d'entreprises (ACE) Jean-Michel SOMMER , conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, chargé de mission auprès du premier président pour les questions de procédure

AUTRES MANIFESTATIONS

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
1 ^{er} février 2013	Colloque Cour de cassation Institut droit éthique patrimoine (IDEP) – université Paris-Sud (Paris 11) LexisNexis	« Fait du préposé et responsabilité civile »	Georges DURRY , président honoraire de l'université Panthéon-Assas (Paris 2) Laurence FUSE , président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Laurent LEVENEUR , professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2) David BAKOUCHE , professeur à l'université Paris-Sud (Paris 11) Patrice Jourdain , professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Philippe Brun , professeur à l'université de Savoie Haritini Matsopoulou , professeur à l'université Paris-Sud (Paris 11), directeur de l'institut d'études judiciaires Benoît DELAUNAY , professeur à l'université Paris Descartes (Paris 5) Véronique MAGNIER , professeur à l'université Paris-Sud (Paris 11), directeur de l'institut droit éthique patrimoine (IDEP) Hubert GROUTEL , professeur émérite de l'université Montesquieu (Bordeaux 4) Geneviève VINEY , professeur émérite de l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)
10 juin 2013 (11 juin à la cour d'appel de Paris)	Colloque Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant Cour de cassation Cour d'appel de Paris École de formation professionnelle des barreaux de la cour d'appel de Paris (EFB) École nationale de la magistrature (ENM)	« Le placement des enfants »	Vincent LAMANDA , premier président de la Cour de cassation, président de l'Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant Christiane FÉRAL-SCHUHL , bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Paris Christiane TAUBIRA , garde des sceaux, ministre de la justice Lucette KHAÏAT , directeur scientifique de l'Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant George PAU-LANGEVIN , ministre délégué à la réussite éducative Daniel PICAL , magistrat honoraire, ancien président de chambre à la cour d'appel de Versailles, vice-président de la section européenne de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille (AIMJF) Damien MULLEZ , sous-directeur des missions de protection judiciaire et d'éducation à la direction de la protection judiciaire de la jeunesse (DPJJ) Michèle CROFF , directeur général adjoint chargé du pôle enfance et famille au conseil général du Val-de-Marne Mallory VÜLKER , conseiller à la première chambre de la famille et juge président à la cour d'appel de Sarrebruck (Allemagne) Ian KARSTEN , Queen's Counsel, juge à la Blackfriars Crown Court de Londres (Royaume-Uni) Marie-Pierre HOURCADE , conseiller à la cour d'appel de Paris, président de l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille (AFMJF)

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
			Laurence HAMEL-D'HARCOURT, magistrat détaché auprès d'Agir tous pour la dignité (ATD)-Quart Monde Édouard DURAND, ancien juge des enfants, coordinateur de formation à l'École nationale de la magistrature (ENIM) Guy PATRIARCA, directeur enfance-famille du conseil général de l'Ardèche Jean-Pierre MAHIER, directeur du département milieu ouvert de l'Association calvadosienne pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence (ACSEA) de Caen Philippe LORTIE, premier secrétaire de la Conférence de La Haye, membre du comité directeur de l'Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant David FAURE, directeur du centre éducatif fermé de Moissannes Jean-Charles MESUER, responsable de l'établissement de placement éducatif de Caen Isabelle et Jean-François AUX, famille d'accueil Francis BAILLEAU, sociologue Monique CHADEVILLE, président de la chambre des mineurs à la cour d'appel de Paris Philippe METELLO, pédopsychiatre Laurence TARTOUR, avocat au barreau de Paris, antenne des mineurs Marie DERAÎN, défenseur des enfants, adjoint au Défenseur des droits Carol BIZOUARN, magistrat à l'inspection des services de la protection judiciaire de la jeunesse Marc BRZEGOWY, chargé de mission auprès de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse « La place de l'hébergement collectif dans le dispositif de placement de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) » Bénédicte JACQUEY-VAZQUEZ, inspecteur général à l'inspection générale des affaires sociales Xavier CHARLET, magistrat, chargé de mission à l'Observatoire national de l'enfance en danger (ONED) Bernard VATIER, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Paris Michel BOTBOL, pédopsychiatre, professeur à l'université Bretagne occidentale, ancien conseiller à la direction de la protection judiciaire de la jeunesse (DPJJ) Magali FIDELLE, assistant socio-éducatif à l'aide sociale à l'enfance (ASE) Nathalie PITHON, éducateur de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) Dominique ATRIAS, avocat au barreau de Paris, ancien secrétaire général de l'Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant

13 juin 2013	Colloque Parquet général de la Cour de cassation	« De l'intelligence économique à l'intelligence juridique : la nécessaire protection du secret des affaires »	Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation Daniel TARDIF, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport Claude MATHON, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Éric DELBECAU, directeur du département « Sécurité économique » de l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice (INHESJ) Denis FORTIER, directeur de la rédaction de l'agence d'informations spécialisées (AEF) sécurité globale Alain JULLET, Senior Advisor, ancien haut responsable à l'intelligence économique Philippe CLERC, conseiller expert en intelligence économique internationale Bernard CARAYON, avocat au barreau de Paris, ancien député, auteur du rapport « Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale » (2003) Claude REVEL, délégué interministériel à l'intelligence économique Jacques FOURVEL, conseiller du président du groupe Casino, président du comité de prévention des risques Jean-Luc MOREAU, Global Head product security de Novartis International AG Étienne DROUARD, avocat au barreau de Paris Murielle ROBERT-NICOUP, conseiller référendaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation Pauline CABY, avocat général référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation Umberto BERKANI, rapporteur général adjoint à l'Autorité de la concurrence Thierry FOSSIER, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation Jean-Marc KWIATKOWSKI, directeur des affaires juridiques de Bouygues Construction Olivier de MAISON ROUGE, avocat au barreau de Clermont-Ferrand, auteur du livre <i>Le Droit de l'intelligence économique, patrimoine informationnel et secrets d'affaires</i> Jean-Jacques URVOAS, député, président de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République
27 septembre 2013	Colloque Association française de droit constitutionnel Centre national de la recherche scientifique Centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) – université Panthéon-Assas	« La Cour de cassation et la Constitution, perspectives nouvelles » *	Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation Bertrand MATHIEU, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), président de l'Association française de droit constitutionnel (AFDC) Guillaume DRAGO, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2), directeur du centre d'études constitutionnelles et politiques (CECP) Xavier PRÉTOT, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Julien BONNET, professeur à l'université d'Évry-Val-d'Essonne Alain LACABARATS, président de la chambre sociale de la Cour de cassation Francis DELPÈRE, professeur émérite à l'université catholique de Louvain-la-Neuve, sénateur du royaume de Belgique

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
	Cour de cassation Groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle (GERJC-institut Louis Favoreu) – université Aix-Marseille		Jean-Pierre GRUBEL , conseiller doyen à la première chambre civile de la Cour de cassation Louis BORÉ , avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Xavier MAGNON , professeur à l'université Toulouse 1 Capitole Frédérique DREIFUSS-NETTER , conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation Bertrand LOUVEL , président de la chambre criminelle de la Cour de cassation Jean BERKANI , avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Jean-Baptiste PERRIER , maître de conférences à l'université d'Auvergne Xavier PHILIPPE , professeur à l'université d'Aix-Marseille, directeur du groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle (GERJC-institut Louis Favoreu)
17 octobre 2013	Colloque Commission nationale de l'informatique et des libertés Parquet général de la Cour de cassation	« Droit et internet » *	Vincent LAMANDA , premier président de la Cour de cassation Jean-Claude MARIN , procureur général près la Cour de cassation Isabelle FALQUE-PIERROTIN , président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) Yves CHARPENEL , premier avocat général de la troisième chambre civile de la Cour de cassation Anne-Élisabeth CRÉDEVILLE , conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation Corinne THIÉRACHE , avocat au barreau de Paris Cédric MANARA , professeur à l'École des hautes études commerciales du Nord (EDHEC) Jean-Emmanuel RAY , professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Yves STRULLOU , conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation Myriam QUÉMENER , procureur adjoint près le tribunal de grande instance de Créteil Éric FREYSSINET , colonel, chef de la division de lutte contre la cybercriminalité au pôle judiciaire de la Gendarmerie nationale Pierre-Yves LEBEAU , commandant, chef de la section de traitement des signalements à l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) Thomas DAUTIEU , chef du service des contrôles de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) Jean-Philippe DUHAMEL , avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Françoise LE BAIL , directrice générale de la justice à la Commission européenne Jean-François WEBER , président de chambre honoraire à la Cour de cassation Luc FERRAND , directeur de projet « dématérialisation » au secrétariat général du ministère de la justice

