

RAPPORT ANNUEL 2012

*La preuve
dans la jurisprudence
de la Cour de cassation*



COUR DE CASSATION

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

CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE

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

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

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

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

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

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2013

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

ISBN : 978-2-11-009264-9

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

Présidence :

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

Première chambre civile :

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

Deuxième chambre civile :

- Mme Laurence Flise, président de chambre
- M. Gilbert Azibert, premier avocat général

Troisième chambre civile :

- M. Franck Terrier, président de chambre
- M. Yves Charpenel, premier avocat général

Chambre commerciale :

- M. Raymond Espel, président de chambre
- M. Laurent Le Mesle, premier avocat général

Chambre sociale :

- M. Alain Lacabarats, président de chambre
- M. Robert Finielz, premier avocat général

Chambre criminelle :

- M. Bertrand Louvel, président de chambre
- M. Didier Boccon-Gibod, premier avocat général

Service de documentation, des études et du rapport :

- M. Daniel Tardif, président de chambre

Secrétariat général :

- Mme Marie-Pierre Lanoue, auditeur

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	31
LIVRE 3 ÉTUDE	83
AVANT-PROPOS, par M. Jean-François Cesaro	85
LA PREUVE	97
LIVRE 4 JURISPRUDENCE DE LA COUR	371
LIVRE 5 ACTIVITÉ DE LA COUR	499
LISTE DES ABRÉVIATIONS	607





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 vendredi 18 janvier 2013, par :

Monsieur Vincent Lamanda,
premier président de la Cour de cassation

Monsieur le Président de la République,

Votre présence parmi nous est un honneur d'autant plus grand que l'autorité judiciaire, dont les principaux représentants sont ici rassemblés, salue en votre personne le garant constitutionnel de son indépendance.

Que, dès les premiers mois de votre mandat, vous ayez tenu à partager avec nous ce moment symbolique de l'audience solennelle de début d'année, nous touche.

Les femmes et les hommes qui œuvrent, chaque jour, pour équilibrer les passions, les intérêts, les influences, sont naturellement sensibles à cette marque de considération, témoignée aux serveurs d'une institution souvent malmenée que des propos apaisants, marquant votre confiance, ne peuvent que rasséréner.

Sachez notre gratitude.

La mission de gardienne de la liberté individuelle, que la Constitution confie à l'autorité judiciaire, est essentielle dans un État de droit, soucieux du respect de la séparation des pouvoirs et, par suite, de l'indépendance du judiciaire.

Mais il ne suffit pas que tous s'accordent pour affirmer cette indépendance. Encore faut-il que chacun en accepte, en toutes circonstances, la manifestation, admette qu'on ne puisse pas toujours pressentir la sentence, souffre que le juge ne se prête à un quelconque accommodement.

Acquis essentiel de notre tradition judiciaire, l'indépendance doit constamment inspirer l'action du magistrat vers l'objectivité, l'impartialité, la vérité. Elle n'est pas un privilège, mais un devoir envers lui-même comme envers les autres. Si elle est une force, c'est au service du justiciable qu'elle se déploie.

Nous ne pouvons que nous féliciter, Monsieur le Président de la République, de votre volonté de tout mettre en œuvre pour renforcer l'effectivité de ce principe salutaire.

Au moment où notre pays est conscient de la nécessité d'une réforme de ses structures, pour mieux affronter les défis d'un monde globalisé, la justice ne saurait demeurer à l'écart du mouvement à engager.

Surtout en première instance, notre organisation judiciaire a vieilli. On constate, d'une part, un émiettement excessif de juridictions spécialisées, que leur nécessaire déploiement à l'échelon local rend innombrables. On assiste, d'autre part, à une concentration progressive de divers contentieux dans certaines seulement des juridictions généralistes, alors que toutes sont dites de droit commun.

Au-delà de ce paradoxe, qui tend à faire de l'exception la règle, il en résulte de vains conflits de compétence, une complexité déroutante dans la mise en œuvre des procédures et un risque de rupture d'égalité entre les territoires.

Sans méconnaître la difficulté d'une refonte de notre organisation judiciaire ni nier l'évidente utilité d'une spécialisation adaptée, nous sommes prêts à prendre part à la recherche d'une simplification, d'une clarification et d'une plus grande efficacité, s'inscrivant dans la modernisation de l'État que vous projetez.

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

Le motif central du plafond de cette salle représente la loi tendant la main à la jurisprudence. Comme en écho à cette allégorie, votre venue conjointe est le gage d'une coopération fructueuse entre le Parlement et notre juridiction. Nous savons qu'il ne faut pas y voir seulement la manifestation de votre courtoisie, mais l'expression d'un hommage de la représentation nationale à ceux qui ont la charge de veiller à l'application de la loi. Soyez en vivement remerciés, avec Monsieur le Président de la commission des lois du Sénat qui, toujours délicatement attentif à nos préoccupations, a bien voulu vous accompagner.

Madame la Garde des sceaux,

Nous sommes heureux de vous accueillir à nouveau dans cette grand' chambre.

Si rendre la justice n'est jamais simple, il n'est pas plus facile de l'administrer.

Mais d'emblée, vous avez embrassé cette tâche avec l'enthousiasme, la finesse et le naturel chaleureux qui vous caractérisent.

Sachant écouter, vous attachant à étudier en profondeur les dossiers, allant sur place pour mieux asseoir vos décisions, vous avez à cœur de permettre à la justice de s'exercer dans toute sa plénitude, avec dignité et sérénité.

Dans cette démarche, nous vous assurons de notre reconnaissance et de notre soutien.

Excellences, Mesdames, Messieurs les hautes personnalités,

Vous venez de tous les horizons où la vie de la cité s'illustre dans sa riche diversité.

La Cour tient à vous associer à cette cérémonie en signe de cordialité entre nos juridictions, administrations ou organismes respectifs. Vous répondez à son invitation avec fidélité et sympathie. Elle vous en sait gré.

Vous me permettez de saluer en particulier les membres du Conseil supérieur de la magistrature dont j'ai l'honneur de présider la formation plénière et celle compétente à l'égard des magistrats du siège.

Voilà bientôt deux ans, le cordon qui reliait ce Conseil au pouvoir exécutif a été définitivement coupé. Je me réjouis de l'atmosphère constructive qui, convertissant nos différences en complémentarités, nous réunit, chaque semaine, pour concourir au fonctionnement harmonieux des cours et tribunaux et assurer à la magistrature les garanties effectives de son statut.

La spécificité de la fonction judiciaire est inhérente à la grandeur d'une mission sur laquelle nos concitoyens portent un regard empli d'exigences élevées, parfois antinomiques, toujours difficiles à satisfaire. La justice laisse rarement indifférent.

Chacun, croyant la connaître, s'autorise à la juger. Certes, elle n'est pas faite pour plaire, fût-ce à ceux qui la sollicitent le plus. Mais, généralement elle est raillée, même par ceux qui y recourent le moins. Le phénomène est invariable depuis le Moyen Âge. En voici quelques illustrations.

Le Roman de Renart met féroce­ment en scène l'astucieuse perversité de Renart, ses jugements léonins.

Rabelais inscrit sur la porte de son abbaye de Thélème : « Ici n'entrez pas, [...] juges anciens qui jetez au charnier les bons paroissiens ainsi que des chiens. Votre salaire est au gibet. Allez y braire ».

Marot abandonne son badinage pour fulminer : « Ils ont tant de glu dedans les mains, ces faiseurs de pipée, que toute chose où touchent est grippée ».

La Fontaine renchérit : « Selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir ».

La Bruyère excite contre les mœurs judiciaires son amertume : « Le devoir des juges est de rendre la justice; leur métier de la différer; quelques-uns savent leur devoir et font leur métier ».

Lesage prête à Crispin ce sarcasme : « La justice est une chose si précieuse qu'on ne saurait trop l'acheter ».

Voltaire traite les juges de « cuistres fanatiques, misérables convulsionnaires, singes changés en tigre ».

Balzac n'épargne pas même le jeune magistrat : « Aux joues laminées par l'étude et l'envie de parvenir ».

Hugo ironise : « À quoi bon disposer de vingt-quatre heures pour maudire ses juges, quand on a toute la vie pour les plaindre ».

Anatole France fait dire à l'abbé Coignard : « Cela seul me cause un insurmontable embarras qu'il faille que ce soient les juges qui rendent la justice ».

Sans être exhaustif, pourraient être cités encore Marcel Aymé ou Jean Anouilh.

Et pour illustrer ces auteurs par le dessin et par le cinéma, de Daumier à Cayatte, les caricatures ne manqueraient pas.

Cette constante acrimonie trouve sa source dans la quête inlassable d'un impossible absolu, que le pouvoir confié à quelques-uns de juger leurs semblables ne peut évidemment assouvir.

Le juge ne serait-il pas alors blâmé davantage en considération de son image que pour son action ?

Cette image, en tout cas, possède deux caractéristiques essentielles qui en altèrent les traits.

La première est la pérennité.

Le roi de France, à qui le plus humble de ses sujets pouvait faire appel, a commencé à asseoir son autorité aux dépens de la féodalité par son rôle judiciaire. Le roi rendait justice. Le roi était justice. C'est le symbole de Saint Louis sous un chêne à Vincennes.

Lorsque le roi délégua le soin de rendre en son nom la justice, ceux qui le substituèrent devaient avoir les mêmes habits que lui. L'écarlate en étant la couleur, les robes des conseillers furent, elles aussi, pourpres.

Le roi, à cette époque moyenâgeuse, portait le chaperon à bonnet qui servait de coiffure en même temps que de vêtement de cou. Les magistrats adoptèrent le chaperon. Pour alléger le poids de ce couvre-chef quelque peu inconfortable, ils prirent l'habitude d'en détacher l'appendice qui était rejeté sur l'épaule gauche. Ainsi naquit l'épitoge.

À partir du XIII^e siècle, l'ampleur des tâches grandissant avec l'extension rapide du domaine royal, le monarque dut se résigner à déléguer ses prérogatives à des conseils de techniciens. Le plus important d'entre eux, le « parlement », s'installa dans ses appartements.

Si on nomme palais les bâtiments où la justice est établie et chambres les salles où elle est rendue, c'est que le roi de France, voilà près de huit siècles, lorsqu'il a quitté l'île de la Cité pour la rive droite de la Seine, a laissé son palais aux juges qui ont investi sa chambre de parade, la grand' chambre.

Si on nomme audience la séance d'un tribunal et cour certaines formations de jugement, c'est qu'à l'origine, le monarque donnait lui-même audience à ceux de ses sujets qui lui demandaient justice, et que les premières juridictions étaient composées des principales personnes constituant l'entourage du roi et résidant effectivement dans sa cour.

Beaucoup continuent à appeler « *placet* » l'exemplaire d'une assignation déposée au greffe en vue de sa mise au rôle. En effet, pour obtenir audience, les solliciteurs priaient le roi qu'il lui plaise (*placet* en latin) leur accorder la faveur de les entendre. Leurs requêtes étaient inscrites à la suite sur un rouleau de parchemin : un rôle. Elles étaient évoquées dans l'ordre où elles apparaissaient en le déroulant, « à tour de rôle ».

Mise sous main de justice et mainlevée qualifient certaines mesures judiciaires en référence au geste que faisait le roi avec la main de justice pour indiquer sa décision.

Si on nomme parquet le lieu où se tient le ministère public, c'est que ce mot désignait dans la grand' chambre le cœur de la salle, délimité sur trois côtés par les bancs des juges et sur le quatrième par une barre, enclos sacré, petit parc ou « parquet », que les gens du roi traversaient pour gagner leur place.

Si on nomme barreau l'ensemble des avocats, c'est que ceux-ci se tenaient précisément derrière la barre qui fermait le parquet.

Le bâtonnier est le chef de leur ordre. Le roi lui avait conféré le privilège, dans les processions de la confrérie de Saint-Nicolas, de porter le bâton, c'est-à-dire la bannière de ce saint.

Le titre d'huissier, donné à certains auxiliaires de justice, est, de même, hérité de leurs devanciers, chargés de garder les portes de la chambre du souverain, d'en ouvrir les battants ou d'en maintenir les huis clos.

En prononçant, lors des rentrées solennelles, des discours, nous prolongeons la tradition multiséculaire des mercuriales, née, dans la grand' chambre, un mercredi, jour de Mercure.

Pérennité du costume, du vocabulaire et des cérémonies, le juge apparaît figé dans une attitude hiératique.

L'ambiguïté constitue le second signe distinctif de son image.

On attend du juge qu'il soit totalement libre. Mais il ne peut, sans risque d'arbitraire, s'affranchir de la loi, même s'il la trouve injuste ou dépassée.

Il est indispensable que le juge n'affiche ni ses convictions ni ses préférences et fasse abstraction d'elles quand il statue. Mais, il est peu de problèmes moraux, économiques et sociaux qui ne lui soient soumis et peu de péripéties de la vie publique auxquelles il ne soit mêlé. Comment empêcher, dès lors, que le parti qu'il est contraint de prendre, soit interprété ?

On veut que le juge soit un recours, au sens de secours. On fait appel à lui pour jeter la lumière sur une affaire ténébreuse. Mais il peut devenir aussi un recours, au sens de refuge. Sa saisine permet d'éluder les questions que l'actualité fait poser avec une insistance qui dérange : « La justice est saisie, laissons la suivre son cours... »

Le temps qui passe prend deux visages quand il s'agit d'être jugé : celui d'un ennemi ou celui d'un allié.

C'est un visage ami que suggèrent l'erreur évitée par la réflexion, l'apaisement des passions et des emportements, le respect de la contradiction et des droits de la défense. Le temps est un gage d'accalmie et de justice.

C'est un visage hostile que révèlent les piles de dossiers qui s'entassent, leur traitement expéditif, comme l'abus d'un juridisme dilatoire. Le temps adultère l'instance, bâtarde les responsabilités, minimise les réparations, affaiblit la sanction.

Dans le domaine pénal, l'amphibologie est reine. Tantôt le juge est stigmatisé pour son laxisme : il ferait montre d'une large tolérance à l'égard des délinquants et d'une compassion étriquée pour les victimes. Tantôt sont dénoncées son âpre sévérité, qui frapperait les égarés de la vie comme d'incorrigibles malfaiteurs, et sa trop grande sollicitude pour les parties civiles, qu'il n'aurait pas vocation à aider à faire leur deuil.

Si l'image du juge est fortement empreinte d'ambiguïté, c'est que, depuis des temps immémoriaux, elle nous rappelle l'ambivalence native de notre condition : les vertus sont frontières des vices, le mal est inhérent au bien, les méchants sont indissociables des bons, comme la nuit est inséparable du jour, l'inspiration de l'expiration.

Pérennité et ambiguïté se conjuguent pour consolider une perception stéréotypée.

Il faut se libérer des apparences.

Nous avons le respect de nos traditions, car nous avons appris de nos anciens qu'un magistrat ne transige pas avec sa conscience et qu'il doit rester fidèle au droit, juste et humain. Sans mémoire il n'y a pas de justice.

Mais nous avons également le souci d'aller de l'avant, de nous défaire de ce qui est dépassé, d'innover, non seulement pour demeurer en phase avec notre époque, mais aussi pour anticiper les changements à venir. À cet égard, si la critique est parfois blessante, elle ne peut que stimuler notre vigilance et notre détermination à évoluer.

Parce qu'elle est recherche d'équilibre, la justice doit contrebalancer la force de la constance par l'élan du progrès.

Les costumes d'autrefois sont revêtus par des femmes, désormais majoritaires, et des hommes pleinement conscients des grands enjeux de notre temps.

D'une moyenne d'âge de 47 ans, ils justifient souvent d'une expérience professionnelle antérieure, facteur d'enrichissement, les voies d'accès à la magistrature s'étant diversifiées.

Grâce à un enseignement initial rénové et à une formation continue dont le caractère désormais obligatoire a accru l'effectivité, ils sont mieux mis en mesure de répondre aux attentes de nos concitoyens. Pour sa part, en 2012, notre Cour a organisé plus de quarante manifestations, conférences, colloques ou séminaires, sur des thèmes allant du droit social à l'économie de l'environnement, en passant par la santé ou la réparation du préjudice.

Loin d'adopter la position statique forgée par l'histoire, la magistrature s'ouvre volontiers sur l'extérieur. En utilisant et en interprétant des normes de nature multiple, le juge participe éminemment aux mutations de la société.

Vivant reflet de l'origine transnationale croissante des règles et des principes que nous appliquons, le dialogue des juges est une réalité. Nous sommes particulièrement sensibles à ce que d'éminents représentants des deux cours régulatrices de notre continent, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union, aient tenu à prendre part à cette audience.

Ici, l'an dernier, outre l'assemblée générale du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires d'Europe, ont été accueillies soixante-dix délégations étrangères.

L'écho du vaste monde résonne en nos prétoires. Aussi, est-il devenu naturel pour le juge de confronter ses pratiques avec celles de ses homologues étrangers, de mettre en place des partenariats et des échanges en vue d'une coopération plus efficace.

La présence parmi nous des ambassadeurs de grandes nations amies, aux côtés du président de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français et du président de l'Association africaine des hautes juridictions francophones, nous honore grandement. Elle témoigne de l'intensité des liens qui nous unissent à nos pairs par-delà les frontières.

Mais les juges, quelles que soient leur implication, leur science juridique et leur droiture, ne peuvent garantir une vraie justice en comptant sur leurs seules forces et sur leur seul savoir. Rien ne saurait substituer, dans le processus juridictionnel, le débat contradictoire, remplacer l'intervention de l'avocat.

La Cour se félicite de l'excellence que l'ordre des avocats aux Conseils apporte à ses travaux et du précieux concours qu'il prête à son rayonnement.

L'œuvre de justice est collective. Le dévouement et la compétence des personnels des greffes, sans quoi rien ne serait possible, méritent d'être soulignés.

L'utilisation généralisée, dans notre Cour, des technologies de l'information et de la communication doit beaucoup à leur dynamique engagement et au climat serein qui, sous l'autorité souriante de Madame le Directeur de greffe, règne dans leurs équipes.

Grâce aux dispositions d'un décret du 28 décembre dernier, la signature électronique de nos décisions va, bientôt, parachever la dématérialisation complète de nos procédures civiles. Nous espérons, Madame la Garde des sceaux, que l'arrêté que vous allez prendre, consacra les modalités issues de nos expérimentations.

Le passage à l'ère du numérique contribue en outre à faciliter un fonctionnement moins opaque. Ainsi, les parties au pourvoi en cassation, qui le souhaitent, disposent d'un accès direct en ligne aux informations les concernant. Tout un chacun peut consulter l'ensemble de nos arrêts sur le site Légifrance.

L'amélioration de l'accueil et de l'orientation des usagers est devenue une priorité. Ils doivent être mieux informés de leurs droits pour pouvoir plus utilement les faire valoir. La nouvelle architecture des palais de justice traduit, à sa manière, cette volonté de transparence et d'accessibilité.

Les garanties d'un procès équitable, notamment en matière pénale, ont été renforcées. Le nombre des affaires traitées a grossi. Pour autant, les délais de jugement se sont réduits. En moyenne, devant notre Cour, un pourvoi est jugé, en matière pénale, en cinq mois, et, en matière civile, en un an, dont il faudrait décompter le semestre qu'au total, le code de procédure laisse aux parties pour déposer leurs mémoires. Cette performance nous place en tête en Europe.

Qu'on ne se méprenne pas. Je ne dis pas que tout va pour le mieux au sein de la justice française. Bien des améliorations sont possibles et nécessaires. Mais nous n'avons pas à rougir de nos résultats confrontés avec ceux obtenus, à l'aide de moyens souvent supérieurs, dans d'autres pays comparables au nôtre.

Mesurons les efforts accomplis. Restituons à notre justice son vrai visage.

Montrons la telle qu'elle est : ni distante ni désincarnée, active, s'attachant, en dépit des incompréhensions et des difficultés, à relier le passé au présent dans la perspective de l'avenir.

Si son image est tributaire des habitudes et des *a priori*, elle dépend d'abord de la sensibilité de l'œil qui la voit.

Puisse donc 2013 être l'année d'un regard plus lucide porté sur elle.

À ce souhait fervent, il m'est agréable d'ajouter les meilleurs vœux que la Cour présente à chacun d'entre vous.

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 18 janvier 2013, par :

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

Monsieur le Président de la République.

Le parquet général tout entier, mais aussi la magistrature toute entière, vient, par ma voix, se joindre à celle de Monsieur le Premier président, pour vous témoigner de l'honneur qu'ils ressentent au témoignage de considération que votre présence à notre audience signifie au plus haut degré.

Monsieur le Président du Sénat,

Monsieur le Président de l'Assemblée nationale,

Madame la Garde des sceaux,

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,

Monsieur le Vice-président du Conseil d'État,

Monsieur le Défenseur des droits,

Monsieur le Premier président de la Cour des comptes et Monsieur le Procureur général,

Monsieur le Grand Chancelier de la Légion d'honneur,

Messieurs les Ambassadeurs,

Monsieur le Procureur général d'Espagne Eduardo Torres-Dulce Lifante,

Mesdames et Messieurs les Chefs de cours et de juridictions,

Monsieur le Président de l'Ordre des avocats aux Conseils,

Mesdames et Messieurs les Membres de l'Ordre,

Mesdames et Messieurs,

Paul Valéry avançait l'idée que, je cite, « l'humanité souffre de deux grands maux : la tradition et le progrès ».