			Xavier Ronsin, directeur de l'École nationale de la magistrature (ENM) Éric Néron, président du tribunal de grande instance de Lille Edouard Geffray, secrétaire général de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) Michel Vivant, professeur à l'école de droit de l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris (Sciences Po), consultant auprès du cabinet d'avocats Dentons Edwige Bellard, directeur juridique au ministère des affaires étrangères Georges Drani, directeur juridique du groupe BNP Paribas Fabrice Naftalski, avocat au barreau des Hauts-de-Seine Laure de La Raudière, député d'Eure-et-Loir
7 novembre 2013	Colloque Cour de cassation École de droit social de Montpellier (EDSM) – université Montpellier 1	« À propos de quelques libertés en entreprise »	Alain Lacabarats, président de la chambre sociale de la Cour de cassation Antoine Lyon-Caen, professeur honoraire à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris 10) Paul-Henri Antonmattel, professeur à l'université Montpellier 1, directeur de l'école de droit social de Montpellier (EDSM) Rémy Schwartz, conseiller d'État Grégoire Loiseau, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Laurence Pécaut-Rivoler, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation
21 novembre 2013 (22 novembre à l'Ecole nationale des chartes)	Colloque Centre Jean-Mabillon – École nationale des chartes Cour de cassation	« La règle de l'unité ? Le juge et le droit du roi dans la France moderne (xv^e-xviii^e siècle) »	Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation Jean-Michel Léniaud, directeur de l'Ecole nationale des chartes Olivier Poncet, professeur à l'École nationale des chartes Albert Rigaudière, professeur émérite à l'université Panthéon-Assas (Paris 2), membre de l'Institut Anne Rousselet-Pimont, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Pierre Bonin, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Yves-Marie Berce, professeur émérite à l'université Paris-Sorbonne (Paris 4), directeur honoraire de l'Ecole nationale des chartes, membre de l'Institut Élise Frelon, maître de conférences à l'université de Poitiers Raphaëlle Lapôtre, archiviste paléographe Julie Clautre, maître de conférences à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Katia Weidenfeld, premier conseiller au tribunal administratif de Paris, professeur à l'Ecole nationale des chartes Franck Roumy, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2) Boris Bernabé, professeur à l'université Paris-Sud (Paris 11) Ugo Bellagamba, maître de conférences à l'université de Nice Sophia-Antipolis Xavier Godin, professeur à l'université de Nantes Bernard Barbiche, professeur honoraire à l'Ecole nationale des chartes Clément Peyre, conservateur d'État, directeur de la bibliothèque de la Cour de cassation Catherine Delplanque, secrétaire scientifique de l'Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ)

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
13 décembre 2013	Colloque Conseil d'État Cour de cassation	« La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation » *	Vincent LAMANDA , premier président de la Cour de cassation Jean-Claude MARIN , procureur général près la Cour de cassation Jean-Marc SAUVÉ , vice-président du Conseil d'État Jean-Marie DELARUE , conseiller d'État, Contrôleur général des lieux de privation de liberté Jacques PETIT , professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2) Jacques-Henri STAHL , conseiller d'État, président de la deuxième sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État Laurent LE MESLE , premier avocat général de la chambre commerciale de la Cour de cassation Gilles BACHELIER , conseiller d'État, président de la cour administrative d'appel de Nantes Maud VIALETES , maître des requêtes, rapporteur public au Conseil d'État Frédéric DESPORTES , avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Geneviève GUIDICELLI-DELAGE , professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Élisabeth BARADUC , avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président de l'ordre Bertrand LOUVEL , président de la chambre criminelle de la Cour de cassation Mattias GUYOMAR , conseiller d'État Daniel GUTMANN , avocat, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) Patrick MOUNAUD , délégué régional du Centre national de la recherche scientifique (CNRS) en Midi-Pyrénées, ancien directeur interrégional de l'administration pénitentiaire Marie-France MAZARS , doyen honoraire de la Cour de cassation Beatrice BOURGEOIS-MACHUREAU , maître des requêtes, rapporteur public au Conseil d'État Didier GUÉRIN , conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation Françoise TULKENS , ancien vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme, membre associé de l'Académie royale de Belgique Christian VIGOURoux , président de la section du rapport et des études du Conseil d'État Didier BOCCON-GIBOD , premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation

IX. Attributions des chambres civiles*

Suivant ordonnance du premier président en date du 23 janvier 2013, les attributions des chambres de la Cour de cassation autres que la chambre criminelle ont été fixées comme suit :

PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE

Agents immobiliers

Arbitrage international et interne

Assistance éducative

Associations

Contrats commerciaux lorsqu'une partie non commerçante a choisi la voie civile

Contrats de mariage, régimes matrimoniaux, pactes civils de solidarité

Coopératives agricoles et contrats d'intégration en agriculture

Discipline des experts judiciaires (articles 24 et suivants du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004)

Discipline et responsabilité des avocats et officiers publics et ministériels et des conseils juridiques, sauf lorsque la responsabilité de ces derniers est mise en cause à l'occasion d'une activité de conseiller fiscal

Discipline et responsabilité des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Dommages de guerre

Droit des personnes et de la famille – 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, et des contrats d'entreprise et travaux, 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 zone d'attente ou en rétention administrative (articles L. 221-1 et suivants et L. 551-1-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile)

Propriété et droits réels mobiliers

Propriété littéraire et artistique

Rentes viagères entre particuliers

Réquisitions

Responsabilité contractuelle et notamment responsabilité du transporteur terrestre et aérien de personnes et responsabilité médicale

Responsabilité des magistrats du corps judiciaire (article 11-1 modifié de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958)

Responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice (article L. 141-1 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 des 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 (affiliation, assurance vieillesse, cotisations, accidents du travail et maladies professionnelles, assurances maladie, prestations familiales, professions de santé et établissements de soins, personnes handicapées, assurance invalidité, mutualité sociale agricole)

Surendettement des particuliers

Tarifs des auxiliaires de justice
Procédures civiles d'exécution

TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurance construction
Baux d'habitation
Baux commerciaux
Baux ruraux
Expropriation
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
Effets de commerce – banques – Bourse
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, douane
Droit maritime et assurances maritimes

Entreprises de presse

Fonds de commerce

Sauvegarde des entreprises et procédures collectives

Obligations, contrats commerciaux et contrats de distribution

Cautionnement commercial

Professions commerciales

Propriété industrielle : brevets d'invention, marques de fabrique, contrefaçons, sociétés civiles à l'exclusion des sociétés civiles immobilières, des sociétés civiles professionnelles et des coopératives agricoles

Sociétés commerciales et autres personnes morales de droit commercial

Transport de marchandises par voies routière, ferroviaire, fluviale ou aérienne

Pourvois formés contre les ordonnances des premiers présidents des cours d'appel relatifs à l'exercice d'un droit de visite domiciliaire et de saisie lorsqu'ils relèvent de la procédure civile

CHAMBRE SOCIALE

Droit 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

Entreprise 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)

LISTE DES ABRÉVIATIONS

PUBLICATIONS (OUVRAGES, REVUES ET ÉDITEURS)

- AJD* : Revue *L'Actualité juridique droit administratif*
- AJ Famille* : Revue *Actualité juridique famille*
- BICC* : *Bulletin d'information de la Cour de cassation*
- BO M^JL* : *Bulletin officiel du ministère de la justice et des libertés*
- Bull.* : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles*
- Bull. crim.* : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle*
- CASF* : Code de l'action sociale et des familles
- C.C.C.* : Revue *Contrats, concurrence, consommation*
- D.* : *Recueil Dalloz-Sirey*
- D.C.* : *Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz*
- D.H.* : *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*
- D.P.* : *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine Dalloz*
- Dr. et procédures* : Revue *Droit et procédures*
- Dr. fam.* : Revue *Droit de la famille*
- Dr. soc.* : Revue *Droit social*
- Dr. sociétés* : Revue *Droit des sociétés*
- Gaz. Pal.* : *Gazette du Palais*
- JCl. Dr. international* : Encyclopédie *JurisClasseur droit international (LexisNexis)*
- JCl. Pr. civ.* : Encyclopédie *JurisClasseur procédure civile (LexisNexis)*
- JCl. Pr. pén.* : Encyclopédie *JurisClasseur procédure pénale (LexisNexis)*
- JCl. Voies d'exécution* : Encyclopédie *JurisClasseur voies d'exécution (LexisNexis)*
- JCP* : *La Semaine juridique, JurisClasseur périodique (LexisNexis)*
- éd. E : Édition *Entreprise et affaires*
 - éd. G : Édition *générale*
 - éd. N : Édition *notariale*
 - éd. S : Édition *sociale*
- JDI* : *Journal du droit international* (« Clunet »)
- JO* : *Journal officiel*
- LGDJ* : *Librairie générale de droit et de jurisprudence*