Et si la justice offrait la preuve paradoxale que, de ces contraires, peut naître une alchimie cohérente ?

Les cérémonies judiciaires qui marquent l'avènement d'une nouvelle année d'activité des juridictions sont souvent l'occasion de grands élans rhétoriques convenus puisant tantôt au registre de l'exaltation, tantôt à celui de la plainte.

Par ses missions, notre justice mérite l'exaltation, au sens pascalien de ce terme : gardienne de la paix civile, rempart contre les injustices nées du déséquilibre des situations

et des cultures, ultime recours là où d'autres institutions ont échoué, elle est cet arbitre où vient se réfugier la quête du droit.

Il n'est sans doute pas opportun, aujourd'hui, d'emprunter au registre de la plainte mais il convient néanmoins que puisse s'exprimer l'inquiétude.

Les difficultés financières majeures du moment imposent évidemment des efforts importants en matière budgétaire, propres à rétablir les équilibres essentiels, et les magistrats et fonctionnaires de justice en sont conscients.

Mais se pose de façon non moins prégnante la question de la capacité de l'institution à laisser encore longtemps entendre qu'elle peut continuer à assumer convenablement l'ensemble des compétences toujours plus nombreuses qui lui sont assignées.

« La justice n'est pas une administration comme les autres, confrontée aux défis de la modernité, elle a pour fin ultime la Justice, c'est-à-dire une valeur » nous enseigne le professeur Loïc Cadet.

Je pourrais donc céder aux lois du genre et alterner, dans ce même discours, l'un et l'autre de ces deux registres, hélas habituels, selon un ordre binaire cher à nos professeurs des facultés de droit.

Mais la présence du Président de la République, votre présence Monsieur le Président, qui témoigne ainsi, alors que votre mandat n'a que quelques mois, de votre attachement à l'institution judiciaire et à votre rôle constitutionnel de garant de son indépendance, interdit, sans doute, de redire ce qui l'a été de très nombreuses fois et que vous connaissez déjà bien sûr.

Premier magistrat de la République, ancien magistrat de la Cour des comptes, ancien avocat au barreau de Paris, les choses de justice sont loin de vous être étrangères.

Permettez cependant que je vous dise quelques mots des femmes et des hommes qui, à mes côtés, œuvrent au sein du parquet général de la Cour de cassation.

Si l'appellation de parquet général a valu bien des vicissitudes à cette institution mal connue, les membres de notre parquet général, parquet, faut-il le rappeler, totalement étranger à la hiérarchie du ministère public et jouissant d'une totale et réelle indépendance, n'ont pour boussole que la loi dans son application à une société vivante, apportant aux membres du siège de notre Cour, le regard croisé d'un autre magistrat impartial, regard nourri de sa conscience du droit, de son interrogation sur la pertinence et l'actualité de son application concrète et des échos sur les attentes légitimes de la société civile, que lui fournissent ses consultations des acteurs essentiels des débats soumis à la Cour.

Nulle activité de représentation d'un quelconque intérêt autre que celui, supérieur, de la justice, nulle soumission à un autre pouvoir que celui de l'application claire et intelligible de la norme, ils sont, ces premiers avocats généraux, avocats généraux et avocats généraux référendaires, l'exemple vivant d'une justice indépendante, riche d'expériences souvent uniques acquises au gré de carrières remarquables.

En ce jour anniversaire de la naissance de Montesquieu, ils méritaient cet hommage public auquel je crois pouvoir associer votre chancellerie, Madame la Ministre, qui, en faisant appel à certains des membres de ce parquet général pour participer à des missions de réflexion ou d'évaluation, a su reconnaître ces savoirs et ces talents.

À la place qui est la sienne au sein du ministère public, il revient, par ailleurs, au procureur général près cette Cour d'être un des ambassadeurs des magistrats du parquet pour rappeler, ici, combien, membres à part entière de l'autorité judiciaire, ils participent à l'œuvre de justice.

Je ne saurais donc, en votre présence, Monsieur le Président de la République, rester taisant sur la condition de notre ministère public, que l'on dit désormais «à la française».

Composé de magistrats à part entière tenus aux mêmes règles déontologiques et à la même éthique que leurs collègues du siège dont ils partagent le serment, le ministère public français ne peut se réduire au concept vague de partie poursuivante où certains aimeraient tant le voir enfermé.

Investi du pouvoir de décider de l'opportunité même des poursuites, premier outil d'élaboration d'une réaction sociale adaptée à la personnalité de l'auteur et proportionnelle à la gravité des faits, régulateur essentiel de l'activité judiciaire par le choix des modes de cette réponse sociale, garant des équilibres si délicats entre nécessités de l'ordre public et libertés individuelles, mais aussi défenseur de l'ordre public dans les affaires civiles, sociales ou commerciales, il ne peut être, compte tenu de ces missions essentielles, cantonné dans le rôle, certes noble, d'avocat de la poursuite.

Directeur des investigations dans le cadre de la majorité des enquêtes pénales, ambassadeur de l'autorité judiciaire dans la Cité, les magistrats du ministère public doivent faire preuve d'une impartialité et d'une neutralité absolues dans ce rôle digne d'une déesse judiciaire dont chacun des bras serait porteur d'une mission singulière, qui toutes n'ont pour finalité que l'intérêt général, le respect des principes fondamentaux de notre démocratie et le bien de la justice.

C'est pour cela que les membres de notre parquet «à la française» ne peuvent être que des magistrats et il serait temps de mettre fin à cette vieille antienne, aussi simplificatrice qu'indigne d'un État de droit, qui est d'imaginer qu'il y a, dans ce pays, une partie de la magistrature dont le rôle et le statut sont bien peu compatibles avec cet État.

Dans sa perception du ministère public, notre société, dans nombre de ses composantes, ressemble à ces hommes enchaînés au fond de la caverne de Platon qui ne connaissent d'eux-mêmes et de ce qui les entoure, que les ombres projetées sur les parois obscures par une source lumineuse à laquelle ils n'ont pas directement accès.

Quand aurons-nous la chance de voir se répandre la lumière de la réalité socratique due à notre ministère public et s'éteindre le mythe de l'ombre prisonnière des idées reçues?

Sans doute, les interrogations qui ont entouré le processus de nomination des magistrats du ministère public ont longtemps contribué à brouiller l'image de ce dernier.

Des progrès notables ont, nous le savons, été accomplis notamment avec la réforme du Conseil supérieur de la magistrature, ce Conseil qui vous assiste Monsieur le Président de la République, dans la garantie de l'indépendance de l'autorité judiciaire que vous confie l'article 64 de notre Constitution, comme je le rappelais à l'orée de ce propos.

Depuis le 3 février 2011, date d'entrée en vigueur de la réforme issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et de la loi organique du 22 juillet 2010, c'est la nomination de l'ensemble des magistrats du ministère public, quel qu'en soit le grade, qui

est désormais soumise à l'avis du Conseil dans sa formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

Certes ces avis ne sont pas, *de jure*, contraignants pour l'autorité de nomination mais Madame la Garde des sceaux, comme certains de ses prédécesseurs, a solennellement affirmé qu'elle ne passerait pas outre les avis défavorables à ses propositions émis par le Conseil, engagement annoncé comme devant figurer, à terme, dans la loi.

À l'écoute du Conseil supérieur de la magistrature, Madame la Ministre de la justice a permis une avancée significative dans la nécessaire transparence qui doit présider à la nomination des magistrats du parquet, surtout aux niveaux des plus hautes responsabilités : désormais l'ensemble des propositions de nomination des membres du ministère public fait l'objet d'une publication comprenant outre la personne proposée par l'autorité de nomination, l'ensemble des candidats à ces fonctions.

Cela est de nature à faire taire partiellement fantasmes et suspicions toujours vivants.

Mais, des réformes à venir du Conseil supérieur de la magistrature sont annoncées.

Parité ou imparité des membres, pouvoir de proposition pour l'ensemble des postes de responsabilité du siège comme du parquet, unicité ou pluralité des formations, capacité d'initiative de la formation plénière dans la formulation d'avis sur les réformes utiles et le fonctionnement de la justice..., les champs de réflexion et de progrès ne manquent pas.

Mais je voudrais dire, à cet instant précis, que quelles que soient les nécessités de modifier la composition ou les compétences du Conseil supérieur de la magistrature, les membres des formations actuelles de ce Conseil, et pour celle que je connais davantage, les membres de la formation du Conseil compétente pour les magistrats du parquet, assument leur mission avec un sens aigu de leurs responsabilités dans le respect d'une déontologie au-dessus de toute critique avec un sentiment commun d'appartenance, magistrats et non magistrats, à une institution essentielle à notre démocratie.

Pour Georges Bernanos « l'avenir est quelque chose qui se surmonte. On ne subit pas l'avenir, on le fait » et c'est pourquoi les membres du Conseil sont disposés à participer activement aux réflexions engagées sur les réformes envisagées, des groupes de travail sur différents axes de réformes ayant très vite été constitués à la fin de l'été 2012.

Mais, s'il faut réformer, empruntons la devise de Pierre de Coubertin « plus vite, plus haut, plus fort, plus loin ».

Et puisqu'il est question d'avenir, hissons-nous au-delà des frontières de notre Hexagone et envisageons un autre futur, celui qui porte le nom de parquet européen.

En effet, nous sommes, aujourd'hui, à un point cardinal de la construction d'une Europe judiciaire apte à faire face aux grands défis de la criminalité de nos temps qui a tant su, et depuis longtemps, profiter des libertés qu'offre notre Europe recomposée.

Le constat est ancien : les États de l'Union européenne ont, dans un premier temps, celui du troisième pilier, vu, en matière judiciaire, l'espace nouveau comme celui de la coopération dont l'efficacité et l'opérationnalité se sont renforcées au fil du temps tout en continuant à s'ancrer dans une logique régaliennne caractérisée par le morcellement et une vision classique d'un droit pénal et d'une procédure pénale relevant de la souveraineté de chacun.

Certes, les instruments d'harmonisation porteurs de confiance mutuelle, se sont multipliés de Maastricht à Lisbonne en passant par Amsterdam sans oublier le Conseil européen de Tempéré.

Bien sûr, la création d'Eurojust, incomparable outil de coopération et de coordination entre les 27 États de l'Union, a, en s'imposant comme maillon essentiel de la lutte contre le terrorisme et la criminalité transfrontières, projeté nos différents systèmes judiciaires dans la réalité européenne.

Mais, pour essentielles que soient ces constructions nouvelles, il semblait à beaucoup que, pour lutter contre une délinquance qui a aboli les découpages sophistiqués de notre géographie ancienne, pour utiliser au mieux les instruments de lutte de plus en plus complexes, notamment en matière de violation des intérêts financiers de l'Union, où, il faut le dire, les succès sont confidentiels, et pour dépasser les limites du cadre contraint de la coopération, il fallait franchir un pas supplémentaire par la création d'une sorte de ministère public européen.

Très tôt, des contributions dont se sont partiellement inspirés les traités que j'ai cités, ont abordé la nécessité de ce parquet européen et, l'idée de l'instauration d'une telle institution a progressé grâce à l'apport essentiel de divers travaux menés, à partir de 1997, tels ceux sur le « *Corpus Juris* » conduits par le groupe d'experts dirigé par Madame le Professeur Delmas-Marty, tel, en 2001, le livre vert élaboré par la Commission européenne, tel le colloque organisé ici même en 2008 sur ce thème, telle la création d'un Réseau européen des procureurs généraux de Cours suprêmes et encore, plus récemment, les rapports établis par le Conseil d'État sur le parquet européen en 2011 et celui, en 2012, de Madame le Sénateur Sophie Joissains au nom de la Commission des affaires européennes du Sénat intitulé : « Vers un parquet européen ».

Car c'est bien désormais d'une direction et non plus d'une hypothèse dont s'agit.

Nous le savons, une étape considérable a été franchie avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

Les dispositions de l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoient en effet, je cite : « Pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer un parquet européen à partir d'Eurojust. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

Ce texte dispose encore qu'à défaut d'unanimité, neuf États au moins, pourront dans le cadre d'une coopération renforcée, décider d'établir un tel parquet lequel sera compétent « pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement » les auteurs des infractions relevant de sa compétence, celle-ci étant limitée, dans un premier temps, à la violation délictuelle des intérêts financiers de l'Union et pouvant être étendue ultérieurement à la lutte contre la criminalité organisée transfrontière.

Ces dispositions font basculer, en avons-nous pleinement conscience, notre espace judiciaire européen d'un monde des relations de coopération entre autorités judiciaires, à celui de la conduite d'une action publique européenne par un organe unique qui devra, bien sûr, s'appuyer, pour relayer son action, sur chacun des ministères publics nationaux.

Une remarque s'impose d'emblée, les compétences que le Traité confie au parquet européen, soit, je le rappelle, rechercher, poursuivre et déférer au juge, sont celles d'un ministère public continental plutôt que celles confiées traditionnellement à la partie poursuivante dans le modèle anglo-saxon.

C'est donc dès la phase essentielle de la décision initiale de procéder à des investigations et, celle, subséquente, de la direction de ces dernières, que ce parquet européen sera appelé, en amont, à intervenir, « à la française » oserais-je dire.

Dès lors que ces missions essentielles lui sont confiées, cette structure nouvelle doit s'affirmer d'essence judiciaire et le statut de ses membres doit clairement faire apparaître une totale indépendance à l'égard de l'exécutif européen ainsi qu'à l'égard de celui des États membres, aussi bien au niveau statutaire qu'au plan budgétaire et financier.

Une telle exigence d'indépendance, communément admise comme une évidence pour le parquet européen, ne devrait-elle pas rejaillir sur le statut des ministères publics nationaux, et par exemple sur celui du parquet français, appelés, pour certains, à être éventuellement, au niveau de chaque État, des délégués ou des substituts, au sens statutaire de ce terme, du parquet européen ?

Les dispositions du Traité évoquent un parquet européen et non un procureur européen.

Ce n'est sans doute pas une approximation mais ce choix éclaire sans doute ce que seront, peut-être, les premiers pas de ce parquet européen.

Si, comme nous l'avons déjà dit, la souveraineté des États en matière répressive cède peu à peu devant les compétences nouvelles des institutions de l'Union européenne et les arrêts fédérateurs de la Cour de justice de l'Union et de la Cour européenne des droits de l'homme, sans doute le choix d'un parquet composé d'un collègue des représentants des États participant à la mise en œuvre des dispositions de l'article 86 du Traité s'imposera, dans un premier temps, pour tester et organiser une institution dont la création pourrait effrayer certains.

Mais il apparaîtra très vite la nécessité d'avoir une incarnation de ce parquet et, quel que soit le choix du mode de désignation de la personnalité destinée à remplir ce rôle, au terme d'un processus de nomination ou par élection au sein du collège par exemple, elle ne sera pas le président de ce collège mais sera identifiée comme « le » procureur européen.

L'image d'un procureur européen semble d'ailleurs conforme au concept d'un parquet qui, organe d'investigations et de poursuites, devra s'organiser autour d'une hiérarchie et d'une indivisibilité.

Il est intéressant de constater que les juridictions internationales ont, de leur côté, adopté le concept de procureur plutôt que celui de parquet.

Mais, quoi qu'il en soit, et de manière évidente, l'existence de représentants du parquet européen au sein des ministères publics nationaux, et intégrés à ces derniers, devra s'imposer comme garant d'une meilleure efficacité par la prise en compte des particularismes de chacun des systèmes en présence.

Les sujets qui devront être réglés sont nombreux : harmonisation des infractions réprimant l'atteinte aux intérêts financiers de l'Union, socle processuel minimal sur

les garanties et les droits fondamentaux ainsi que sur la délicate question de l'admissibilité des modes de preuves, nature des recours juridictionnels susceptibles d'être formés contre les décisions du parquet européen, notamment en matière de décisions de renvoi en jugement, élaboration de critères objectifs de choix de la juridiction de jugement nationale compétente, sort des infractions connexes au socle de compétence, etc.

Enfin, l'existence d'un parquet européen, quels que soient ses liens organiques avec Eurojust, n'atteint en rien les missions désormais traditionnelles de cette agence européenne dans le domaine de la coopération et de la coordination d'une part avec les États qui ne souhaiteront pas participer à la création de ce parquet et, d'autre part, évidemment, pour maintenir l'efficacité de la lutte contre tous les phénomènes criminels étrangers à la compétence de ce dernier.

Nous le voyons, le monde des juges et des procureurs cernés par leurs frontières nationales s'éteint et naît enfin, sous nos yeux, le monde d'une justice à l'échelle de l'Europe.

En guise de conclusion, j'aimerais, qu'en matière de justice, nous fassions nôtre cette exhortation de Victor Hugo :

«Allez tous à la découverte. Où sont les terres promises ? La civilisation veut marcher ; essayons les théories, les systèmes, les améliorations, les inventions, les progrès jusqu'à ce que chaussure à ce pied soit trouvée. L'essai ne coûte rien ; ou coûte peu... Mais avant tout, et surtout, prodiguons la lumière. Tout assainissement commence par une large ouverture des fenêtres. Ouvrons les intelligences toutes grandes. Aérons les âmes.¹ »

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.

1. In *William Shakespeare*.

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 18 janvier 2013, par :

**Monsieur François Hollande,
Président de la République**

Madame la Garde des sceaux,
Monsieur le Premier président,
Monsieur le Procureur général,
Mesdames et Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Je vous remercie, Monsieur le Premier président, Monsieur le Procureur général, pour les paroles que vous venez de prononcer. Je suis très sensible à la confiance et à l'exigence qu'elles expriment. Je veux y répondre.

D'abord, en saluant les représentants de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union, les présidents de l'Association des hautes juridictions de cassation et celui du Réseau des Cours suprêmes africaines. Leur présence témoigne de la solidité des liens qui unissent ces hautes juridictions. Elle nous rappelle que la justice doit se concevoir aussi au-delà des frontières de chacun de nos États.

Dans la période très particulière que nous traversons, alors que nos soldats luttent, au Mali, pour la liberté d'un peuple ami et pour la défense de valeurs universelles, l'idée même de justice internationale prend tout son sens. C'est, dans une large mesure, une idée française. Notre pays, avec d'autres, en a porté le projet, il contribue à son financement et il en défend inlassablement le principe. Je me réjouis notamment de la coopération exemplaire de la France avec la Cour pénale internationale. Nous continuerons à la soutenir en dépit des critiques de ceux qui trouvent qu'elle va trop loin et de ceux qui considèrent qu'elle ne va pas assez vite. Elle doit encore faire face à de nombreux défis, notamment pour réduire ses délais de jugement. Mais elle est aussi l'arme du droit contre les dictatures.

Je tiens aujourd'hui par ma présence à exprimer **la reconnaissance de la République à la Cour de cassation**. Depuis la Révolution, vous êtes l'ultime instance de la justice judiciaire, le dernier tribunal – et donc le premier.

À travers vous, c'est à l'ensemble de la magistrature française que je m'adresse.

L'efficacité de la justice est une condition du vivre ensemble, et l'institution chargée de l'incarner doit être défendue dans son autorité.

Cette légitimité est, dans notre pays, garantie par la séparation des pouvoirs : « Tout serait perdu, écrivait Montesquieu, si le même homme, ou le même corps, exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers ».

Il n'y a pas de justice sans indépendance des juges. Il ne suffit pas d'être une femme ou un homme libre pour rendre la justice. Il faut apparaître comme tel aux yeux de tous.

C'est ma responsabilité. La Constitution m'en confère la charge. J'entends l'assumer pleinement. **Le Président de la République est le garant de l'indépendance de la justice.**

Il est assisté dans cette tâche par le Conseil supérieur de la magistrature.

Le Conseil supérieur de la magistrature, cette «institution gardienne» a déjà fait l'objet de plusieurs réformes. La dernière en date visait à «raffermir l'autorité judiciaire». Il est nécessaire aujourd'hui d'aller au-delà, vers plus d'indépendance encore.

Des consultations sont en cours à cette fin. La Garde des sceaux a reçu les membres du Conseil, les organisations syndicales de magistrats, les présidents des assemblées parlementaires. La réforme du Conseil supérieur de la magistrature figurera dans le projet de loi constitutionnelle qui sera présenté ce printemps, pour être examiné avant l'été par le Parlement réuni en Congrès.

Elle permettra trois évolutions majeures.

La première concernera la composition du Conseil supérieur de la magistrature, qui comprendra davantage de magistrats que de personnalités extérieures à la magistrature, conformément aux règles en usage dans les autres démocraties européennes.

Le deuxième enjeu de la réforme portera sur le mode de nomination des membres du Conseil supérieur de la magistrature. Les personnalités extérieures seront proposées par un collège indépendant et non plus par le pouvoir politique. Et les commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat devront approuver leur désignation aux trois cinquièmes. Cette étape permettra de lever le soupçon sur l'intervention du pouvoir exécutif dans les nominations et le déroulement des carrières des magistrats.

Enfin, les compétences du Conseil supérieur de la magistrature seront étendues. Son avis conforme sera requis pour toutes les nominations des magistrats du Parquet. En toute transparence.

Car l'indépendance de la justice passe par la transparence. Celle des nominations, celle des carrières, mais aussi celle des conditions de son exercice.

Cette transparence, la Garde des sceaux l'a faite dès le mois de juillet pour toutes les nominations aux fonctions d'inspecteur général des services judiciaires, de magistrat du parquet général de la Cour de cassation, de procureur général près une cour d'appel. Les Français peuvent ainsi avoir l'assurance que les magistrats ne sont pas nommés par la faveur. La loi confirmera, dans les mois qui viennent, cette évolution importante.

Entendons-nous bien. Une justice indépendante, ce n'est pas une justice sans lien avec l'État.

La politique pénale est définie par le gouvernement. Elle continuera de l'être. Des instructions générales seront adressées aux parquets généraux pour leur exécution. L'exécution de cette politique pénale par un ministère public «à la française», selon l'expression que vous avez employée, Monsieur le procureur général, est un gage d'efficacité. C'est, pour la justice, un élément d'unité, une exigence de rigueur, et une garantie d'impartialité.

Devant la loi, les citoyens doivent savoir qu'ils sont égaux, et qu'aucune distinction, aucune hiérarchie ne peut être établie entre eux.

Pour que chacun en soit bien sûr, ni la Garde des sceaux pas plus qu'aucun membre du gouvernement ne donnera d'instructions individuelles. La circulaire du 19 septembre, dont j'ai tenu à ce qu'elle soit communiquée en Conseil des ministres, a réaffirmé ce principe. La pratique instaurée par cette circulaire sera inscrite dans la loi avant l'été.

Mais l'indépendance de la justice n'est pas seulement un devoir du pouvoir exécutif. Elle est une obligation pour le juge. Elle est en chacun de vous. Elle repose sur une culture. Un sens élevé de la fonction exercée. Certes, les magistrats doivent pouvoir disposer des libertés dont ils sont les garants, notamment celle de s'exprimer et de faire connaître leurs opinions. Mais dans les limites fixées par la loi.

L'indépendance, c'est aussi une affaire de moyens.

Le budget de la justice pour 2013 est en hausse de plus de 4 %. Dans un contexte où des efforts sont demandés à toutes les administrations, c'est le signe le plus évident que la justice constitue une priorité.

Ce budget rehaussé est au service de **trois objectifs principaux : la justice des mineurs, l'exécution des peines, et enfin la justice de proximité.**

D'abord, **la jeunesse.** Une loi, qui sera soumise au Parlement au cours de l'année 2013, clarifiera et simplifiera l'ordonnance de 1945, autour de quelques principes.

Le premier, c'est la nécessaire **spécialisation de la justice des mineurs.** Le rôle du juge des enfants sera consolidé. Le tribunal correctionnel pour mineurs sera supprimé.

Le deuxième principe, c'est la nécessaire **modernisation de la procédure.** Celle-ci doit permettre d'une part au juge des enfants, ou au tribunal pour enfants, de se prononcer rapidement sur la culpabilité du mineur qui lui est présenté – avec, le cas échéant, un droit immédiat à la réparation pour les victimes. Le cadre procédural doit permettre de statuer sur la peine la mieux adaptée. Ainsi seront conciliés les intérêts de la société, de la victime et du mineur.

Car la réinsertion est un impératif pour éviter la récidive. Le nombre des centres éducatifs fermés sera doublé, mais je tiens à assurer la diversité des solutions offertes aux juges des enfants : familles d'accueil, foyers éducatifs, centres éducatifs renforcés – tout doit être fait pour permettre une réponse individualisée et efficace à chaque situation.

Le deuxième des grands enjeux auxquels seront affectés les nouveaux moyens dégagés pour la justice, **c'est l'exécution des peines.**

Certains automatismes, certaines habitudes sans doute, certaines dérives peut-être, ont conduit à un phénomène dont nous sommes tous les témoins : **l'engorgement des prisons. Qui s'ajoute souvent à leur délabrement.** La situation du centre pénitentiaire des Baumettes et de la prison de Nouméa constitue une honte pour la République. Je demande que le programme de modernisation et d'humanisation des prisons engagé par la Garde des sceaux soit poursuivi, et qu'il soit, même, accéléré. Nous devons rétablir la dignité, la sécurité, la salubrité, dans tous nos établissements pénitentiaires.

Ce qui suppose de remédier à leur surpopulation, qui a deux principales causes.

L'insuffisant recours à l'aménagement des peines. Une « conférence de consensus » a été réunie sur ce sujet par la Garde des sceaux. Je respecterai ses conclusions mais je souhaite d'ores et déjà que soit mise en place une peine de probation et que soit organisé un véritable suivi des condamnés.

Une deuxième cause de la surpopulation carcérale, c'est **l'automatisme des peines**. Je veux rendre aux juges leur rôle véritable, celui d'apprécier une situation toujours singulière. Si cet acte devenait mécanique, il cesserait d'être juste. Et votre fonction cesserait d'être nécessaire. C'est le sens de la réforme des « peines planchers » qui sera engagée dans les prochains mois.

Dernière priorité que je souhaitais évoquer devant vous : la justice de proximité.

La justice de tous les jours, celle qui est familière à nos compatriotes, et qui est pour eux le visage même du droit, doit évoluer. Je prendrai un exemple, auquel j'attache une grande importance : les juridictions sociales. Quelque 250 000 personnes font appel à elles chaque année. Cette justice de l'aide sociale, du handicap, des pensions, des allocations familiales, doit être plus simple, plus accessible. L'ensemble de ces contentieux sera regroupé en une seule juridiction.

Notre organisation judiciaire, qui aurait dû être préalable à la réforme de la carte judiciaire doit elle-même être plus attentive aux situations de nos concitoyens qui ont besoin du juge pour régler une difficulté familiale, le paiement d'un loyer ou le placement d'un parent âgé sous un régime de protection.

Une juridiction de première instance sera donc instituée. Elle regroupera tous les contentieux du quotidien : litiges liés à la consommation, au crédit, au logement, à la dépendance mais aussi et surtout à la famille – je pense en particulier aux procédures de divorce ou de séparation.

Le mode de saisine de cette juridiction sera facilité. L'accueil sera mutualisé. Les procédures de conciliation et de médiation seront encouragées : je sais qu'un grand nombre de magistrats et d'avocats sont favorables à ce mode de résolution des conflits.

Tous les Français, où qu'ils habitent, devront pouvoir accéder équitablement à la justice. Des chambres détachées de ces tribunaux de première instance pourront être appelées dans des lieux où la présence du service public de la justice doit se manifester davantage. D'autres structures devront être renforcées, notamment les maisons de la justice et du droit et les centres départementaux d'accès au droit.

Ce n'est pas simplement une affaire de juges. Les avocats, les notaires, les huissiers sont attachés au développement de la justice de proximité. Ils seront étroitement associés à sa mise en œuvre.

Car l'institution judiciaire doit être modernisée, notamment à travers **deux programmes prioritaires – le premier pour l'informatique, le second pour l'immobilier**.

Je sais en particulier les difficultés que le tribunal de grande instance de Paris connaît en raison de ses installations devenues inadaptées. Je vous confirme que les travaux de construction du nouveau tribunal de grande instance commenceront en 2013, et que les locaux, aux Batignolles, ouvriront en 2017.

J'entends rétablir, dans notre pays, la confiance à l'égard de l'institution judiciaire.

Elle exige que les pouvoirs ne soient pas dressés les uns contre les autres : l'exécutif, le législatif, le judiciaire.

Je sais combien cette défiance a été douloureusement vécue par les magistrats, qui ont ressenti comme autant de blessures l'accumulation des soupçons et l'enchaînement des mises en cause à l'occasion de certains faits divers dramatiques.

Là encore, je travaillerai à l'apaisement en me fondant sur une idée simple : le gouvernement, le législateur et le juge participent, chacun à la place qui est la sienne, à l'expression de la volonté populaire. Le juge n'a pas d'autre devoir que d'appliquer la loi votée par les représentants du peuple. Mais, dans toute la mesure où l'exercice de ce devoir engage sa conscience et lui impose l'obligation d'interpréter les textes, il est un gardien de la loi.

Mais une autre défiance doit être levée : je parle de celle des citoyens à l'égard de la justice.

Vous n'en ignorez pas l'une des principales raisons : l'accusation de lenteur. Nos concitoyens ont parfois le sentiment que le temps de la justice n'est pas celui des hommes. Le pouvoir de juger, de dire le droit, de décider de la liberté d'une personne, le plus grand de tous. Pour être accepté, il doit être exercé avec célérité. C'est d'abord, là encore, affaire d'effectifs et de moyens. Je sais que la Garde des sceaux y accorde toute l'attention nécessaire.

L'idée que le magistrat se fait de lui-même, l'idée que les justiciables se font de la justice, c'est aussi votre responsabilité. La Cour de cassation construit l'unité de l'interprétation du droit. Elle contribue au dialogue des juges, dont la question prioritaire de constitutionnalité est venue renforcer le principe. Elle est aussi garante des libertés fondamentales. Elle l'a prouvé, en 2012, à plusieurs reprises, avec des arrêts qui ont une portée exceptionnelle : je pense à la reconnaissance du préjudice écologique dans la catastrophe de l'Erika.

La cohésion de notre pays est notre bien le plus précieux. La Justice, par son indépendance comme par le respect qu'elle inspire chez nos concitoyens, est un de ses fondements. C'est pourquoi j'exprime à l'institution judiciaire ma confiance et ma gratitude à l'égard des magistrats.

Je vous remercie.





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 du directeur des affaires civiles et du sceau, s'est réuni le 28 janvier 2013 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

Droit des assurances

Modification de l'article L. 114-2 du code des assurances

À dix reprises depuis 1990¹, les *Rapports annuels* ont soulevé la question de la suspension du délai de prescription pendant la durée des pourparlers avec l'assureur. La difficulté tient au fait que, dès lors que des pourparlers s'engagent avec l'assureur, ou qu'est mise en œuvre une procédure de médiation dans des conditions prévues au contrat, l'assuré ne peut concevoir que la prescription puisse courir pendant qu'ils se déroulent ; aussi, les assurés n'utilisent pas la procédure d'interruption de la prescription par lettre recommandée avec accusé de réception. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a suggéré, dès 1990, qu'il soit précisé par la loi que l'existence de pourparlers entre l'assureur et l'assuré ou l'ouverture d'une proposition de médiation suspendent la prescription aussi longtemps qu'ils durent.

Il était relevé dans le *Rapport 2008* que l'article 2238 du code civil, modifié par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, n'avait pas envisagé l'hypothèse où les parties, sans recourir formellement à une procédure de médiation ou de conciliation, entament des pourparlers. Aussi était-il toujours proposé de modifier ainsi qu'il suit la rédaction de l'article L. 114-2 du code des assurances :

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

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

1. *Rapport 1990*, p. 17 ; *Rapport 1996*, p. 21 ; *Rapport 1997*, p. 11 ; *Rapport 2001*, p. 17 ; *Rapport 2002*, p. 14 ; *Rapport 2007*, p. 9 ; *Rapport 2008*, p. 9 ; *Rapport 2009*, p. 9 ; *Rapport 2010*, p. 9 ; *Rapport 2011*, p. 9.

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

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

Procédure civile

Proposition relative à l'article 600 du code de procédure civile

Le *Rapport 2011*² a suggéré la mise en place d'une procédure, en matière de révision, permettant d'éviter que le demandeur au pourvoi obtienne la censure de la décision déferée au seul motif d'un défaut de communication.

L'article 8 du décret n° 2012-1515 du 28 décembre 2012 portant diverses dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire a modifié l'article 600 comme suit :

«Le recours en révision est communiqué au ministère public.

Lorsque le recours en révision est formé par citation, cette communication est faite par le demandeur auquel il incombe, à peine d'irrecevabilité de son recours, de dénoncer cette citation au ministère public».

Modification de l'article 424 du code de procédure civile

Il a été proposé, dans les *Rapports 2004, 2010, 2011*³, 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.

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

Droit de la construction

Abrogation de l'article 1792-4 du code civil

La suggestion, plusieurs fois formulée⁴ 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) sera évoquée à l'occasion de travaux législatifs en cours avec le ministère en charge du logement.

2. *Rapport 2011*, p. 28.

3. *Rapport 2004*, p. 14, *Rapport 2010*, p. 10, *Rapport 2011*, p. 10.

4. *Rapport 2007*, p. 17 ; *Rapport 2008*, p. 12 ; *Rapport 2009*, p. 12 ; *Rapport 2010*, p. 11 ; *Rapport 2011*, p. 11.

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

Le *Rapport* 2011⁵ a 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.

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

Expropriation

Modification de l'article R. 12-5-1 du code de l'expropriation

Le *Rapport* 2011⁶ a 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.

Le directeur des affaires civiles et du sceau se déclare favorable à cette proposition qui pourrait être satisfaite à l'occasion d'une nouvelle codification du droit de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

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 et 2011⁷ 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.

5. *Rapport* 2011, p. 29.

6. *Rapport* 2011, p. 31.

7. *Rapport* 2007, p. 17 ; *Rapport* 2008, p. 12 ; *Rapport* 2009, p. 12 ; *Rapport* 2010, p. 11 ; *Rapport* 2011, p. 11.

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

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

Copropriété

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

Les *Rapports* 2009, 2010 et 2011⁸ 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 proposition n'a pas été suivie d'effet.

Actions possessoires

Les *Rapports* 2009, 2010 et 2011⁹ relevaient que les propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens incluaient notamment la 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 proposition, sur laquelle l'attention de la chancellerie a été spécialement appelée à nouveau, n'a pas été suivie d'effet.

Contrat de travail

Protection des conseillers prud'hommes

Il a été suggéré à cinq reprises¹⁰ dans les *Rapports annuels* de modifier les dispositions de l'article L. 514-2 du code du travail (désormais L. 1442-19) pour clarifier la durée de la protection du conseiller prud'hommes salarié et préciser les conséquences d'un licenciement prononcé en méconnaissance de son statut.

8. *Rapport* 2009, p. 16 ; *Rapport* 2010, p. 12 ; *Rapport* 2011, p. 12.

9. *Rapport* 2009, p. 17 ; *Rapport* 2010, p. 13 ; *Rapport* 2011, p. 13.

10. *Rapport* 2007, p. 14 ; *Rapport* 2008, p. 12 ; *Rapport* 2009, p. 11 ; *Rapport* 2010, p. 14 ; *Rapport* 2011, p. 14.

Le *Rapport* 2011 précisait que cette modification apparaissait d'autant plus nécessaire que, par trois arrêts rendus le 22 septembre 2010 (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 08-45.227, *Bull.* 2010, V, n° 190; pourvoi n° 09-40.968, *Bull.* 2010, V, n° 191; pourvoi n° 09-41.173, *Bull.* 2010, V, n° 192), la chambre sociale a jugé que la protection des conseillers prud'hommes court à compter de la proclamation des résultats des élections le lendemain du jour du scrutin prévue à l'article D. 1441-162 du code du travail, indépendamment de la publication de la liste des conseillers élus au recueil des actes administratifs de la préfecture du département prévue à l'article D. 1441-164 du code du travail.

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 toujours opportune pour éviter à ce dernier de prononcer, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance du nouveau statut du salarié.

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

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 et 2011¹¹ 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. 212-15-3, III, devenu L. 3121-45 du code du travail, afin de prévoir que l'accord collectif instituant les conventions de forfait en jours 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.

Ces suggestions n'ont pas été suivies d'effet.

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

Les *Rapports* 2009, 2010 et 2011¹² 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.

11. *Rapport* 2008, p. 16; *Rapport* 2010, p. 14; *Rapport* 2011, p. 14.

12. *Rapport* 2009, p. 17; *Rapport* 2010, p. 15; *Rapport* 2011, p. 15.

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.

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

La directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 dispose que « les États membres prévoient que, au cas où il n'y aurait pas dans une entreprise ou un établissement de représentants des travailleurs pour des motifs indépendants de leur volonté, les travailleurs concernés doivent être informés préalablement :

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

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

Les *Rapports* 2009, 2010 et 2011¹³ ont donc souligné la nécessité, pour le droit interne, de se conformer au droit de l'Union européenne.

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

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

Les *Rapports* 2009, 2010 et 2011¹⁴ avaient proposé de modifier l'article L. 3141-3 du code du travail qui n'était plus conforme au droit de l'Union européenne.

L'article 50 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, suivant les propositions de la Cour de cassation, a modifié l'article L. 3141-3 du code du travail comme suit :

« Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur ».

13. *Rapport* 2009, p. 18; *Rapport* 2010, p. 15; *Rapport* 2011, p. 15.

14. *Rapport* 2009, p. 18; *Rapport* 2010, p. 16; *Rapport* 2011, p. 16.

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, 2011¹⁵, 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 ».

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

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

Le *Rapport* 2011¹⁶ avait fait état d'un projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel, alors en cours d'examen, 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 et 2010¹⁷.

La direction des affaires civiles et du sceau avait toutefois indiqué que les organisations syndicales semblaient désormais opposées à l'ouverture de l'appel, craignant qu'il en résulte un allongement des procédures.

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

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

Afin d'unifier le contentieux en la matière, le *Rapport* 2011¹⁸ avait proposé que soit prévu de manière générale dans le code du travail que :

« Art. 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 ».

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

15. *Rapport* 2008, p. 13 ; *Rapport* 2009, p. 12 ; *Rapport* 2010, p. 16 ; *Rapport* 2011, p. 16.

16. *Rapport* 2011, p. 17.

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

18. *Rapport* 2011, p. 32.

Délégués syndicaux supplémentaires

Il était proposé, dans les *Rapports* 2008, 2009, 2010, 2011¹⁹, de modifier l'article L. 2143-4 du code du travail en le complétant par les alinéas suivants :

« Dans le cas où remplissent les conditions visées au 1er alinéa des syndicats ayant constitué une liste commune, le délégué syndical supplémentaire est désigné par commun accord des syndicats ayant présenté des candidats sur la liste commune.

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

L'article 2143-4 du code du travail a été modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives et dispose désormais :

« Dans les entreprises d'au moins cinq cents salariés, tout syndicat représentatif dans l'entreprise peut désigner un délégué syndical supplémentaire s'il a obtenu un ou plusieurs élus dans le collège des ouvriers et employés lors de l'élection du comité d'entreprise et s'il compte au moins un élu dans l'un des deux autres collèges.

Ce délégué supplémentaire est désigné parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ».

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, 2011²⁰, 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 ».

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

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). Il a été suggéré, dans

19. *Rapport* 2008, p. 15 ; *Rapport* 2009, p. 13 ; *Rapport* 2010, p. 17, *Rapport* 2011, p. 18.

20. *Rapport* 2008, p. 16 ; *Rapport* 2009, p. 13 ; *Rapport* 2010, p. 17, *Rapport* 2011, p. 18.

les *Rapports* 2009, 2010, 2011²¹, 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.

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

Les *Rapports* 2009, 2010, 2011²² ont proposé une harmonisation des règles en la matière.

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

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

Les *Rapports* 2010 et 2011²³ 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.

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

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

Le *Rapport* 2011²⁴ a 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.

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

Actes à l'étranger

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

Les *Rapports* 2009, 2010 et 2011²⁵ ont proposé d'affirmer, en droit positif, le principe d'obligation de légalisation des actes de l'état civil étrangers, 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 était, ainsi, d'assurer la

21. *Rapport* 2009, p. 19; *Rapport* 2010, p. 18, *Rapport* 2011, p. 18.

22. *Rapport* 2009, p. 19; *Rapport* 2010, p. 18, *Rapport* 2011, p. 18.

23. *Rapport* 2010, p. 26, *Rapport* 2011, p. 19.

24. *Rapport* 2011, p. 32.

25. *Rapport* 2009, p. 20; *Rapport* 2010, p. 18, *Rapport* 2011, p. 20.

stabilité et la sécurité juridique que requiert un principe comme la légalisation des actes de l'état civil étranger.

Le directeur des affaires civiles et du sceau n'entend pas, faute de support, remettre en cause la législation et dit se satisfaire, en l'état, de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Sécurité sociale

Contentieux de l'incapacité

Les *Rapports* 2010 et 2011²⁶ 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, 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.

Selon le directeur des affaires civiles et du sceau, une réflexion sur les juridictions sociales est en cours à la Chancellerie.

Réparation des conséquences de la faute inexcusable

Il a été proposé, dans les *Rapports* 2010 et 2011²⁷, de modifier ainsi les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale :

«Article unique

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

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

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

26. *Rapport* 2010, p. 19, *Rapport* 2011, p. 20.

27. *Rapport* 2010, p. 19, *Rapport* 2011, p. 21.

Le directeur des affaires civiles et du sceau a fait part des réserves de la direction de la sécurité sociale liées notamment à des considérations financières.

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

Les *Rapports* 2010 et 2011²⁸ 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 ».

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

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

Les *Rapports* 2010 et 2011²⁹ ont suggéré de clarifier les dispositions régissant le recouvrement de l'indu en matière de sécurité sociale. Une telle clarification devrait s'inscrire autour de deux principes directeurs. Le premier tendrait à la détermination du champ d'application respectif de chacune des procédures de recouvrement. Le second viserait l'articulation des procédures de contrôle et des procédures de recouvrement de l'indu, s'agissant, en particulier, des règles qui garantissent l'information et le respect du contradictoire et des droits de la défense au bénéfice des usagers du service public. Des dispositions propres aux procédures complexes (tel le recouvrement par les organismes d'assurance maladie des indus auprès des professionnels et établissements de santé à la suite des contrôles opérés par les agences régionales de santé) devraient permettre l'appel en la cause, lors du contentieux de l'indu, de l'organisme qui a procédé au contrôle.