PA : Petites Affiches

Rapport, Rapport annuel : Rapport annuel de la Cour de cassation

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RD bancaire et financier : Revue de droit bancaire et financier

RD publ. : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger

RD rur. : Revue de droit rural

RD sanit. et soc. : Revue de droit sanitaire et social

Recueil Lebon : Recueil des arrêts du Conseil d'État

Rép. dr. civ. : Répertoire de droit civil (Dalloz)

Rép. dr. com. : Répertoire de droit commercial (Dalloz)

Rép. dr. international : Répertoire de droit international (Dalloz)

Rép. dr. pén. et proc. pén. : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale (Dalloz)

Resp. civ. et assur. : Revue Responsabilité civile et assurances

Rev. adm. : Revue administrative

Rev. arb. : Revue de l'arbitrage

Rev. dr. trav. : Revue de droit du travail

Rev. loyers : Revue des loyers et des fermages

Rev. sc. crim. : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

Rev. sociétés : Revue des sociétés

RFD adm. : Revue française de droit administratif

RGDA : Revue générale du droit des assurances

RIDA : Revue internationale du droit d'auteur

RJPF : Revue juridique personnes et famille

RJS : Revue de jurisprudence sociale

RLDC : Revue Lamy droit civil

RPDP : Revue pénitentiaire et de droit pénal

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen

S. : Recueil Sirey

TPS : Revue Travail et protection sociale

AUTRES ABRÉVIATIONS

ACAATA : allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

AGRASC : Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués

AGS : Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés

AMM : autorisation de mise sur le marché

art. : article

ass. : arrêt rendu en assemblée plénière du Conseil d'État

AT : accident du travail

CA : cour d'appel

Cass. : Cour de cassation

ccl. : conclusions de l'avocat général

CE : Conseil d'État

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CESADA : code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile

ch. : chambre(s)

chr. : chronique

CHSCT : comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

CIDE : Convention internationale des droits de l'enfant

CIVI : Commission d'indemnisation des victimes d'infractions

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CNITAAT : Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail

Cons. const. : Conseil constitutionnel

CSDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

e.a. : et autres

FCAATA : Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante

FGAO : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages

FGTI : Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions

FIPO : Fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures

FITH : Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles

FIVA : Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante

gde chbre : arrêt rendu en grande chambre de la Cour de justice des Communautés européennes (devenue Cour de justice de l'Union européenne)

ICPE : installation classée pour la protection de l'environnement

INPI : Institut national de la propriété intellectuelle

MP : maladie professionnelle

OGM : organisme génétiquement modifié

OIT : Organisation internationale du travail

OMC : Organisation mondiale du commerce

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

ONIAM : Office national d'indemnisation des accidents médicaux

ONU : Organisation des Nations unies

op. cit. : opus cité

PMU : Paris mutuel urbain

« **position commune** » : position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme

préc. : précité

QPC : question prioritaire de constitutionnalité

rapp. : rapport du conseiller rapporteur

req. : arrêt rendu en chambre des requêtes de la Cour de cassation

RPVA : réseau privé virtuel avocat

s. : suivants

SAFER : Société d'aménagement foncier et d'établissement rural

SMIC : salaire minimum interprofessionnel de croissance

SMS : *Short Message Service* (minimessage)

TCE : Traité instituant la Communauté européenne

TEG : taux effectif global

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI : Tribunal de grande instance

TPICE : Tribunal de première instance des Communautés européennes

TUE : Traité sur l'Union européenne

TVA : taxe sur la valeur ajoutée

UES : unité économique et sociale

UNCAM : Union nationale des caisses d'assurance maladie

URSSAF : Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales

VRP : vendeur, représentant, placier

[R1]Je ne comprends pas. (à des études ou à la préparation de colloques)?

[R2]Je ne suis pas sûr de comprendre la réponse faite par l'auteur à ma suggestion ; je corrige, mais à resoumettre

[R3]C'est l'auteur qui décide ! mais je maintiens que ce s est fautif ; ce n'est pas une question de sens, c'est une question de règle typographique. Voyez Thomas, Dictionnaires des difficultés de la langue française, entrée « siècle ».

[R4]Gâtinais avec circonflexe ?