L'article 94 de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011 a modifié les règles de recouvrement des prestations indûment versées selon ce qui suit :

« I. - Le titre V de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations est complété par un article 37-1 ainsi rédigé :

“ Art. 37-1.- Les créances résultant de paiements indus effectués par les personnes publiques en matière de rémunération de leurs agents peuvent être répétées dans un délai de deux années à compter du premier jour du mois suivant celui de la date de mise en paiement du versement erroné, y compris lorsque ces créances ont pour origine une décision créatrice de droits irrégulière devenue définitive.

28. *Rapport* 2010, p. 22, *Rapport* 2011, p. 23.

29. *Rapport* 2010, p. 23, *Rapport* 2011, p. 25.

Toutefois, la répétition des sommes versées n'est pas soumise à ce délai dans le cas de paiements indus résultant soit de l'absence d'information de l'administration par un agent de modifications de sa situation personnelle ou familiale susceptibles d'avoir une incidence sur le montant de sa rémunération, soit de la transmission par un agent d'informations inexactes sur sa situation personnelle ou familiale.

Les deux premiers alinéas ne s'appliquent pas aux paiements ayant pour fondement une décision créatrice de droits prise en application d'une disposition réglementaire ayant fait l'objet d'une annulation contentieuse ou une décision créatrice de droits irrégulière relative à une nomination dans un grade lorsque ces paiements font pour cette raison l'objet d'une procédure de recouvrement".

II. – Le I ne s'applique pas aux paiements faisant l'objet d'instances contentieuses en cours à la date de publication de la présente loi.»

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 et 2011³⁰ 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 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.

30. *Rapport* 2010, p. 24, *Rapport* 2011, p. 26.

B. Suggestions nouvelles

Procédure civile

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 décret³¹, destinée à renforcer l'exécution des décisions de première instance et le droit à l'exécution, cette 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.

Dès sa promulgation, la doctrine s'est interrogée sur de possibles imperfections techniques de l'article 526³², susceptibles d'entraver le droit d'accès au juge d'appel³³. 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 tacite³⁴, l'interruption du délai de péremption ne résulte en principe que d'une démarche accomplie par une partie manifestant la

31. 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, pan. p. 546.

32. Voir B. Lissarrague, R. Perrot, P. Hoonakker, précités, en particulier l'article de ce dernier.

33. 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.

34. 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.

volonté certaine de poursuivre l'instance et de faire progresser l'affaire³⁵. 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'appel³⁶.

C'est pourquoi, devant la Cour de cassation, la jurisprudence a d'abord retenu que la décision de radiation interrompait le délai de péremption³⁷, 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.

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 »³⁸. 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.

Il est 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. Un alignement plus complet de l'article 526 sur les articles 1009-1 à 1009-3 gagnerait également à être examiné.

35. 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.

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

37. 3^e Civ., 20 janvier 1999, pourvoi n° 94-12.652, *Bull.* 1999, III, n° 15.

38. CEDH, 31 mars 2011, *Chattelier c. France*, requête n° 34658/07; *Procédures* n° 5, mai 2011, comm. 171, par N. Fricero.

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré favorable à cette proposition. En effet, il lui apparaît 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 spécialement de son obligation d'exécuter la décision de première instance. L'effectivité du droit d'appel s'en trouvera renforcée.

Surendettement des particuliers

Il est 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.

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

Le directeur des affaires civiles et du sceau a émis un avis favorable pour le débiteur, lorsque le jugement conclut à l'irrecevabilité de sa demande. La proposition reste à expertiser s'agissant du ou des créanciers, lorsque le jugement prononce la recevabilité (problème de la protection du débiteur pendant l'exercice de cet appel et du pourvoi qui peut suivre ; allongement de la durée de la procédure de traitement de la situation de surendettement du débiteur).

Réparation du préjudice

Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse et 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, il est 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».

Si le directeur des affaires civiles et du sceau ne s'y oppose pas par principe, il note que cette question relève surtout des compétences du Service de l'accès au droit et à la justice et de l'aide aux victimes (SADJAV). En opportunité, 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. Cependant, une extension du texte actuel aurait sans doute des conséquences budgétaires qu'il n'est pas encore possible d'évaluer.

Contentieux électoral

Contribution à l'aide juridique en matière de contentieux des inscriptions sur les listes électorales – Modification de l'article 1635 bis, Q, III, 8°, du code général des impôts

La contribution pour l'aide juridique, instaurée par la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificatives pour 2011, est applicable aux instances introduites à compter du 1^{er} octobre 2011.

Les textes applicables sont les suivants : article 1635 bis du code général des impôts, articles 62 (modifié 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 sur l'aide juridique), 62-1 à 62-5 du code de procédure civile (créés par le même décret).

Sauf bénéfice de l'aide juridictionnelle, le requérant doit justifier du paiement de cette contribution, conformément à l'article 62-4 du code de procédure civile.

La matière du contentieux des inscriptions sur les listes électorales n'est pas exclue de ce dispositif, à l'exception de la dispense légale prévue pour les cas de saisine en application de l'article L. 34 du code électoral.

Il en résulte que le tiers électeur qui saisit le juge pour solliciter ou contester l'inscription d'un électeur sur la liste électorale de sa commune est tenu, sauf s'il bénéficie de l'aide juridictionnelle, de s'acquitter du paiement de cette contribution.

Or, par principe et selon une jurisprudence constante, l'électeur qui use de cette faculté n'agit pas en vertu d'un droit privé et dans un but personnel, mais exerce une action populaire, appartenant à tous les électeurs, qui tend à assurer la sincérité de toutes les listes électorales.

La nature de ce droit n'est pas compatible avec l'obligation de payer, personnellement, une telle contribution.

La Cour de cassation propose en conséquence l'exonération totale de paiement au bénéfice du tiers électeur mais aussi pour tout ce contentieux, y compris donc pour l'électeur concerné, compte tenu de la nature spécifique du droit ainsi revendiqué par celui-ci.

L'article 1635 bis, Q, III, 8°, actuellement rédigé comme suit : « III. Toutefois, la contribution pour l'aide juridique n'est pas due : [...] 8° : Pour la procédure mentionnée à l'article L. 34 du code électoral », pourrait ainsi être modifié, et devenir : « 8° : pour le contentieux des inscriptions sur les listes électorales ».

Techniquement, le directeur des affaires civiles et du sceau ne s'y oppose pas. Si cette question relève d'un arbitrage politique, la proposition va toutefois dans le sens des engagements de la ministre de la justice de remettre en cause à terme le principe de cette contribution.

Abrogation de l'article 370 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992

L'article L. 5 du code électoral, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, prévoyait qu'étaient privées de plein droit de leur capacité électorale les personnes faisant l'objet de certaines condamnations énumérées limitativement. L'article 159 de la loi du 16 décembre 1992 précitée, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, a supprimé les incapacités électorales résultant de plein droit d'une condamnation pénale. Les incapacités liées aux condamnations pénales ne peuvent donc plus résulter, en principe, que d'une décision expresse de la juridiction qui les prononce et en fixe la durée, conformément à l'article 132-21 du code pénal, qui prohibe toute interdiction des droits civiques résultant de plein droit d'une condamnation pénale.

Néanmoins, l'article 370 de la loi du 16 décembre 1992 a maintenu l'interdiction des droits civiques résultant d'une condamnation pénale prononcée en dernier ressort avant le 1^{er} mars 1994. Il en résulte que ces incapacités subsistent jusqu'à ce que la personne frappée d'incapacité électorale obtienne soit sa réhabilitation judiciaire ou légale, soit une décision de relèvement ou de dispense d'inscription au bulletin n° 2 (voir, notamment, 2^e Civ., 3 mai 2012, pourvoi n° 12-60.192).

À l'occasion du contentieux électoral né des élections qui se sont déroulées au cours de l'année 2012, la Cour a pu constater que cette disposition continuait de susciter

l'incompréhension des intéressés, étant précisé que la conformité de l'article 370 de la loi du 16 décembre 1992 à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 peut être discutée, la peine accessoire d'incapacité électorale interdisant au juge d'apprécier sa proportionnalité à la gravité des faits poursuivis.

Ajoutons, à cet égard, que l'article 7 du code électoral, dans sa rédaction issue de la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie publique, qui continuait également d'exclure de la liste électorale, par dérogation au principe de l'article 132-1 du code pénal, les personnes condamnées pour certaines infractions, a été déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 11 juin 2010, décision n° 2010-6/7 QPC, M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral]).

L'abrogation de l'article 370 de la loi du 16 décembre 1992 est donc à nouveau suggérée, comme elle l'avait été dans le *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2008³⁹.

Le directeur des affaires civiles et du sceau, en accord avec la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), émet un avis réservé sur cette proposition, en ce qu'elle rétablirait automatiquement dans leurs droits les criminels condamnés à de très longues peines (une personne condamnée en 1993 à une longue peine de réclusion criminelle pour un crime de sang retrouverait immédiatement ses droits civiques et pourrait être jurée, puisqu'à l'époque la cour d'assises n'avait pas eu à prononcer la peine complémentaire de privation de ces droits). Une solution intermédiaire pourrait être de modifier l'article 370 afin de supprimer la mention de l'interdiction des droits civiques tout en conservant celle d'être juré.

Droit de la sécurité sociale

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*

39. *Rapport* 2008, p. 13.

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.

Il paraît donc souhaitable de remplacer dans l'article R. 144-10, alinéa 4, « le demandeur » par « la partie ».

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré favorable à cette proposition. Les procédures visées par cet article sont larges et recouvrent celles sur opposition à contrainte dans lesquelles les qualités de demandeur et de défendeur sont déterminées au moment de l'émission de la contrainte. Une telle rédaction interdit donc le prononcé d'une amende civile à l'encontre du demandeur à l'opposition abusive, ce qui n'est pas l'objectif du texte. 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, il apparaît opportun 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 est donc proposé d'insérer, après le deuxième alinéa de l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale, un nouvel alinéa ainsi rédigé :

« 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'appliquent les bases ainsi rectifiées ».

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré défavorable à cette proposition. En effet, elle ne recueille pas l'avis favorable de la direction de la sécurité sociale au regard de l'impact important d'une telle modification sur le financement de la branche AT-MP.

Bail rural

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

Lors de l'examen, le 12 décembre 2012, du dossier QPC portant prohibition des pas-de-porte dans la matière du bail rural (3^e Civ., 12 décembre 2012, QPC n° 12-40.075, en cours de publication), 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 disposant 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*).

Cette disposition, 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.

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré favorable à cette proposition. Il pourrait être recouru au taux légal majoré de cinq points, comme en matière de condamnation exécutoire depuis plus de deux mois. L'obligation de restitution des sommes indûment perçues doit être accompagnée d'un intérêt majoré, s'agissant d'une sanction complémentaire à la sanction pénale instituée par l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime.

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 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 il est 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 prévoit 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 ».

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré défavorable à la proposition. Elle consiste à substituer une nullité facultative à une nullité impérative. 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. 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). 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. Le tribunal 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 code de commerce).

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.

Cette décision pourrait être l'occasion, selon la Cour de cassation, de procéder à un toilettage 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.

Selon le directeur des affaires civiles et du sceau, l'expertise est en cours.

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, 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.

Selon le directeur des affaires civiles et du sceau, l'expertise est en cours.

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.

Dans un arrêt du 15 janvier 2013 (Com., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-26.700, en cours de publication), elle a fait application des articles R. 198-10 et R. 199-1 du livre des procédures fiscales. Il est suggéré de clarifier les textes en la matière.

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré favorable à cette proposition même s'il est nécessaire de la soumettre au ministère compétent.

Droit du travail

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (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, encore récemment, 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). 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.

Le directeur des affaires civiles et du sceau n'a pas formulé d'objection à cette proposition.

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 autre 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 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 lui donner 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, aux termes d'une procédure rapide et sécurisée.

Le directeur des affaires civiles et du sceau s'est déclaré favorable à l'introduction d'une réflexion sur cette proposition.

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

Il est proposé 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. En ce cas, le contrat ne peut être rompu avant la fin de la période d'essai en respectant le 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).

Selon le directeur des affaires civiles et du sceau, cette proposition relève de la direction générale du travail, étant toutefois observé que l'article L. 1221-25 reflète la volonté du 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 étant observé qu'une option a été prise par la chambre sociale de la Cour dans son arrêt du 23 janvier 2013 (Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 11-23.428, en cours de publication), le non-respect du délai de prévenance par l'employeur ne pouvant conduire à la requalification de la rupture de la période d'essai en un licenciement.

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'informations 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.

Il est 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.

Si la problématique relève au premier chef de la direction des services judiciaires (DSJ), des réflexions sont cependant en cours à la Chancellerie.

Traitement du contentieux prud'homal

Une réflexion approfondie doit être 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, on peut mentionner, 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 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'est déclaré favorable 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 des prud'hommes du décret du 1^{er} octobre 2010 précité même si des concertations interministérielles restent nécessaires.

II. PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE

Le comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que de la directrice des affaires criminelles et des grâces, s'est réuni le 28 janvier 2013 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

Droit pénal

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

Par son arrêt du 13 février 2009 (pourvoi n° 01-85.826, *Bull. crim.* 2009, Ass. plén., n° 1), l'assemblée plénière a décidé, par application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale posée à l'article 111-4 du code de procédure pénale, que la poursuite de travaux malgré une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire n'était pas constitutive de l'infraction de construction sans permis prévue par l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme.

Il était donc suggéré⁴⁰ de prévoir une incrimination spécifique de la poursuite de travaux en dépit d'une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire.

Cette suggestion figurait dans la proposition de loi n° 2746 déposée le 13 juillet 2010 par le député Jean-Luc Warsmann tendant à compléter l'article L. 480-3 du code de l'urbanisme.

Modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, l'article L. 480-3 comporte désormais un second alinéa ainsi rédigé :

« Ces peines sont également applicables en cas de continuation des travaux nonobstant la décision de la juridiction administrative prononçant la suspension ou le sursis à l'exécution de l'autorisation d'urbanisme ».

Modification de l'article 132-24 du code pénal

En vertu des articles 132-24 et suivants du code pénal, en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de

40. *Rapport* 2009, p. 26 ; *Rapport* 2010, p. 30 ; *Rapport* 2011, p. 38.

l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours, si la gravité et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate. Dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28.

En conséquence, la chambre criminelle est amenée à casser les décisions des juges du fond qui prononcent des peines d'emprisonnement ferme sans caractériser la nécessité d'une telle peine, ni l'impossibilité d'ordonner une mesure d'aménagement.

Dans l'hypothèse où aucun aménagement d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans d'emprisonnement n'a été prévu *ab initio* par la juridiction de jugement, l'article 732-15 du code de procédure pénale prévoit l'examen obligatoire de la situation du condamné par le juge de l'application des peines.

Il était proposé⁴¹ de modifier l'article 132-24 pour supprimer la nécessité pour le juge de démontrer l'impossibilité d'ordonner un aménagement de la peine d'emprisonnement alors que la loi postule que cette impossibilité va être surmontée par le juge de l'application des peines en application de l'article 732-15 du code de procédure pénale.

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

Modification des conséquences du caractère non avenu d'une condamnation à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve

Il était proposé⁴² de prévoir, pour le sursis avec mise à l'épreuve, des dispositions identiques à celles de l'article 132-29 du code pénal qui ne visent que le sursis simple, de sorte que les effets du «non avenu» ne s'étendent pas à la peine d'amende.

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

Procédure pénale

Extension de la représentation obligatoire devant la chambre criminelle

En 2011, 43 % 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 33 % des pourvois soutenus

41. *Rapport* 2011, p. 53.

42. *Rapport* 2011, p. 57.

par un mémoire) concernent 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.

Le ministère d'avocat aux Conseils obligatoire 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 2000⁴³, n'a pas été suivie d'effet.

Adoptée par le Sénat lors de l'examen de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, 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.

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.

La direction des affaires criminelles et des grâces n'est pas opposée à cette réforme qui lui paraît cohérente et légitime, mais dont la concrétisation nécessite une décision politique de la ministre de la justice et un vecteur législatif utile.

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 de la conduire à se désister sur les conseils de son avocat ultérieurement désigné.

Extension de l'appel en matière de contravention de police

Il était suggéré, dans les *Rapports* 2009, 2010, 2011⁴⁴, 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,

43. *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.

44. *Rapport* 2009, p. 31 ; *Rapport* 2010, p. 37 ; *Rapport* 2011, p. 35.

501 pourvois, et, du 1^{er} janvier au 20 décembre 2012, 474 pourvois, ont été formés 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 n'a été commise dans ce délai. Cette disposition incite les usagers à multiplier les recours afin que la perte de points n'intervienne pas au cours du 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.

Demeure un risque d'affaiblissement de la répression, de surcroît de charge important pour les cours d'appel, et de maintien du nombre de pourvois devant la Cour de cassation.

Modification de l'article 179 du code de procédure pénale

Il convient de rappeler l'importance pratique de la proposition, déjà formulée dans les *Rapports* 2010 et 2011⁴⁵, tendant à l'introduction d'une disposition déterminant, en cas d'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel d'un mis en examen en détention provisoire, la juridiction compétente pour statuer sur la prolongation de cette détention et les délais d'examen, ce que ne font ni l'article 148-1, ni l'article 179 du code de procédure pénale.

Il serait donc opportun de prévoir que la chambre de l'instruction est compétente pour prolonger la détention provisoire, lorsque le maintien en détention a été ordonné par le juge d'instruction en application de l'article 179 du même code, et qu'il soit fixé un délai dans lequel cette chambre devra statuer sur l'appel dont elle est saisie, à l'instar de ce qui est prévu par l'article 186-2 du code de procédure pénale en cas d'appel d'une ordonnance de mise en accusation. Il pourrait encore être prévu de remplacer, à la fin du 4^e alinéa de l'article 179, les termes « un délai de deux mois à compter de la

45. *Rapport* 2010, p. 41 ; *Rapport* 2011, p. 45.

date de l'ordonnance de renvoi » par les termes « un délai de deux mois à compter du jour où l'ordonnance de renvoi est devenue définitive », selon une rédaction proche de celle de l'article 181, alinéa 8, du code de procédure pénale en matière criminelle.

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à cette modification mais ne dispose pas de vecteur législatif.

Modification de l'article 181 du code de procédure pénale

À plusieurs reprises⁴⁶, il avait été proposé de modifier l'article 181 du code de procédure pénale en son alinéa 6 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 en 2012 à la chambre criminelle conduisent à souligner à nouveau l'importance d'une modification de l'article 181, alinéa 6, du code de procédure pénale afin que le juge d'instruction statue, par une ordonnance motivée, sur le maintien, ou non, en détention, du mis en examen, 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.

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à cette modification. Cette proposition avait été reprise dans le cadre de la refonte du code de procédure pénale.

L'avant-projet de code de procédure pénale diffusé le 3 mars 2010 prévoyait en effet 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. Il n'y a toutefois pas de vecteur législatif en l'état.

Modification de la législation sur la conservation des scellés

Il a été proposé⁴⁷ 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 chancellerie a indiqué qu'une circulaire avait été diffusée demandant aux juridictions de traiter ces dossiers avec prudence.

46. *Rapport* 2008, p. 22 ; *Rapport* 2009, p. 24 ; *Rapport* 2010, p. 29 ; *Rapport* 2011, p. 37.

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

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

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

Il était proposé⁴⁸ de compléter cet article en y incluant la possibilité de mesures conservatoires sur les biens meubles ou immeubles, divis ou indivis, dont le mis en examen est ayant droit économique.

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

Modification de l'article 224-4 du code de procédure pénale

Il était suggéré⁴⁹ de modifier l'article 224-4 du code de procédure pénale, qui prévoit une disparité de peine encourue importante selon que la personne prise en otage a été libérée volontairement avant le septième jour ou non, en ne prévoyant la diminution de la peine encourue qu'en cas de prise d'otage avec ordre ou condition.

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

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

Il était proposé⁵⁰ de modifier l'article 2-1 du code de procédure pénale afin qu'en cas de décès de la victime, ses ayants droit puissent consentir à la constitution de partie civile d'une association se proposant de lutter contre le racisme.

Cette suggestion a été reprise par la proposition de loi n° 2756 relative à la constitution de partie civile par des associations déposée par les députés Jean-Luc Warsmann et Étienne Blanc le 13 juillet 2010.

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

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

Il était suggéré⁵¹ de modifier l'article 505-1 du code de procédure pénale, qui permet au président de la chambre des appels correctionnels de rendre une ordonnance de non-admission, insusceptible de recours, en présence d'un appel hors délai, devenu sans objet ou dont l'appelant s'est désisté, afin de prévoir qu'il puisse être à nouveau saisi pour rétracter cette ordonnance dans les cas où des éléments d'information inconnus lors de cette décision ont été révélés postérieurement.

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

48. *Rapport* 2010, p. 44; *Rapport* 2011, p. 35.

49. *Rapport* 2008, p. 20; *Rapport* 2009, p. 23; *Rapport* 2010, p. 28; *Rapport* 2011, p. 36.

50. *Rapport* 2008, p. 21; *Rapport* 2009, p. 24; *Rapport* 2010, p. 28; *Rapport* 2011, p. 37.

51. *Rapport* 2008, p. 22; *Rapport* 2009, p. 25; *Rapport* 2010, p. 30.

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

Sous l'impulsion d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 15 janvier 2009, Ligue du monde islamique et Organisation islamique mondiale du secours islamique c. France, requêtes n° 36497/05 et 37172/05) pour avoir subordonné la capacité d'ester en justice d'une association étrangère n'ayant pas son principal établissement en France aux formalités de déclaration de l'article 5 de la loi de 1901, la chambre criminelle a modifié sa jurisprudence antérieure (Crim., 8 décembre 2009, pourvoi n° 09-81.607, *Bull. crim.* 2009, n° 205).

Dans un souci de conciliation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'exigence légitime de préservation de l'ordre public et de la sécurité, il était proposé⁵² de suspendre la prescription des poursuites pour l'infraction dénoncée par l'association étrangère le temps nécessaire à la réalisation par cette dernière des formalités administratives imposées par la loi.

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

Pouvoirs d'évocation de la chambre de l'instruction

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 souhaitée⁵³.

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

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

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

La chambre criminelle a procédé à une lecture restrictive de ces textes et a limité leur application aux seules personnes mises en examen (Crim., 6 mars 2007, pourvoi n° 06-83.103, *Bull. crim.* 2007, n° 68).

Il était donc proposé⁵⁴ de modifier ces textes pour ouvrir clairement le bénéfice de ce dispositif aux témoins assistés. Une proposition de loi n° 2748 a été déposée le 13 juillet 2010 à l'Assemblée nationale par le député Jean-Luc Warsmann en ce sens.

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

Modification de l'article 82 du code de procédure pénale

Par arrêt du 11 mai 2010 (pourvoi n° 10-80.953, *Bull. crim.* 2010, n° 78) la chambre criminelle a jugé que l'article 82 du code de procédure pénale, qui prévoit que le procureur de la République peut demander à assister à l'exécution des actes qu'il requiert, ne respecte pas le principe de l'égalité des armes, en ce qu'il lui ouvre un droit dont ne disposent pas les autres parties.

52. *Rapport* 2009, p. 32 ; *Rapport* 2010, p. 37 ; *Rapport* 2011, p. 42.

53. *Rapport* 2009, p. 33 ; *Rapport* 2010, p. 38 ; *Rapport* 2011, p. 43.

54. *Rapport* 2009, p. 33 ; *Rapport* 2010, p. 39 ; *Rapport* 2011, p. 43.

Cette proposition de modification, plusieurs fois formulée⁵⁵, n'a pas été suivie d'effet.

Modification de l'article 663 du code de procédure pénale

L'article 663 du code de procédure pénale réserve au ministère public l'initiative de la mise en œuvre de la procédure de dessaisissement entre juges d'instruction, ce qui a amené la chambre criminelle, par un arrêt du 31 mars 2009 (pourvoi n° 08-88.226, *Bull. crim.* 2009, n° 63), à censurer un arrêt de la chambre de l'instruction n'excluant pas que le juge d'instruction puisse également prendre l'initiative de ce dessaisissement.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il était proposé⁵⁶ que l'initiative d'une telle procédure de dessaisissement puisse être prise par le juge d'instruction.

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

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

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

Il était suggéré⁵⁷ qu'une même procédure soit envisagée pour le ministère public en raison des prérogatives judiciaires importantes qu'il exerce en matière d'enquêtes préliminaires et d'enquêtes de flagrant délit.

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

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

En vertu de l'application combinée des articles 706-3 et 706-14 du code de procédure pénale, les victimes d'une atteinte légère à la personne ne peuvent bénéficier d'une indemnisation que si elles justifient de l'existence d'une incapacité totale de travail médicalement constatée.

Cette exigence a conduit la chambre criminelle, par un arrêt du 9 décembre 2010 (pourvoi n° 09-71.202, *Bull. crim.* 2010, n° 203), à rejeter la demande d'indemnisation d'un enfant de 7 ans, victime de violences de la part de son père.

Il était suggéré⁵⁸ de modifier le dernier alinéa de l'article 706-14 pour permettre d'indemniser le préjudice subi en prenant en considération la seule condition d'un retentissement psychologique important ou d'un traumatisme psychologique grave en relation avec l'infraction.

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

55. *Rapport* 2010, p. 41 ; *Rapport* 2011, p. 45.

56. *Rapport* 2010, p. 42 ; *Rapport* 2011, p. 47.

57. *Rapport* 2010, p. 43 ; *Rapport* 2011, p. 47.

58. *Rapport* 2010, p. 43 ; *Rapport* 2011, p. 48.

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 proposé⁵⁹ 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)

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

Réglementation de la géolocalisation

Par un arrêt du 22 décembre 2011 (pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim.* 2011, n° 234), la chambre criminelle a considéré que la mise en place d'un dispositif technique dit de « géolocalisation » était justifiée dès lors qu'il trouvait son fondement légal dans l'article 81 du code de procédure pénale et que la surveillance effectuée sous le contrôle d'un juge était proportionnée au but poursuivi, s'agissant d'un important trafic de stupéfiants en bande organisée, et nécessaire au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il était suggéré⁶⁰ qu'une loi vienne toutefois réglementer avec précision cette nouvelle pratique.

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

Droits de la personne entendue par la police judiciaire hors le régime de la garde à vue

Par sa décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, Mme Élise A. et autres [garde à vue II] du 18 novembre 2011 relative à la garde à vue, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il résultait de l'article 62 du code de procédure pénale qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaissait qu'il existait des raisons plausibles de soupçonner qu'elle avait commis ou tenté de commettre une infraction pouvait être entendue par les enquêteurs en dehors du régime de la garde à vue dès lors qu'elle n'était pas maintenue à leur disposition sous la contrainte et que le respect des droits de la défense exigeait que cette personne ne puisse être entendue librement par les enquêteurs que si elle avait été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonnait d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie.

59. *Rapport* 2011, p. 49.

60. *Rapport* 2011, p. 50.

Il était suggéré⁶¹ que cette réserve d'interprétation fasse l'objet d'une intervention du législateur de nature à fixer les droits de la personne suspectée.

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

Modification de l'article 148 du code de procédure pénale

Par décision n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, M. David M. [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention], le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 148 du code de procédure pénale était conforme à la Constitution sous réserve que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public.

Par un arrêt du 26 octobre 2011 (pourvoi n° 11-86.117, *Bull. crim.* 2011, n° 220), la chambre criminelle a fait application de ce principe en précisant toutefois qu'il n'imposait pas que le juge des libertés et de la détention (JLD) statue après avoir reçu les observations du demandeur.

Afin d'éviter tout contentieux d'annulation consécutif au caractère général de cette réserve, il était proposé⁶² que le législateur intervienne pour fixer clairement les règles permettant le respect du contradictoire.

À défaut de vecteur législatif, la directrice des affaires criminelles et des grâces a envisagé d'introduire dans la partie réglementaire du code de procédure pénale un article reprenant la réserve émise par le Conseil constitutionnel.

Cette proposition n'a été suivie d'aucun effet tant sur le plan législatif que réglementaire.

Modification de l'article 148-2 du code de procédure pénale

Par un arrêt du 8 juin 2011 (pourvoi n° 11-82.402, *Bull. crim.* 2011, n° 125), la chambre criminelle a jugé qu'il résultait de l'article 148-2 du code de procédure pénale qu'une juridiction appelée à statuer, en application de l'article 148-1 de ce même code, sur une demande de mise en liberté formée par un accusé qui a déjà été jugé en premier ressort et se trouve en cause d'appel, doit se prononcer dans le délai de deux mois, non susceptible de prolongation, faute de quoi il est mis fin à la détention provisoire.

Il en va autrement lorsque la chambre de l'instruction intervient en tant que juridiction d'appel de décisions prises par le juge des libertés et de la détention, l'article 194 du code de procédure pénale disposant que la chambre de l'instruction doit se prononcer au plus tard dans les dix jours de l'appel s'agissant d'une ordonnance de placement en détention et dans les quinze jours dans les autres cas, ces délais étant prolongés de cinq jours en cas de comparution personnelle de la personne concernée, faute de quoi celle-ci est mise en liberté.

61. *Rapport* 2011, p. 50.

62. *Rapport* 2011, p. 51.

Il était proposé⁶³, dans un souci de cohérence, d'étendre ces principes aux demandes de mise en liberté présentées à une juridiction saisie en application de l'article 148-1 du code de procédure pénale.

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

Modification de l'article 393 du code de procédure pénale

L'article 393 du code de procédure pénale prévoit que le procureur de la République constate l'identité de la personne qui lui est déférée, lui fait connaître les faits qui lui sont reprochés, recueille ses déclarations si elle en fait la demande et, en cas de comparution immédiate ou de comparution sur procès-verbal, l'informe de son droit à l'assistance d'un avocat pour la suite de la procédure.

Dans sa décision n° 2011-125 QPC du 6 mai 2011, M. Abderrahmane L. [Défèrement devant le procureur de la République], le Conseil constitutionnel, dans ses considérants n° 12 et n° 13 relatifs à cette disposition, a jugé que le respect des droits de la défense n'imposait pas que la personne poursuivie ait accès au dossier avant de recevoir cette notification et qu'elle soit, à ce stade de la procédure, assistée d'un avocat mais n'autorisait pas le procureur de la République à consigner les déclarations de la personne qui lui était déférée sur les faits faisant l'objet de la poursuite.

En cas de défèrement, les articles 706-80 et 706-95 du code de procédure pénale prévoient que la personne comparaît en présence de son avocat devant le procureur de la République qui, après avoir entendu ses déclarations et les observations de son avocat, soit procède comme il est dit aux articles 394 à 396, soit requiert l'ouverture d'une information.

Il était suggéré⁶⁴ d'unifier les deux régimes afin de faciliter la conduite des procédures.

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

Modification de l'article 660 du code de procédure pénale

Par arrêt du 26 octobre 2011 (pourvoi n° 11-87.302, *Bull. crim.* 2011, n° 219), la chambre criminelle, à l'occasion d'une procédure de règlement de juges, a constaté, après avoir communiqué la requête aux parties, que le cours des procédures devant les juridictions du fond saisies était suspendu.

Il était suggéré⁶⁵ que l'article 660 du code de procédure pénale soit modifié afin de laisser cette suspension à l'appréciation de la chambre criminelle.

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

Modification de l'article 716-4 du code de procédure pénale

Par arrêt du 5 octobre 2011 (QPC n° 11-90.087, *Bull. crim.* 2011, n° 196), la chambre criminelle, rompant avec sa jurisprudence antérieure du 21 octobre 1997 (pourvoi

63. *Rapport* 2011, p. 51.

64. *Rapport* 2011, p. 52.

65. *Rapport* 2011, p. 53.

n° 97-81.099, *Bull. crim.* 1997, n° 344), a décidé de ne pas transmettre une QPC relative à l'article 716-4 du code de procédure pénale, en jugeant que cet article n'excluait pas de son domaine d'application la détention provisoire subie à l'étranger pour des faits jugés en France mais prévoyait, au contraire, en termes généraux, que lorsqu'il y a eu détention provisoire, à quelque stade que ce soit de la procédure, cette détention est intégralement déduite de la durée de la peine prononcée.

Il était suggéré⁶⁶ que cette évolution jurisprudentielle se traduise par une adaptation du texte concerné.

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

Modification de l'article 662, alinéa 4, du code de procédure pénale relatif aux requêtes en dépaysement pour cause de suspicion légitime

L'article 662, alinéa 4, du code de procédure pénale prévoit que la présentation de la requête n'a point d'effet suspensif, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par la Cour de cassation.

Cet article, peu clair, n'a jamais été utilisé à ce jour par la chambre criminelle qui n'est saisie, de fait, que lorsqu'elle examine la requête au fond ce qui rend sans objet la demande d'effet suspensif. Il appartient en effet au parquet général d'apprécier l'opportunité de saisir la chambre criminelle d'une demande d'effet suspensif accompagnant les requêtes.

Il était donc proposé⁶⁷ soit la suppression de cette disposition, soit sa modification afin qu'il soit précisé que la demande d'effet suspensif doit intervenir par requête distincte et motivée et que le président (et non la chambre criminelle) statue sur le bien-fondé de cette demande.

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

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.

66. *Rapport* 2011, p. 53.

67. *Rapport* 2011, p. 54.

Il était donc suggéré⁶⁸ de porter le délai à un mois (et quinze jours pour le dépôt d'observations éventuelles).

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

Modification de l'article 712-8 du code de procédure pénale et du recours contre certaines décisions du juge de l'application des peines

Compte tenu de l'ambiguïté rédactionnelle de l'article 712-8 du code de procédure pénale, la question s'est posée de savoir si les décisions rendues par le juge de l'application des peines sur une demande d'autorisation de se déplacer à l'étranger, sollicitée par un condamné à une peine de sursis avec mise à l'épreuve, étaient susceptibles de recours.

Dans un arrêt du 16 mars 2011 (pourvoi n° 10-85.885, *Bull. crim.* 2001, n° 56), la chambre criminelle a estimé que l'absence de recours contre un refus d'autorisation de déplacement à l'étranger fondé sur le maintien des liens familiaux priverait la condamnée de la possibilité de contester cette atteinte et méconnaîtrait son droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ce faisant, la chambre criminelle, qui a fondé sa décision sur l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'a pas expressément dit que l'article 712-8 du code de procédure pénale visait nécessairement les décisions prises par le juge de l'application des peines sur une demande d'autorisation de se déplacer à l'étranger.

Il était donc proposé⁶⁹ que le législateur clarifie la rédaction de l'article 712-8 du code de procédure pénale en faisant apparaître que les décisions du juge de l'application des peines en la matière sont rendues par ordonnances motivées, susceptibles d'un recours devant le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel dans le délai de 24 heures.

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

Modification de l'article 503-1 du code de procédure pénale

Il était proposé⁷⁰ de modifier l'article 503-1 du code de procédure pénale afin qu'il soit précisé qu'à la réception de l'appel, il doit être notifié, à l'appelant ou son conseil, que l'arrêt rendu sur son appel sera contradictoire à signifier à l'adresse déclarée s'il ne se présente pas et ne signale pas son changement d'adresse.

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

68. *Rapport* 2011, p. 55.

69. *Rapport* 2011, p. 56.

70. *Rapport* 2011, p. 56.

Modification de l'article L. 450-4 du code de commerce relatif aux visites domiciliaires pratiquées par l'Autorité de la concurrence en matière de recherches des pratiques anticoncurrentielles

Si la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes a organisé un régime spécifique des perquisitions dans les locaux de presse en offrant de véritables garanties au regard de la liberté de la presse et de son corollaire, la protection des sources, il n'existe aucune disposition similaire applicable aux visites domiciliaires dans les locaux de presse. L'article L. 450-4 du code de commerce ne renvoie en effet qu'au seul article 56 du code de procédure pénale pour « la réalisation des inventaires et mises sous scellés ».

Il était proposé⁷¹ de combler cette lacune.

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

Détermination de l'autorité compétente pour procéder à la levée de l'écrou extraditionnel, dans l'hypothèse d'une pluralité de procédures d'extradition concernant un même individu

Il était suggéré⁷² une clarification des textes issus de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue dans l'hypothèse où une même personne fait l'objet de demandes d'extradition d'un même État, voire d'États différents, et se trouve sous écrou extraditionnel en vertu de ces demandes.

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

B. Suggestions nouvelles

Droit pénal

Modification de l'article 223-3 du code pénal

L'article 223-3 du code pénal dispose : « Le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

Ce délit de délaissement suppose donc un acte positif exprimant de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la victime.

La chambre criminelle a en conséquence jugé qu'encourait la cassation un arrêt qui considérait ce délit caractérisé par les conditions de vie dégradantes dans lesquelles le prévenu avait maintenu sa mère, âgée de 89 ans et présentant un état de délabrement physique et mental (Crim., 9 octobre 2012, pourvoi n° 12-80.412, *Bull. crim.* 2012, n° 213).

71. *Rapport* 2011, p. 56.

72. *Rapport* 2011, p. 57.

Cette position, procédant d'une interprétation stricte de la loi pénale, suit la même ligne qu'une décision du 13 novembre 2007 (pourvoi n° 07-83.621, *Bull. crim.* 2007, n° 273) ayant cassé un arrêt qui, pour condamner une personne, citée pour avoir délaissé sa mère, personne vulnérable hors d'état de se protéger en raison de son âge (84 ans), notamment en faisant obstacle à la venue d'une aide ménagère, retenait qu'elle s'était énergiquement opposée à l'intervention de l'aide ménagère envoyée par une association au domicile de sa mère, sans apporter à celle-ci une autre forme d'assistance.

Il pourrait dès lors être envisagé d'incriminer par un texte spécifique le fait pour tout individu ayant autorité sur une personne qui n'est pas en mesure de se protéger, de la priver d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé, une telle attitude emportant une réprobation sociale que les décisions des juges du fond ci-dessus mentionnées traduisent.

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à cette modification.

S'agissant des mineurs, le code pénal réprime par des infractions distinctes le délaissement de mineur (article 227-1 du code pénal) et la mise en péril des mineurs (article 227-15 du code pénal).

Compte tenu de l'exigence d'un acte positif d'abandon pour que soit constitué le délit de délaissement, il pourrait être envisagé de prévoir un nouvel article dans le code pénal réprimant le fait, pour un ascendant ou toute autre personne ayant autorité sur la victime qui n'est pas en mesure de se protéger, de la priver d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé.

Procédure pénale

Modification des délais de recours en matière de contrôle judiciaire

Pour statuer sur l'appel d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire, la cour d'appel dispose, non, comme le prévoit l'article 148-2 en matière de mainlevée totale ou partielle de contrôle judiciaire, d'un délai de vingt jours, mais, selon l'article 194, alinéa 3, du code de procédure pénale, d'un délai de deux mois à compter de la transmission du dossier au procureur général.

Il serait opportun d'envisager l'alignement de ce dernier délai sur celui prévu par l'article 148-2.

La direction des affaires criminelles et des grâces observe qu'il était déjà proposé, dans le *Rapport 2009*⁷³, d'introduire un délai d'examen, par la chambre de l'instruction, de l'appel d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire ou de refus de placement sous contrôle judiciaire.

Dans son *Rapport*, la Cour de cassation notait que l'examen des pourvois avait en effet révélé que le contrôle judiciaire est souvent assorti d'obligations particulièrement astreignantes, notamment d'interdiction professionnelle ou de cautionnement. Alors que la chambre de l'instruction doit statuer dans un délai de vingt jours si elle

73. *Rapport 2009*, p. 30.

est directement saisie d'une demande de mainlevée partielle ou totale du contrôle judiciaire (article 148-2, alinéa 2, du code de procédure pénale), l'examen du recours n'est soumis à aucun délai en cas d'appel d'une décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention en matière de contrôle judiciaire.

La loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles a ajouté un alinéa 3 à l'article 194 afin de prévoir l'application du délai de deux mois à l'examen par la chambre de l'instruction de l'appel d'une ordonnance de placement ou de refus de placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique.

La direction des affaires criminelles et des grâces souligne que ce délai pourrait certes être raccourci, et fixé par exemple à vingt jours comme en cas de refus de mainlevée, mais qu'il pourrait alors exister un risque de voir des appels systématiques à chaque placement sous contrôle judiciaire, empêchant les chambres de l'instruction de statuer dans ce bref délai et conduisant à une mainlevée automatique des contrôles. C'est pour cette raison que le parlement n'a pas repris ce même délai.

Procédure d'enquête en matière contraventionnelle

Par décision n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012, société OLANO CARLA et autre [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire], le Conseil constitutionnel a jugé que, pour l'application de l'article 78 du code de procédure pénale relatif à la convocation de personnes par un officier de police judiciaire, le respect des droits de la défense exigeait qu'une personne à l'encontre de laquelle il existe, avant son audition ou au cours de celle-ci, des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, ne puisse être entendue, ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs, que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie. Cette interprétation doit conduire à s'interroger sur la procédure à suivre pour les investigations en matière de contraventions dès lors que la personne concernée ne se soumet pas à l'audition effectuée par un officier de police judiciaire alors qu'elle n'est pas susceptible, au regard de la nature de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, d'être placée en garde à vue.

La direction des affaires criminelles et des grâces observe que cette décision QPC (concernant les contraventions mais aussi les délits non punis d'emprisonnement), qui a donné lieu à la dépêche DACG CRIM-AP N° 11-51 H 11 du 29 juin 2012, appelle une réflexion globale sur la procédure pénale d'enquête et l'audition des suspects libres. La directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, qui doit être transposée au plus tard le 2 juin 2014, l'impose également.

Cette direction ajoute que les exigences constitutionnelles paraissent claires : il n'existe pas de contrainte autre que la comparution forcée en matière contraventionnelle (ou pour les délits non punis d'emprisonnement). Si la personne convoquée par la force ne veut pas rester pour être entendue par les enquêteurs, on ne peut l'y contraindre. Toutefois rien n'exige dans le code de procédure pénale qu'une personne soit entendue avant de faire l'objet, le cas échéant, de poursuites.