TABLE DES MATIÈRES

COMPOSITION DE LA COMMISSION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES DE LA COUR DE CASSATION	3
LIVRE 1	
DISCOURS	7
DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le jeudi 9 janvier 2014, par : Monsieur Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation	9
DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le jeudi 9 janvier 2014, par : Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation .	21
LIVRE 2	
SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES	29
I. PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE CIVILE	31
A. Suivi des suggestions de réforme	31
B. Suggestions nouvelles	62
II. PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE	74
A. Suivi des suggestions de réforme	74
B. Suggestions nouvelles	80
LIVRE 3	
ÉTUDE	89
AVANT-PROPOS, par M. Guillaume Drago	91
L'ORDRE PUBLIC	97

PARTIE 1 – SOURCES DE L'ORDRE PUBLIC	111
TITRE 1 – SOURCES INTERNATIONALES	111
Chapitre 1 – Normes internationales	111
Chapitre 2 – Conception française de l'ordre public international	127
TITRE 2 – SOURCES EUROPÉENNES	147
Chapitre 1 – Droit de l'Union européenne	147
Chapitre 2 – Droit conventionnel	155
TITRE 3 – SOURCES INTERNES	177
Chapitre 1 – Sources constitutionnelles	177
Chapitre 2 – Critères d'identification des dispositions d'ordre public au sein d'un texte	191
Chapitre 3 – Consécration jurisprudentielle des principes essentiels du droit français	199
PARTIE 2 – NOTION D'ORDRE PUBLIC	201
TITRE 1 – ORDRE PUBLIC PROCÉDURAL	201
Chapitre 1 – Ordre public procédural interne	201
Chapitre 2 – Utilisation de l'ordre public procédural international et européen	251
Chapitre 3 – Arbitrage international	260
TITRE 2 – ORDRE PUBLIC SUBSTANTIEL	263
Chapitre 1 – Ordre public et personne	264
Chapitre 2 – Ordre public et famille	269
Chapitre 3 – Ordre public et société	282
PARTIE 3 – FINALITÉS DE L'ORDRE PUBLIC	339
TITRE 1 – PROTECTION DU SUJET DE DROIT	339
Chapitre 1 – Dans sa vie personnelle et familiale	339
Chapitre 2 – Dans ses relations de travail, économiques et sociales	348
Chapitre 3 – Dans le cadre du procès	410
TITRE 2 – PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ	429
Chapitre 1 – Ordre public comme limite aux libertés et droits fondamentaux	429
Chapitre 2 – Ordre public comme limite à la reconnaissance d'un droit	456

LIVRE 4

JURISPRUDENCE DE LA COUR	491
I. ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE	493
A. Assemblée plénière.....	493
B. Chambre mixte.....	507
II. AVIS (ARTICLES L. 441-1 À L. 441-4 ET R. 441-1 DU CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE)...	511
III. ARRÊTS RENDUS PAR LES CHAMBRES	529
A. Droit des personnes et de la famille.....	529
B. Droit du travail.....	532
C. Droit immobilier, environnement et urbanisme.....	574
D. Activités économiques, commerciales et financières.....	581
E. Responsabilité civile, assurances et sécurité sociale.....	586
F. Procédure civile et organisation des professions.....	593
G. Droit pénal et procédure pénale.....	596
H. Application du droit de l'Union européenne, conventionnel et international.....	614
IV. EXAMEN DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ	625
A. Examen des conditions de recevabilité et de transmission des QPC.....	625
B. Examen du caractère sérieux des QPC.....	633

LIVRE 5

ACTIVITÉ DE LA COUR	649
I. ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE	651
A. Bilan d'activité.....	653
B. Données statistiques.....	659
1. Activité générale.....	661
2. Activité par chambres.....	668
3. Questions prioritaires de constitutionnalité.....	681
II. SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ÉTUDES ET DU RAPPORT DE LA COUR DE CASSATION	685
III. RELATIONS INTERNATIONALES	693
IV. BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE	709
V. COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS	713

VI. COMMISSION DE RÉVISION DES CONDAMNATIONS PÉNALES	723
VII. COMMISSION DE RÉEXAMEN D'UNE DÉCISION PÉNALE CONSÉCUTIF AU PRONONCÉ D'UN ARRÊT DE LA CEDH	729
VIII. MANIFESTATIONS ORGANISÉES À LA COUR DE CASSATION	733
IX. ATTRIBUTIONS DES CHAMBRES CIVILES	749
LISTE DES ABRÉVIATIONS	755