Proposition de clarification des dispositions relatives à la computation des délais de procédure

La première proposition, ponctuelle, vient en complément de celle, formulée au *Rapport* 2011⁷⁴, tendant à ce que soient harmonisées les dispositions des articles 148-2, 194 et 199 du code de procédure pénale s'agissant des causes possibles de prorogation du délai imparti à la chambre de l'instruction pour statuer en matière de détention provisoire. Elle est l'occasion d'une seconde proposition, plus large, tendant à ce que soient inscrites dans la loi les règles relatives à la computation des délais de procédure.

1. Clarification des textes fixant le point de départ du délai imparti à la chambre de l'instruction pour statuer en matière de détention provisoire

Le point de départ du délai imparti à la chambre de l'instruction pour statuer en matière de détention provisoire varie selon qu'elle est saisie par la voie de l'appel ou d'une demande directe de mise en liberté et, dans ce second cas, selon le cadre procédural de la demande. Cette disparité n'est pas justifiée et peut être source de confusion dans un domaine où la clarté apparaît pourtant particulièrement nécessaire, le dépassement du délai imparti étant sanctionné par la mise en liberté d'office de la personne détenue.

a.- Lorsque la chambre de l'instruction est saisie de l'appel d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention, le délai court «à compter de l'appel» (article 194 du code de procédure pénale), c'est-à-dire à compter de l'accomplissement des formalités prévues par les articles 502 et 503 du code de procédure pénale fixant les modalités d'exercice du droit d'appel. Il en résulte que le point de départ du délai doit être fixé soit au lendemain du jour de la déclaration d'appel faite, en application de l'article 502, au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, soit au lendemain de la transcription au greffe de cette juridiction de la déclaration d'appel lorsque celle-ci a été faite par l'appelant détenu auprès du chef de l'établissement pénitentiaire, comme l'y autorise l'article 503 (Crim., 28 novembre 1989, pourvoi n° 89-85.168, *Bull. crim.* 1989, n° 443 ; Crim., 8 février 1996, pourvoi n° 95-85.830, *Bull. crim.* 1996, n° 69 ; Crim., 15 octobre 2002, pourvoi n° 02-85.421 ; Crim., 4 janvier 2005, pourvoi n° 04-85.968). Dans ce second cas, la déclaration d'appel devant, selon les termes de l'article 503, être adressée «sans délai» au greffe de la chambre de l'instruction pour qu'il soit procédé à sa transcription, il importe que celle-ci intervienne elle-même sans délai ou à très bref délai. La transcription tardive, étant irrégulière, n'a pas pour effet de reporter le point de départ du délai d'appel à moins de «caractériser l'existence d'une circonstance imprévisible et insurmontable, extérieure au service de la justice justifiant» le retard. Ainsi, il n'est pas rare que le dépassement du délai imparti par l'article 194 trouve son explication dans un retard injustifié de la transcription par le greffe de la déclaration d'appel faite à l'établissement pénitentiaire (voir, notamment, Crim., 15 janvier 2013, pourvoi n° 12-87.079, en cours de publication ; Crim., 4 septembre 2012, pourvoi n° 12-83.997, *Bull. crim.* 2012, n° 177 ; Crim., 7 février 2012, pourvoi n° 11-88.494, *Bull. crim.* 2012, n° 36 ; Crim., 18 janvier 2011, pourvoi n° 10-87.525, *Bull. crim.* 2012, n° 7). Sous réserve qu'il pourrait être utile que le législateur précise, dans un souci de clarté, le délai maximum de transcription pouvant être admis, ces solutions n'appellent pas de modifications législatives.

74. *Rapport* 2011, p. 52.

b.- Il n'en est pas de même de celles applicables lorsque la chambre de l'instruction est saisie d'une demande directe de mise en liberté. En ce cas, pour déterminer le point de départ du délai imparti à la chambre de l'instruction pour statuer, le législateur emploie des expressions qui varient selon le cadre procédural. Lorsque la demande est présentée en application des articles 148, dernier alinéa, ou 148-4, il est indiqué que le délai court à compter de la « saisine » de la chambre. Lorsqu'elle est présentée en application de l'article 148-2, le deuxième alinéa de celui-ci fixe le point de départ du délai, selon le cas, au jour de « la réception de la demande » ou au jour de « la demande ».

Cette diversité n'est pas seulement source de gloses inutiles et donc d'incertitudes. Elle recouvre des différences de fond. Ainsi, « la réception de la demande » s'entend de la réception matérielle de celle-ci aussi bien par la chambre de l'instruction elle-même que par le parquet général ou par les services du greffe (Crim., 25 octobre 1983, pourvoi n° 83-93.720, *Bull. crim.* 1983, n° 264). La notion de « saisine » apparaît plus restrictive. Elle désigne l'accomplissement des formalités prévues par les articles 148-6 et 148-7 ayant, précisément, pour effet de saisir la chambre de l'instruction – formalités très proches de celles prévues par les articles 502 et 503 en cas d'appel : déclaration au greffe de la chambre de l'instruction (art. 148-6) ou déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire suivie d'une transmission « sans délai » au greffe de la chambre de l'instruction pour transcription (art. 148-7). L'interprétation de la notion de « demande » fait quant à elle l'objet d'un pourvoi actuellement pendant.

Il serait souhaitable de mettre fin à ces disparités injustifiées pour retenir une solution unique et claire. Cette solution devrait bien entendu rapprocher la règle applicable en cas de demande directe de celle applicable en cas d'appel. En l'état, les différences de rédaction induisent parfois des écarts de solution difficilement justifiables selon la nature du recours exercé. Il en est ainsi spécialement dans le cas où la demande est faite au moyen d'une déclaration auprès du chef de l'établissement pénitentiaire. Lorsque la loi prévoit que le délai court à compter de « la réception de la demande » (art. 148-2, al. 2), celui-ci commence à courir le lendemain de la transcription de la déclaration au greffe de la chambre de l'instruction même lorsque cette formalité a été effectuée avec retard dès lors que la transcription au greffe se confond avec la « réception ». Il en résulte que le point de départ du délai peut se trouver fixé plusieurs jours, voire plusieurs semaines après la déclaration faite à l'établissement pénitentiaire sans qu'il soit nécessaire de faire état de circonstances exceptionnelles justifiant le retard (voir, par exemple, Crim., 10 décembre 2003, pourvoi n° 03-86.052). La différence est très nette avec la solution, rappelée ci-dessus, qui prévaut en cas d'appel. Rien ne paraît la justifier compte tenu de la proximité, déjà évoquée, des formalités prévues par les articles 148-7 et 503.

c.- Aussi, devrait être retenue dans tous les cas, pour point de départ du délai, le lendemain de l'accomplissement des formalités prévues pour l'exercice du recours. La déclaration au greffe – du tribunal ou de la chambre de l'instruction selon le cas – ou la transcription par le greffe, dans un bref délai qui serait fixé par la loi, de la déclaration faite à l'établissement pénitentiaire, constituerait alors le point de départ du délai imparti à la chambre de l'instruction pour statuer, qu'elle soit saisie d'un appel ou d'une demande directe.

2. Introduction des dispositions générales clarifiant le mode de computation des délais de procédure et de détention

De manière plus générale, compte tenu des enjeux qui s'attachent au respect des nombreux délais impartis soit aux juridictions pour notifier un acte ou statuer, soit aux parties pour exercer leurs recours, déposer leurs mémoires ou effectuer telle ou telle autre formalité, il serait opportun qu'à l'instar du code de procédure civile, le code de procédure pénale comporte des dispositions générales fixant de manière claire leur mode de computation. Hormis quelques rares dispositions, comme celles de l'article 801 du code de procédure pénale, la matière est actuellement toute entière jurisprudentielle. Cette clarification pourrait d'ailleurs être également utile s'agissant de la computation des délais de détention provisoire qui, pas davantage que les délais de procédure, ne font l'objet d'un corps de règles aisément accessible.

Les différents délais sont récapitulés dans les tableaux ci-dessous.

Délais sanctionnés par la mise en liberté (hors mineurs)

I. Instruction

A. Durée maximale de détention et délais de renouvellement

	Durée maximale	Textes
Détention provisoire correctionnelle	4 mois/1 an/2 ans et prolongation exceptionnelle de 4 mois	145-1
	Même durée que ci-dessus + 4 mois (révocation CJ)	141-3
	3 ans	706-24-3
Détention provisoire criminelle	2 ans/3 ans/4 ans Prolongation exceptionnelle de 8 mois dans tous les cas	145-2
	Même durée que ci-dessus + 4 mois (révocation CJ)	141-3

Délais de renouvellement

	Durée initiale maximale	Prolongations ultérieures
Matière correctionnelle (art. 145-1)	4 mois	4 mois
Matière criminelle (art. 145-2)	1 an	6 mois

B. Délais pour statuer

Devant le JLD

Cas	Délai	Texte
Report du débat contradictoire	4 jours	145

Devant le premier président

Cas	Délai	Texte
Référé détention	2 jours ouvrables	187-3

Devant la chambre de l'instruction

Cas	Délai	Textes
Appel d'une ordonnance de placement	10 jours	194
<i>Idem</i> + comparution personnelle	15 jours	194 et 199
Appel d'une ordonnance de prolongation ou de refus de mise en liberté	15 jours	194
<i>Idem</i> + comparution personnelle	20 jours	194 et 199
Appel d'une ordonnance de mise en liberté avec suspension des effets de l'ordonnance sur référé-détention	10 jours	187-3
Saisine directe aux fins de mise en liberté	20 jours	148 et 148-4
Appel d'une ordonnance de mise en accusation	4 mois	186-2
Saisine aux fins de contrôler l'état de la procédure	3 mois	221-3

Devant la chambre criminelle

Cas	Délai	Textes
Pourvoi contre un arrêt en matière de détention provisoire	3 mois	567-2
Pourvoi contre un arrêt de mise en accusation	3 mois	574-1

II. Avant jugement en première instance**A. Durée maximale de détention et délais de renouvellement****Durée maximale**

Cas	Délai	Textes
Matière criminelle	2 ans	181
Matière correctionnelle cas général	6 mois	179

Délais de renouvellement

Cas	Durée initiale maximale	Prolongations ultérieures
Matière criminelle (art. 181)	1 an	6 mois
Matière correctionnelle (art. 179 et 464-1)	2 mois	2 mois

B. Délais pour statuer**Sur la détention provisoire**

Cas	Durée	Texte
Juridiction du premier degré saisie	10 jours	148-2
Chambre de l'instruction statuant en lieu et place de la cour d'assises	20 jours	148-2
Cour d'appel saisie de l'appel de la décision du premier degré	20 jours	148-2

III. Après jugement en première instance

A. Durée maximale de détention

Cas	Durée	Textes
Matière criminelle	Durée de la peine prononcée	367
Matière correctionnelle	Idem	471

B. Délais pour statuer sur la détention

Cas	Durée	Texte
Personne en instance d'appel	2 mois	148-2
Personne en instance de cassation	4 mois	148-2
Personne en instance d'appel après renvoi de cassation	4 mois	148-2

IV. Cas de la comparution immédiate

Première instance

Cas	Durée	Textes
Avant première comparution devant le tribunal	3 jours (délai de comparution)	396
Après première comparution	2 mois (délai de jugement)	397-3

Appel

Cas	Durée	Texte
Appel d'un jugement rendu en comparution immédiate	4 mois (délai de jugement)	397-4

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable aux deux propositions 1 et 2.

Le projet de nouveau code de procédure pénale comportait des dispositions en ce sens. Cette réforme ayant été abandonnée, il n'y a pas en l'état de vecteur législatif.

Réformation de la procédure de désignation des cours d'assises d'appel

En l'état actuel du droit, il revient à la chambre criminelle de désigner les cours d'assises appelées à statuer en appel.

Le plus généralement, sur la proposition du procureur général local, la chambre désigne une cour d'assises du ressort de la même cour d'appel.

Ce n'est que lorsqu'une raison particulière le justifie qu'est désignée une cour d'assises d'un ressort limitrophe, voire d'un ressort très éloigné.

La question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas de soustraire de la compétence de la chambre criminelle les désignations de cour d'assises d'appel dans un même ressort. C'est alors au premier président de la cour d'appel qu'il reviendrait, par ordonnance non susceptible de recours, sur les réquisitions du procureur général et après avis des parties, de désigner dans son ressort la cour d'assises d'appel. Le premier président recevrait de même les déclarations de désistement.

Les autres désignations seraient examinées par la chambre criminelle selon la procédure actuelle. Ne seraient donc soumises à la chambre criminelle que les affaires pour lesquelles :

- la désignation d'une cour d'assises située dans le ressort d'une autre cour d'appel doit être envisagée ;
- un problème de recevabilité de l'appel se pose ;
- la même cour d'assises doit être désignée, mais autrement composée.

La direction des affaires criminelles et des grâces est favorable à cette simplification logique.

Application des normes européennes à l'article 695-24, 2°, du code de procédure pénale

Les dispositions du 2° de l'article 695-24 du code de procédure pénale, qui constituent la transposition de celles de l'article 4, § 6, de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, ouvrent à la chambre de l'instruction la possibilité de refuser de remettre une personne réclamée aux fins d'exécution de peine lorsque « les autorités françaises compétentes s'engagent à faire procéder à cette exécution ». En tant qu'elles subordonnent leur mise en œuvre à la nationalité française de la personne réclamée et excluent par là même « de manière absolue et automatique de [leur] champ d'application les ressortissants d'autres États membres qui demeurent ou résident sur son territoire quels que soient les liens de rattachement que ceux-ci présentent avec ce dernier », ces dispositions ont été regardées par la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle, comme contraires à la décision-cadre précitée et à l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (CJUE (Gde ch.), 5 septembre 2012, Joao Pedro Lopes de Silva Jorge, n° C-42/11).

Il conviendrait en conséquence d'étendre la possibilité de mettre en œuvre les dispositions du 2° de l'article 695-4 au cas où la personne réclamée est un ressortissant d'un État de l'Union européenne ayant sa résidence en France. La condition de résidence pourrait alors être précisée à la lumière de l'arrêt par lequel la Cour de justice de l'Union européenne a admis la possibilité de limiter l'application des dispositions en cause aux personnes qui résident légalement sur le territoire de l'État d'exécution de façon continue depuis au moins cinq ans (CJUE, 6 octobre 2009, Dominic Wolzenburg, n° C-123/08). À l'occasion de la modification de l'article précité, il serait également utile de désigner l'autorité pouvant « s'engager » à ramener à exécution la peine en France. Il semble que, quel que soit le choix qui sera effectué sur ce point pour la transposition de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, la chambre de l'instruction pourrait, dans ce cas particulier,

prendre elle-même la décision de mise à exécution. Enfin, comme l'y autorise la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, cette décision pourrait être entourée de diverses conditions, qui seraient applicables quelle que soit la nationalité de l'intéressé. De telles conditions seraient bien entendu appelées à s'articuler avec celles qui assureront la transposition de la décision-cadre du 27 novembre 2008 précitée.

La direction des affaires criminelles et des grâces avait proposé de modifier la rédaction de l'article 695-24 du code de procédure pénale dans le cadre d'un projet de loi portant diverses dispositions en matière pénale et de procédure pénale en application des engagements internationaux de la France rédigé au début de l'année 2011 et transmis au parlement. Ce projet de loi proposait de modifier l'article 695-24 et l'article 695-32 afin de permettre l'exécution d'une condamnation étrangère en France ou le retour en France pour exécuter une condamnation, lorsque cette condamnation visait une personne « résidant légalement de façon continue depuis au moins cinq ans sur le territoire national ».

Dans le courant de l'année 2012, plusieurs décisions juridiques sont venues conforter la nécessité de modifier ces articles 695-24 et 695-32 du code de procédure pénale, notamment :

- la décision de la Cour de justice de l'Union européenne précitée (CJUE, Gde ch., 5 septembre 2012, Joao Pedro Lopes de Silva Jorge, n° C-42/11);
- la ratification par l'Union européenne, la Norvège et l'Islande d'un accord instaurant une procédure de remise intermédiaire entre l'extradition et le mandat d'arrêt européen.

La direction des affaires criminelles et des grâces a donc préparé un nouveau projet de loi dit DDAI, fusionnant les dispositions déjà examinées par le Conseil d'État et incluses dans le projet de loi déposé et de nouvelles dispositions adaptant le code de procédure pénale prenant en compte l'ensemble des adaptations nécessaires à la modification des articles 695-24 et 695-32 :

- à la prise en compte de l'arrêt de la CJUE;
- à l'entrée en vigueur prochaine de l'Accord du 28 juin 2006 entre l'Union européenne et la République d'Islande et le royaume de Norvège relatif à la procédure de remise entre les États membres de l'Union européenne et l'Islande et la Norvège;
- et à la transposition de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne.



LIVRE 3
ÉTUDE

Reproduction autorisée avec indication de la source
Utilisation commerciale interdite

LA PREUVE

**En collaboration avec M. le professeur Jean-François Cesaro
et le comité de rédaction, composé de :**

M. Samuel Crevel (référent partie 1)
M. Gilles Lacan (référent partie 2)
M. Jean-Pierre Gridel (référent partie 3)
M. Alexis Contamine (référent partie 4)
M. Thierry Fossier
M. Pierre Mucchielli
M. Xavier Prétot

ont contribué à l'étude :

M. Hugues Adida-Canac	Mme Pascale Labrousse
M. Gildas Barbier	M. Alain Lacabarats
Mme Dominique Bignon	Mme Laurence Lazerges
M. Jacques Buisson	M. Jean Lecaroz
Mme Sophie Canas	Mme Lise Leroy-Gissingier
Mme Claire Carbonaro	M. Patrick Matet
M. Alexis Contamine	Mme Laurence Pecaut-Rivolier
M. Samuel Crevel	Mme Alice Pezard
Mme Isabelle Darret-Courgeon	M. Xavier Prétot
M. Fabrice Delbano	Mme Murielle Robert-Nicoud
Mme Marie-Lucie Divialle	M. Cyril Roth
Mme Frédérique Dreifuss-Netter	M. Renaud Salomon
M. Philippe Flores	M. Xavier Savatier
M. Thierry Fossier	Mme Frédérique Schmidt
M. Hervé Gosselin	Mme Anne-Sophie Texier
M. Jean-Pierre Gridel	Mme Nina Touati
Mme Anne-Marie Grivel	Mme Sylvie Tréard
Mme Isabelle Harel-Dutirou	Mme Bénédicte Vassalo

AVANT-PROPOS

Par M. Jean-François Cesaro,
professeur à l'université Panthéon-Assas, Paris 2

Vérité et renouement

Instrument de la vérité judiciaire. La preuve est le moyen par lequel est découverte une vérité humaine particulière, cela vaut pour la vérité judiciaire. D'aucuns pourraient penser que la vérité est absolue et ne connaît pas de variations quelle que soit l'enceinte où elle est proférée. Le vocabulaire de la philosophie définit en effet la preuve comme une « opération amenant l'intelligence d'une manière indubitable et universellement convaincante (du moins en droit), à reconnaître la vérité d'une proposition considérée d'abord comme douteuse¹ ».

La vérité judiciaire ne saurait avoir d'aussi grandes prétentions. Elle ne naît pas dans le calme d'un cabinet de philosophe qui, nourri de lecture et d'échanges, peut consacrer toute son existence à la découverte de ces vérités universelles et absolues. Elle n'est pas non plus le fruit d'expérimentations conduites dans un laboratoire à l'aide d'éprouvettes et de microscopes, par des équipes d'hommes collaborant à la découverte de tel ou tel nouveau remède ou vaccin. La vérité judiciaire naît dans le contexte difficile d'un conflit. Il ne s'agit pas d'une simple controverse intellectuelle ou scientifique, portant sur la validité de telle ou telle théorie, et ayant pour enjeu la reconnaissance par les pairs, mais de la recherche d'une vérité qui s'effectue lors de procès pouvant mettre en cause la liberté, la fortune, la filiation ou l'honneur des justiciables. Dans un tel contexte, chacun est si bien convaincu de son droit qu'il peut, pour le soutenir, vouloir mettre en œuvre tous les moyens probatoires allant parfois jusqu'à dissimuler ou à mentir « de bonne foi ».

La vérité judiciaire présente encore la caractéristique notable de devoir être affirmée dans un temps limité. Alors qu'en philosophie ou dans les sciences on peut concevoir que la vérité soit le résultat d'une vie voire de plusieurs, en droit, le juge ne peut différer son jugement dans l'attente d'une parfaite certitude. Il doit trancher le litige en un temps limité, car l'existence même du procès est un trouble auquel il est nécessaire de mettre un terme. L'exigence du respect d'un délai raisonnable est en effet considérée comme un droit fondamental consacré par la Cour européenne des droits de l'homme et figure dans l'article préliminaire du code de procédure civile². C'est donc une vérité raisonnable et de nature à éteindre rapidement le conflit que l'institution judiciaire doit imposer.

1. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 17^e éd., 1991, p. 822, V^o Preuve.

2. F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina [et al.], *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^e éd., 2011, p. 374.

Condition du droit. La vérité judiciaire est encore particulière en cela qu'elle en conditionne une autre : la vérité du fait détermine la vérité du droit. En effet, la détermination de la bonne règle applicable ou de sa signification réelle n'a de sens et ne permet de rendre justice que lorsque les faits sont prouvés. L'application d'une règle de droit suppose que les conditions légales de son application soient établies. Sans preuve, le droit est comme désarmé, il ne peut être mis en œuvre par le juge. Selon un adage ancien, « c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé³ ». Il est donc possible d'avoir juridiquement raison, mais judiciairement tort. L'enjeu est considérable pour le justiciable qui doit présenter au juge, s'il veut que ses droits soient reconnus, les preuves de ses allégations.

Objet de droit. La vérité judiciaire est enfin particulière parce qu'elle est admise selon les voies du droit. Le vocabulaire juridique définit la preuve comme « la démonstration de l'existence d'un fait [...] ou d'un acte [...] dans les formes admises ou requises par la loi⁴ ». Il peut paraître bien étrange, pour le non-juriste, que des règles de droit régissent la manière dont la preuve est admise en justice. La vérité ne devrait-elle pas être une pure question de fait, laissée aux bons soins des enquêteurs, des experts, des scientifiques et de tous les sachants ? Il serait théoriquement concevable que, dans chaque procès, des agents soient chargés de la recherche de la vérité. Un tel corps d'auxiliaires de la justice aurait ainsi, dans tout litige, et pas uniquement lorsqu'il s'agit de rechercher des infractions, vocation à systématiquement assister les plaideurs pour l'établissement des faits nécessaires à l'application du droit. En dehors de la matière pénale, où les enjeux pour la société sont considérables, ce corps n'existe pas. Il est plusieurs bonnes raisons à cela. En premier lieu, on peut se demander s'il appartient à l'État, dans tous les litiges privés, même ceux qui sont mineurs, d'assister les plaideurs. Outre les coûts formidables pour les finances publiques d'un tel dispositif, ce serait également une incitation au procès. Or, il n'est guère certain que cela soit souhaitable. Il doit demeurer une zone grise de relatif inconfort où les justiciables ont vocation à trouver des arrangements raisonnables. Selon un adage classique, les « mauvais arrangements valent mieux que bon procès ». Ajoutons que certains justiciables pourraient être incités à instrumentaliser la justice en l'utilisant comme un instrument d'enquête sur autrui. Il suffirait en effet de faire procès à autrui pour que soit jetée sur les secrets de son existence la lumière parfois inutilement cruelle de la vérité. Faut-il, sous un prétexte juridique quelconque, sacrifier l'intimité de la vie privée, la paix des familles, révéler à tous les difficultés ou les savoir-faire d'une entreprise ? Cela n'est guère certain.

Les règles de droit visent précisément à ce que la recherche de la vérité ne soit pas la cause de trouble inutile. En généralisant le propos, on peut même aller jusqu'à distinguer une finalité du droit de la preuve. La vérité judiciaire doit participer au fonctionnement harmonieux de notre société. Plus que de révéler les faits, il s'agit de renouer les hommes.

Délimitation du sujet probatoire. Un des premiers principes du droit de la preuve dont il convient de faire état est celui qui délimite les questions faisant l'objet d'un débat

3. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 161, V° *Idem est non esse et non probari*.

4. *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, publié sous la direction de G. Cornu, PUF, 8^e éd., 2007, V° Preuve.

probatoire. Selon une règle faussement simple, seuls les faits donnent lieu à un débat probatoire alors que le droit, qui est connu du juge, ne saurait être objet de preuve.

Deux conséquences en sont naturellement déduites :

- 1) lorsqu'il s'agit de droit il n'est pas question de débat probatoire, mais d'application de règles nécessairement connues par le juge ;
- 2) lorsqu'il s'agit de faits, le débat probatoire est possible et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La première comme la seconde proposition appellent des précisions.

Ainsi, la connaissance du droit par le juge porte sur la norme étatique interne. Il n'est pas supposé connaître tous les usages et toutes les coutumes de nos régions et pays, ni les accords professionnels qui ont été conclus par les partenaires sociaux. Enfin, il n'est pas davantage tenu de connaître les lois de tous les pays. Dans tous ces cas, la règle devient, pour partie au moins, objet d'un débat probatoire. La Cour de cassation l'exprime, s'agissant de la loi étrangère, en une jolie formule : lorsqu'une loi étrangère est applicable au litige, le juge doit en rechercher « la teneur, avec le concours des parties [nous soulignons] et personnellement s'il y a lieu⁵ ».

Que le juge connaisse le droit interne n'interdit nullement aux parties d'en discuter le sens dans les procès. Il ne s'agit pas de prouver le droit, il s'agit d'en proposer une interprétation. En cette matière le juge est investi par le législateur de la mission de déterminer le sens véritable des lois. C'est non seulement un pouvoir, mais il s'agit surtout d'un devoir. L'article 4 du code civil rappelle en effet que le juge ne peut refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ».

Lorsqu'il s'agit de l'existence des faits, le débat probatoire où les parties ont un rôle essentiel peut avoir lieu. C'est au juge du fond qu'il appartiendra, souverainement, de déterminer ceux qui seront établis et ceux qui ne le seront pas. Ces appréciations n'ont pas vocation à être discutées devant le juge de cassation dès lors qu'il ne s'agit pas de droit. Pour autant, ce pouvoir sur les faits n'est pas totalement exempt de contrôle. En premier lieu, le droit pose les définitions. C'est à partir des règles de droit que l'on peut déterminer les faits pertinents qui seuls seront objets de débat probatoire. Autrement dit, l'appréciation souveraine des juges du fond ne peut porter que sur des faits qui entrent dans la définition prévue par la règle et contrôlée par la Cour de cassation⁶. Il est ensuite certaines constatations dont la nature est empreinte d'incertitude. Certaines notions présentent un caractère intermédiaire entre le fait et le droit, le juge du fond en apprécie l'essentiel sous la réserve d'un contrôle, formé parfois de quelques directives, du juge de cassation⁷. Enfin, l'existence d'un pouvoir souverain quant à l'appréciation des faits ne permet pas aux juges du fond de nier les évidences. Lorsque tel est

5. Voir *infra* l'étude, partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2, § 1, A : 1^{re} Civ., 28 juin 2005, pourvoi n° 00-15.734, *Bull.* 2005, I, n° 289; Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 02-14.686, *Bull.* 2005, IV, n° 138.

6. J. Chevalier, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, Chron. p. 37. Voir aussi l'étude, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 1, § 1, s'agissant de la notion de possession d'état.

7. Ainsi de la qualité de la notion d'« emprunteur averti » en matière commerciale ou la notion de « gravité » de la faute en matière sociale : voir l'étude, partie 1, titre 2, chapitre 1, section 5 et section 7.

le cas, la Cour de cassation intervient et contrôle en utilisant la technique de la dénaturation. Ainsi, l'appréciation de l'intention des parties à un contrat relève en principe du pouvoir des juges du fond. Deviner ce qu'a voulu faire tel ou tel contractant est en effet fort délicat, suppose de la psychologie, et n'est donc pas une question de droit. Pour autant, lorsque les termes du contrat sont sans ambiguïté, il est interdit au juge de prétendre leur donner un sens différent de celui que dicte l'évidence⁸. Ainsi, le fait lorsqu'il est indubitable, lorsque sa preuve est éclatante, obtient un statut juridique comparable au droit.

Règles de conviction ? La conviction du magistrat est encore, à bien des égards, déterminée par des règles de fond qui doivent permettre la juste manifestation de la vérité. Si, en principe, le juge dispose d'une grande liberté pour choisir les preuves qui fonderont sa décision, le droit formule néanmoins un certain nombre de principes qui guident cette conviction. Notre droit opère une transaction entre un système de « preuve légale » où la loi détermine la manière dont le juge forme sa conviction, et un système de « preuve morale » où le juge est totalement libre dans l'appréciation de la valeur des preuves qui lui sont présentées.

Ici encore, il faut avoir égard aux motifs qui conduisent à déterminer l'importance des preuves. Certains relèvent du bon sens. Ainsi, un adage classique prévoit que « nul ne peut se constituer un titre à soi-même ». Chacun comprend en effet qu'il n'est guère possible de créer de sa propre main un document imposant à autrui une obligation contractuelle. Sans quoi, il suffirait simplement de réclamer par un courrier valant mise en demeure une certaine somme pour que celle-ci soit due. Pour autant, un tel principe appliqué dans toute sa rigueur conduirait à rejeter des procès toutes les preuves qui proviennent même indirectement de celui qui les produit. Cette solution n'est pas retenue par notre système juridique. « Ce qui est strictement interdit, c'est de se constituer un moyen de preuve *pour les besoins du procès*⁹ ». En réalité, ce qui importe véritablement ce n'est pas de déterminer l'origine d'une preuve, mais de s'assurer qu'elle présente des garanties suffisantes de sincérité¹⁰.

Une autre règle d'une importance considérable est celle qui fait primer, s'agissant de la preuve des obligations, les écrits sur les indices et les témoignages. L'article 1341 du code civil, dont la rédaction est demeurée inchangée depuis 1804, dispose en effet qu'il « doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre ». Cette règle est-elle le gage de la parfaite vérité ? Ce n'est guère certain, car ce qui est écrit peut ne plus correspondre à la volonté des parties ou être une simulation.

8. Voir Civ., 15 avr. 1872, *D.P.* 1872, 1 172 ; *S.* 1872, 1, 232 décidant « qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment ».

9. J. Carbonnier, *Droit civil*, volume I, *Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, 1^{re} éd. Quadrige, 2004, p. 346 ; voir aussi l'étude, partie 3, titre 1, chapitre 1, section 1, § 1.

10. Voir l'étude, partie 3, titre 1, chapitre 1, section 1, § 2, D.

Mais alors, pourquoi imposer cette règle ? C'est d'abord la considération de l'alternative qui confère une supériorité à l'écrit sur le témoignage. La preuve par témoin n'est, en effet, pas un meilleur gage de vérité. Si en ancien droit on préférait les témoins qui rendent compte de ce qu'ils disent, cela supposait, sans garantie de succès, d'importants efforts pour déceler le mensonge¹¹, débrouiller l'imprécision, stimuler la mémoire des témoins¹². L'ancien droit se méfiait encore des témoignages isolés, un adage – *testis unus, testis nullus* – leur refusant même toute portée. Certaines coutumes prévoyaient de ne retenir que les témoignages d'hommes disposant d'un patrimoine, car ces derniers ont quelque chose à perdre en cas de mensonge. Ainsi, le statut de la ville de Bologne de 1454 ne permettait en matière contractuelle que la « déposition de quatre témoins gens d'honneurs & dignes de foy, majeurs de vinft-cinq ans, & au-dessus de tout reproche & possedans chacun la valeur de deux cens livres, monnoye de Bologne, auquel cas ces fortes preuves par témoins doivent être admises de quelque somme, de quelque chose, ou de quelque fait qu'il s'agisse, à concurrence de cinq cens livres & non au-dessus¹³ ». Ce sont ces difficultés, liées à la vérification délicate des témoignages, qui ont convaincu, en 1566, Charles IX d'imposer la supériorité de l'écrit à l'article 54 de l'ordonnance de Moulins. L'objectif poursuivi n'est pas d'affirmer une vérité absolue de l'écrit, mais de lui attribuer la valeur de vérité préférable, car elle permet « d'obvier à multiplication de faits que l'on a vu ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuves de témoins et reproches d'iceux dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès ».

Bien entendu, la doctrine rappelle que la force de l'écrit tient également au fait qu'il est préparé avant tout litige et qu'il a très souvent pour vertu d'éviter la surveillance de celui-ci¹⁴. Son contenu ne se modifie pas et reste insensible aux passions du procès. Le témoignage, lui, n'apparaît qu'au moment du procès et n'existe que pour le procès, il repose sur une mémoire faillible, parfois subjective et sensible aux passions.

Ce n'est pas là pourtant l'argument le plus convaincant pour fonder la valeur particulière de la preuve écrite. Deux raisons supplémentaires au moins peuvent être avancées. En premier lieu, l'écrit est immédiatement perceptible par les sens, la partie qui

11. *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*, tome 2, Cosse et Marchal, 2^e éd., 1861, p. 423 : « La corruption des mœurs et les exemples fréquents de subornation de témoins, nous ont rendu beaucoup plus difficiles à admettre la preuve testimoniale que ne l'étaient les Romains ».

12. Lors des travaux préparatoires, la crainte de la mauvaise foi comme celle de la faible mémoire des témoins justifient la supériorité de l'écrit. Ainsi, Jaubert déclare dans son rapport destiné au Tribunat : « Des hommes d'une égale bonne foi ne racontent-ils pas souvent d'une manière différente ce qu'ils ont vu, ce qu'ils ont entendu ? [...] Si nous n'avions que la tradition orale, que deviendraient la plupart de nos conventions lorsque les années en auraient altéré les traces ? Que d'erreurs, que d'incertitudes, que de procès, enfin que de sujets de triomphes pour l'injustice ! », cité par Loqué, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome XII, Treuttel, 1828, p. 526.

13. Boiceau, *Traité de la preuve par témoins en matière civile contenant le commentaire de M^e J. Boiceau, sieur de La Borderie sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins*, par M. Danty, C. Osmont, 1697, préface, p. V.

14. « Le procès sera peut-être évité toutes les fois que le plaideur en puissance sera convaincu... qu'un juge serait convaincu de lui donner tort », voir Ph. Théry, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits* 1996, p. 41 et s.

perd le procès en raison de la preuve apportée par cet écrit ne peut qu'en constater l'existence. En second lieu, et c'est là le motif décisif, la règle de l'écrit est un appel à la responsabilité des justiciables. Elle leur fixe un devoir. Lorsque l'enjeu du contrat est important, il convient d'être prudent et de rédiger l'engagement sur un support stable auquel le droit donnera une efficacité juridique maximale. En conséquence, celui qui ne rédige pas d'écrit se montre négligent et succombe légitimement. Inutile de tenter de rattraper cette insuffisance et d'encombrer la justice avec des témoignages incertains et imprécis. L'application de l'article 1341 du code civil, qui incite à la constitution d'écrit, contribue ainsi à améliorer le fonctionnement de la société en sécurisant et en fiabilisant les rapports juridiques qu'entretiennent les hommes. C'est une autre illustration de la manière dont le droit concilie, dans la vérité judiciaire, l'exigence de vérité avec l'exigence de justice.

On peut se demander si les évolutions des techniques ne devraient pas conduire à reconsidérer la place de l'écrit classique dans la hiérarchie des preuves. La question n'est guère nouvelle. Chaque génération, en considération de son état technologique, l'a posée. En 1890, un remarquable juriste s'interrogeait sur les applications que pouvait recevoir le phonographe en matière probatoire¹⁵ ; dans les années cinquante, l'interrogation s'étendait ensuite au rôle probatoire du magnétophone¹⁶ et aujourd'hui, où certains s'extasient devant les réseaux informatiques, on se demande si l'écrit électronique ne devrait pas supplanter l'écrit papier. Le droit adopte une démarche prudente. Il n'est guère question de renverser des règles qui participent d'une certaine sécurité juridique depuis plusieurs siècles au motif que le support des échanges humains évolue. Pour autant, l'écrit électronique n'est nullement rejeté, il est admis avec des réserves qui viennent en garantir la fiabilité. L'article 1316-1 du code civil dispose ainsi que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Il n'est pas question ici de remplacer une preuve par une autre, mais de permettre aux nouveaux modes de preuve, sous de strictes conditions, d'avoir la même force probatoire que les anciens.

Une manière de prouver. En droit, la manière dont la vérité est révélée à la justice importe autant, si ce n'est plus, que la vérité elle-même. La violence et la souffrance sont inscrites dans l'histoire du droit de la preuve dont elles marquent jusqu'à l'étymologie du verbe « prouver », qui a d'abord signifié « mettre à l'épreuve »¹⁷.

Le recours à l'ordalie pour apporter la preuve judiciaire dans les sociétés archaïques en est la meilleure illustration. Elle consiste à soumettre un individu à une épreuve pour déterminer la véracité de ses affirmations. Telle personne devra ingurgiter un poison et l'on jugera de sa culpabilité à sa survie et à la nature de ses convulsions ; tel accusé sera jeté dans les eaux d'un fleuve, de la mer ou d'une cuve et son aptitude à flotter déterminera sa liberté ; tel plaideur devra saisir dans un récipient d'eau bouillante un objet

15. J. Valéry, « Examen des applications que le phonographe peut recevoir dans la correspondance commerciale et de leurs conséquences juridiques », *Ann. de droit commercial* 1890, doct., p. 95.

16. P. Mimin, « La preuve par magnétophone », *JCP éd. G*, 1957, I, 1370.

17. A. Rey, M. Tomi, T. Hordé, C. Tanet, *Dictionnaire historique de la langue française*, dictionnaires Le Robert, réimpression mars 2000, V^o Prouver.

et la nature de ses brûlures déterminera la vérité de ses propos¹⁸. La force de ces procédés probatoires était telle qu'il arrivait fréquemment que des accusés, alors même qu'ils étaient innocents, acceptaient d'être considérés comme coupables. Ce n'était nullement le résultat du fatalisme, mais le résultat de l'ordalie elle-même qui ébranlait chez l'accusé « jusqu'à la croyance en son innocence¹⁹ ».

L'évolution du droit de la preuve dans nos sociétés a consisté non seulement à se départir des conceptions mystiques qui sous-tendent ces épreuves, mais aussi à écarter la violence lors de la recherche de la vérité.

Notre droit tente d'instaurer un rapport de proportionnalité entre le trouble causé par la recherche de la vérité et l'importance des principes en cause dans le litige. Plus l'action judiciaire mettra en jeu une valeur fondamentale, plus les moyens employés pourront être intrusifs. Réciproquement, le respect de règles strictes s'imposera aux plaideurs poursuivant en justice la satisfaction d'intérêts purement individuels.

La recherche de cet équilibre conduit à, d'une part, contrôler la légitimité de l'acquisition des preuves et à, d'autre part, préserver la possibilité pour chaque partie de discuter les preuves avancées par l'autre.

Lorsqu'il s'agit de déterminer les preuves que le juge peut admettre, une première limite tient au respect naturellement dû à l'intégrité de la personne. Il en résulte que la torture ne doit en aucun cas, pour aucune cause, être admise comme un moyen d'obtenir des preuves. Ainsi que le rappelle la présente étude, il n'est aucun facteur justificatif, aucune balance des intérêts, aucune prise en considération de la personne, de la nature de l'infraction ou de la qualité de la victime qui puisse justifier de tels agissements²⁰. Cette prohibition, qui pourrait relever du droit naturel, est consacrée par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui prévoit que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». Ce principe ne s'applique pas uniquement à la matière pénale, il s'étend à l'ensemble du droit de la preuve. Ainsi, en dehors du droit pénal, l'article 259-1 du code civil dispose qu'en matière de divorce, un époux « ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence [...] ».

Hormis ce principe intangible, la conciliation entre la vigueur des moyens probatoires et les fins poursuivies suppose de délicats aménagements. Le contentieux relatif aux expertises biologiques en matière de filiation constitue une bonne illustration. La Cour de cassation y décide que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation [et d'action à fins de subsides²¹], sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ». Ce principe permet aux juges de refuser une expertise biologique demandée dans un objectif strictement financier contre l'auteur d'une reconnaissance de paternité qui, ayant reconnu des relations sexuelles avec la mère de l'enfant, n'a jamais contesté, pendant près de soixante ans, sa paternité. La paix des familles et le respect

18. H. Lévy-Bruhl, *La Preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 63 et s.

19. H. Lévy-Bruhl, préc., p. 77.

20. Voir l'étude, partie 4, titre 1, chapitre 1, section 2, § 2, B, 2, b. et partie 4, titre 2, chapitre 2, section 2, § 1, A, 1, a.

21. 1^{re} Civ., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-18.223, *Bull.* 2009, I, n° 159.

d'une certaine quiétude quant au lien de filiation constituent un motif légitime s'opposant à l'expertise biologique²².

On trouve la même recherche d'une solution équilibrée, proportionnée, dans le contentieux relatif au recours à un détective privé lors d'un divorce. En principe, la Cour de cassation ne condamne pas ce procédé et permet au mari ou à la femme suspectant un adultère de solliciter un tel enquêteur²³. En revanche, elle condamne au nom du respect dû à la vie privée la surveillance constante de plusieurs mois pesant sur l'un des époux afin d'obtenir une diminution de la prestation compensatoire lui étant due²⁴.

On trouve aussi en droit des relations de travail la recherche de tels équilibres. D'un côté l'employeur, propriétaire des moyens de production, investi de prérogatives contractuelles de contrôle de l'activité de ses salariés, peut souhaiter s'assurer qu'ils accomplissent efficacement leur prestation de travail; de l'autre, l'entreprise ne saurait se transformer en un lieu de contrôle permanent et le code du travail prescrit le respect des libertés du salarié. Plus généralement, la relation de travail impose aux parties confiance et loyauté réciproques. Il en résulte que si l'employeur peut librement contrôler le contenu des outils mis à la disposition du travailleur, il ne peut pour autant prétendre violer les espaces de vie personnelle (désignés comme tels par le salarié) que les salariés ont pu se ménager dans les interstices de leur vie professionnelle, il ne peut davantage placer des dispositifs clandestins de contrôle d'autrui, ni transformer son entreprise en un lieu de perpétuelle surveillance électronique.

La nécessité, dans un certain nombre de contentieux civils, de faire preuve d'une certaine franchise, voire d'une certaine transparence lors de la recherche des preuves ne saurait être généralisée. Il faut parfois, pour saisir la vérité, pouvoir approcher à pas feutrés et dans le secret. Ainsi, il ne saurait être question d'informer un délinquant que ses conversations téléphoniques sont enregistrées ou que les lieux où il est présumé commettre ses forfaits sont placés sous écoute. Ici le droit protège le secret de l'enquête et à travers lui permet la défense de la société tout entière. Bien entendu il ne s'agit pas d'un droit d'écoute inconditionnel et illimité dans le temps. La chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle que les écoutes et enregistrements trouvent une base légale dans le code de procédure pénale et peuvent être effectués à l'insu des intéressés dès lors qu'ils sont opérés pendant une durée limitée, sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle en vue d'établir la preuve d'un crime ou d'une infraction portant gravement atteinte à l'ordre public et d'en identifier les auteurs²⁵.

22. 1^{re} Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.398, *Bull.* 2009, I, n° 297.

23. Voir l'étude, partie 4, titre 2, chapitre 2, section 2, § 2, A, 1.; 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-13.745, *Bull.* 2005, I, n° 213.

24. Voir l'étude, partie 4, titre 2, chapitre 2, section 2, § 2, A, 1.; 2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 02-19.886, *Bull.* 2004, II, n° 273.

25. Voir l'étude, partie 4, titre 2, chapitre 2, section 2, § 2, A, 2, a, γ. Enregistrements en matière pénale, not. Crim., 26 novembre 1990, pourvoi n° 90-84.594; voir aussi, Crim., 5 novembre 1991, pourvoi n° 91-84.134.

Elle précise encore que l'écoute doit être obtenue sans artifice ni stratagème et que sa transcription doit pouvoir être discutée par les parties concernées dans le respect des droits de la défense²⁶.

C'est là un second principe, qu'on appelle principe de la contradiction, essentiel pour l'admission des preuves, qui veut que chaque partie soit mise en mesure de discuter les preuves qui sont avancées par l'autre. Cette exigence est d'abord la conséquence de la recherche de l'égalité dans l'enceinte du procès. Chaque partie doit être en mesure, comme l'autre, de défendre ses intérêts. Mais cette exigence contribue aussi à l'amélioration de la recherche de la vérité. En effet l'une des vertus du principe de la contradiction est de favoriser la prévention des erreurs dans l'appréciation des faits. Le juge qui ne retiendrait l'affirmation que d'une seule des deux parties pourrait tenir pour acquis un point qui, en réalité, est incertain ou erroné. Soumettre chaque affirmation d'un plaideur à la discussion de l'autre permet un examen critique conduisant souvent à déjouer de fausses évidences. Cette vertu du principe de la contradiction justifie qu'il soit appliqué à toutes les preuves, y compris aux opinions, rapports ou conclusions des experts et des sachants. En effet, ni le savoir technique, ni l'objectivité, ni la connaissance scientifique ne prémunissent contre les erreurs.

Sagesse des incertitudes. Comment faire, enfin, lorsque toutes les preuves ont été recherchées, lorsque tous les débats ont eu lieu, que toutes les parties se sont prononcées et que leurs experts ont rendu leurs conclusions, mais que malgré tout cela, le juge demeure dans l'incertitude alors qu'il doit délibérer ? C'est une incertitude qui bien entendu ne peut porter que sur la consistance des faits et ne résulter que de la faiblesse des preuves. Elle suppose encore que le juge n'ait pas la ressource de se fonder sur une preuve déterminante dont le droit aurait préalablement fixé la force probante. Le juge qui hésite, qui est incertain, ne peut reporter sa décision, il est impérativement tenu de trancher le litige. Ce doute qui l'étreint n'est pas une simple ignorance, il n'est pas le commencement de la recherche, il en est au contraire l'aboutissement. Ainsi que l'écrivait Merlin de Douai, « Cette position n'est pas celle des magistrats les moins sages et les moins éclairés. On remarque tous les jours que ceux qui ont le moins d'expérience et de lumières sont les plus hardis à trancher sur les difficultés les plus épineuses²⁷ ».

Dans ces hypothèses, le juge étant neutre, c'est la partie qui a échoué à rapporter la preuve de ses prétentions qui devra en subir les conséquences et perdre son procès. Toute la question consiste à déterminer celle qui doit succomber dans ses prétentions en cas d'incertitude. Il est généralement affirmé que la charge de la preuve repose sur le demandeur au procès. À lui de supporter les conséquences de son incapacité à justifier des raisons qui l'ont conduit à engager son action. Cette règle est généralement rattachée à l'article 1315 du code civil. Cependant, les choses ne sont pas si simples²⁸. Déterminer la partie qui doit succomber si la preuve n'est pas faite ne saurait être réglé par un seul principe. L'article 1315 du code civil n'énonce aucun principe général, il n'a d'autre

26. Voir l'étude, partie 4, titre 2, chapitre 2, section 2, § 2, A, 2, a, γ. Enregistrements en matière pénale.

27. M. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., Garnery, 1812, tome IV, V^o Doute, spéc. p. 385.

28. Voir, en particulier, J. Chevalier, *La Charge de la preuve. Cours de droit civil approfondi*, les Cours de droit, 1958-1959.

objet que la preuve du paiement de l'obligation. Hormis dans de très rares hypothèses, il existe dans chaque litige une présomption dite « antéjudiciaire » qui détermine le sens dans lequel il convient de trancher le litige lorsque les faits sont incertains. Ces règles sont parfois énoncées clairement par le législateur, mais elles peuvent aussi appeler un travail d'interprétation plus approfondi. Cependant, elles permettent dans l'immense majorité des cas de déterminer la partie qui doit succomber en cas d'insuffisance des preuves. Ce n'est que lorsque ces règles font défaut qu'il faut rechercher dans les principes généraux des motifs pour imputer à l'une ou à l'autre des parties le fardeau de la preuve. Ce qu'il convient de retenir, ce qui est essentiel, c'est que la décision judiciaire reste fondée sur des motifs raisonnables même dans des situations d'incertitude. Autrement dit, on peut réaliser la justice en n'ayant pas une connaissance parfaite des faits dès lors qu'on dispose pour cela de motifs raisonnables.

Certaines règles sont connues de tous. Ainsi la présomption d'innocence, qui veut que l'accusé profite du doute, fait partie du fonds culturel commun des Français. Ce qui est moins connu en revanche c'est la consistance de ce doute. Il faut se garder de croire que le moindre doute, la première hésitation suffisent à garantir à l'accusé une relaxe. C'est un doute savant qui profite à l'innocent, le doute d'un juge qui aura déployé tous les efforts pour parvenir à une conviction et n'y sera pas parvenu. La Cour de cassation veille à ce que les juges du fond ne fassent état de leur doute qu'après avoir épuisé les moyens de preuve permettant de révéler la vérité²⁹.

La présomption d'innocence n'est que la partie émergée de l'ensemble des règles qui permettent aux juges de régler les situations d'incertitude. Des dispositions posant des présomptions antéjudiciaires, bien que n'étant pas toutes formulées de cette manière, traversent l'ensemble du droit. Il n'est guère possible de toutes les présenter, il n'est pas davantage possible, sans caricature, de prétendre qu'un principe commun les guide toutes.

En réalité, dans chaque situation, le droit s'attache à trouver les arguments pertinents pour faire peser la charge probatoire plutôt sur une partie que sur l'autre. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une maladie née lors d'une hospitalisation, le droit décide que la victime supporte la charge d'établir que celle-ci a été contractée au sein de l'établissement de soins³⁰. Cependant, une fois cette preuve apportée, elle décide que l'hôpital ne peut plus prétendre échapper à sa responsabilité soit en démontrant qu'il n'a commis aucune faute soit en prétendant qu'un autre établissement pourrait aussi être à l'origine de la maladie³¹. On le voit, il y a ici un équilibre qui est trouvé entre l'établissement de soins et la victime. Cette dernière est dispensée d'établir la faute de l'hôpital et d'établir, lorsque plusieurs d'entre eux pourraient être à l'origine du dommage, celui qui est précisément le responsable. Pour autant les hôpitaux ne sont pas présumés responsables.

29. Voir l'étude, partie 2, titre 2, chapitre 2, section 1 : « La chambre criminelle veille depuis le XIX^e siècle à une saine application du principe du bénéfice du doute. Elle le proclame sans réticence dans des arrêts innombrables. Mais elle se doit aussi d'inviter les juges du fond à ne pas écarter les preuves réunies, au profit d'un doute qui, certes, ne peut manquer d'ébranler dès le premier regard tout magistrat consciencieux, mais ne doit pas l'empêcher de juger (sur l'aspect théorique et pratique de la question, voir T. Fossier et F. Lévêque, « Le “presque vrai” et le “pas tout à fait faux” : probabilités et décision juridictionnelle », *JCP* éd. G n° 14, 2 avril 2012, 427). »

30. Voir l'étude, partie 2, titre 2, chapitre 1, section 3, § 1.

31. Voir l'étude, partie 2, titre 2, chapitre 1, section 3, § 1.

Les raisons qui conduisent à attribuer le fardeau de la preuve à telle ou telle partie sont nombreuses. On s'attachera parfois aux faits probables, parfois on privilégiera les solutions préservant la paix des familles, des situations acquises, et l'on imputera la charge de la preuve à celui qui prétend les bouleverser, ou encore l'on fera peser le fardeau probatoire sur celui qui paraît le plus apte à apporter les preuves ou sur celui qui subira le moins lourdement un échec dans ses prétentions... Ces règles ne sont pas figées, elles correspondent, comme les lois qui régissent un pays, à une certaine forme de consensus social. En 1804 le maître était cru sur parole pour la quotité des gages qu'il devait à son domestique parce que le code civil «ne voulait pas laisser le patron honnête à la merci de la parole d'un domestique sans racines ni moralité³²». L'actuel code du travail prévoit que lorsqu'un doute subsiste quant aux motifs justifiant le licenciement, il profite au salarié.

Les règles contribuent aussi à dessiner une certaine conception de l'homme dans ses relations avec autrui. Et, fait rassurant, par lequel il ne paraît pas mauvais de conclure, le droit de la preuve dessine une image optimiste de l'homme. Il présuppose la capacité juridique décidant que l'homme doit être présumé capable de conclure les actes juridiques plutôt qu'incapable et il suppose aussi que l'homme doit être *a priori* considéré comme bon et dès lors il présume sa bonne foi. Portalis estimait que les lois, même si elles doivent prévenir la méchanceté des hommes, «doivent montrer une certaine franchise, une certaine candeur. Si l'on part de l'idée qu'il faut parer à tout le mal et à tous les abus dont quelques personnes sont capables, tout est perdu. On multipliera les formes à l'infini, on n'accordera qu'une protection ruineuse aux citoyens ; et le remède deviendra pire que le mal. Quelques hommes sont si méchants que, pour gouverner la masse avec sagesse, il faut supposer les plus mauvais d'entre les hommes, meilleurs qu'ils ne sont³³».

32. J. Carbonnier, *Droit civil*, volume I, *Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, 1^{re} éd. Quadriga, 2004, p. 349. Loysel pouvait encore écrire que «Pauvreté n'est pas vice : mais en grande pauvreté, n'y a pas grande loyauté, ou honneste pauvreté est clersmée». Cet adage inspiré de Villon rendait «suspect le témoignage des pauvres [et] ne doit être entendu que de ceux qui sont mal contents de leur état, qui souhaitent des richesses ; car, quant à ceux qui ne souhaitent rien, et qui seraient fâchés d'être riches, cette règle ne convient pas ; ces derniers pouvant, au contraire, être dits heureux [...]», A. Loysel, *Institutes coutumières, avec les notes d'E. de Laurière*, nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée par M. Dupin et E. Laboulaye, 1846, tome II, p. 161-162, n° 785 ; voir aussi T. Verheyden, «Les péripéties du droit de la preuve en matière de contrats de travail», in *Cent ans de droit social belge. Mélanges offerts à Louis Duchatelet*, Bruylant, coll. Droit social, 2^e éd., 1988, p. 257 et s.

33. J.-É.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, [reprod. en fac-sim.], Centre de philosophie politique et juridique, coll. Bibl. de philosophie politique et juridique, textes et documents, 1989, Discours préliminaire sur le projet de code civil, p. 54.



La preuve



LA PREUVE

PARTIE 1 – OBJET DE LA PREUVE	107
TITRE 1 – PREUVE DU DROIT	107
Chapitre 1 – Preuve du droit interne	107
Section 1 – Preuve du contenu du droit.....	107
§ 1. Preuve des usages	108
§ 2. Preuve des conventions collectives	109
Section 2 – Preuve de l'ignorance du droit	109
Chapitre 2 – Preuve du droit extra-national.....	111
Section 1 – Preuve des engagements internationaux.....	111
Section 2 – Preuve de la loi étrangère.....	111
§ 1. Preuve de la loi civile.....	111
<i>A. Obligation de rechercher le contenu de la loi applicable</i>	112
<i>B. Moyens de détermination du contenu de la loi étrangère</i>	113
§ 2. Preuve de la loi répressive	113
TITRE 2 – PREUVE DU FAIT ET ÉTENDUE DU CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION	115
Chapitre 1 – Appréciation souveraine des juges du fond.....	115
Section 1 – En droit de la famille.....	116
§ 1. Preuve de la filiation.....	116
§ 2. Preuve des récompenses en droit des régimes matrimoniaux.....	117
Section 2 – Droit électoral	119
Section 3 – Droit de la responsabilité	120
Section 4 – Droit des biens	122
Section 5 – Droit commercial	123
§ 1. Droit commercial général	123
§ 2. Droit bancaire	124
<i>A. Constatation des faits</i>	124
<i>B. Évaluation du préjudice</i>	125
<i>C. Qualification des faits résultant d'une appréciation quantitative</i>	125
<i>D. Qualification des faits résultant de la connaissance d'un fait par une partie ou de son état psychologique</i>	126
Section 6 – Droit fiscal	127
Section 7 – Droit du travail.....	129
Section 8 – Droit pénal.....	131
§ 1. Principes généraux gouvernant le contrôle.....	131
§ 2. Application particulière aux standards	133
Chapitre 2 – Dénaturation.....	137
Section 1 – Notion de dénaturation	137
Section 2 – Visa.....	138

PARTIE 2 – CHARGE DE LA PREUVE	139
TITRE 1 – PRÉSUMPTIONS LÉGALES ET PRÉTORIENNES	139
Chapitre 1 – Présomptions légales	140
Section 1 – En matière civile et commerciale	140
§ 1. Présomption de fraude en matière d’acquisition de nationalité par mariage	140
<i>A. Détermination de la date de la découverte de la fraude</i>	141
<i>B. Présomption de fraude</i>	141
§ 2. Présomption de profit de la communauté en cas d’encaissement de fonds propres ou provenant d’un propre	142
§ 3. Présomption de titularité des droits d’auteur de l’exploitant à l’encontre du tiers poursuivi pour contrefaçon	145
§ 4. Présomption de licéité de la cause, posée par l’article 1132 du code civil (non-subordination à la régularité formelle de la reconnaissance de dette)	146
§ 5. Présomption de « pas-de-porte » dans le statut des baux ruraux... ..	147
§ 6. Présomption de responsabilité du transporteur	150
Section 2 – En matière fiscale	152
Section 3 – En droit du travail et de la sécurité sociale	153
§ 1. Présomption d’imputabilité de l’accident survenu au lieu et au temps de travail	153
§ 2. Présomption de lien d’exposition à l’amiante	156
§ 3. Présomption de maladie professionnelle	157
<i>A. Présomption résultant de l’inscription de la maladie dans un tableau de maladies professionnelles</i>	157
<i>B. Établissement de la maladie professionnelle à partir d’une expertise individuelle</i>	158
Section 4 – En matière pénale et douanière	159
§ 1. Présomption de responsabilité en matière de circulation (au pénal)	159
§ 2. Présomption de culpabilité en matière douanière	160
Chapitre 2 – Présomptions prétoriennes	162
Section 1 – En matière civile et commerciale	162
§ 1. Paiement de la dette d’autrui	162
§ 2. Présomption de mandat de représentation de la société apéritrice à l’égard des coassureurs	163
§ 3. Présomption d’utilité publique des fonds affectés à une mission diplomatique	164
Section 2 – En droit du travail	165
§ 1. Présomption tirée de la mention d’une convention collective sur un bulletin de paie	165
§ 2. Présomption tirée de l’apparence de contrat	166
Section 3 – En matière pénale	167
§ 1. Abus de biens sociaux : présomption de l’usage des biens dans l’intérêt personnel du dirigeant en cas de prélèvement occulte	167
§ 2. Présomption de mauvaise foi et preuve de fait justificatif de bonne foi en matière de diffamation	168

TITRE 2 – RISQUE DE LA PREUVE	170
Chapitre 1 – Attribution du risque	171
Section 1 – En matière civile et commerciale.....	171
§ 1. Successions et donations.....	171
A. <i>Preuve de l'intention libérale : généralités</i>	171
B. <i>Preuve de l'intention libérale : donation entre époux</i>	172
§ 2. Assurances et indemnisation des victimes d'infraction	173
A. <i>Preuve du paiement de la prime d'assurance</i>	173
B. <i>Preuve de la date du paiement de la prime</i>	173
C. <i>Preuve de l'exception à une exclusion de garantie</i>	174
D. <i>Indemnisation des victimes d'infractions : preuve de la forclusion</i>	175
§ 3. Relations locatives	175
A. <i>Preuve du vice caché affectant la chose louée</i>	176
B. <i>Preuve du caractère manifestement sous-évalué du loyer</i>	177
C. <i>Preuve du paiement du loyer</i>	177
D. <i>Baux dérogatoires : preuve de l'opposition au maintien dans les lieux</i>	178
E. <i>Preuve de la consistance d'un préjudice</i>	179
F. <i>Preuve de créances du bailleur venant en déduction du dépôt de garantie</i>	180
G. <i>Preuve de la mise à disposition du locataire des justificatifs de charges</i>	181
H. <i>Preuve de la réalité des prestations facturées (en cas de clause de mise à disposition)</i>	181
§ 4. Droit bancaire	182
A. <i>Répartition de la charge de la preuve</i>	182
B. <i>Transmission de la charge de la preuve</i>	183
C. <i>Quantum des intérêts perdus</i>	184
Section 2 – En matière fiscale.....	185
§ 1. Principes généraux de répartition de la charge entre contribuable et administration fiscale	185
§ 2. Dispositions spécifiques à certains redressements	187
Section 3 – En droit privé de la santé	189
§ 1. Infections nosocomiales : preuve du lien causal entre hospitalisation et pathologie constatée.....	189
§ 2. Produits de santé défectueux : preuve du lien causal entre usage du produit ou exposition au produit et pathologie constatée.....	190
§ 3. Preuve de l'information médicale	192
Section 4 – En droit de la sécurité sociale.....	193
§ 1. Preuve en matière de redressement des cotisations de sécurité sociale.....	193
A. <i>Preuve du silence circonstancié de l'agent de contrôle</i>	193
B. <i>Preuve de l'insuffisance de la comptabilité de l'assuré</i>	194
§ 2. Preuve en cas de recouvrement de l'indu.....	194
§ 3. Preuve de la date de notification d'une décision	195
§ 4. Preuve de la faute inexcusable	195
A. <i>Obligation de sécurité de résultat et éléments constitutifs de la faute</i> .	196
1. Acte ou omission volontaire de l'employeur.....	196
2. Conscience du danger que devait avoir l'employeur	197
3. Preuve de la faute inexcusable par le demandeur à l'action.....	197
B. <i>Nécessité d'un lien de causalité</i>	197

Section 5 – En droit du travail.....	198
§ 1. Preuve dans le contentieux des élections professionnelles.....	198
§ 2. Preuve en matière de harcèlement.....	200
§ 3. Preuve en matière de discrimination	203
§ 4. Preuve des heures de travail accomplies	207
Section 6 – En matière pénale	209
§ 1. Présomption d’innocence et renversement ou aménagement de la charge de la preuve	209
§ 2. «Allègement» de la charge de la preuve en matière de corruption	213
Chapitre 2 – Bénéfice du doute	215
Section 1 – Doute à l’égard de l’accusé (matière pénale)	215
Section 2 – Doute à l’égard de la victime (matière civile)	218
§ 1. Doute et présomption de contamination transfusionnelle par le virus de l’hépatite C	218
§ 2. Doute relatif à la catégorie d’appartenance de la victime dans la loi du 5 juillet 1985	219
PARTIE 3 – MODES DE PREUVE	221
TITRE 1 – VALEUR PROBANTE DE L’ÉLÉMENT PRODUIT	221
Chapitre 1 – Principe de la force probante.....	221
Section 1 – L’adage « Nul ne peut se constituer un titre à soi-même » ..	221
§ 1. Stricte portée de la prohibition.....	222
§ 2. Inapplicabilité de la prohibition aux faits juridiques.....	222
A. <i>Première chambre civile</i>	223
B. <i>Deuxième chambre civile</i>	223
C. <i>Troisième chambre civile</i>	223
D. <i>Chambre commerciale</i>	224
Section 2 – Contestation de titre.....	225
§ 1. Contestation de l’acte sous seing privé	225
A. <i>Déni d’écriture et de signature</i>	225
B. <i>Acte sous seing privé et constat d’huissier</i>	226
§ 2. Contestation de l’acte authentique	227
Chapitre 2 – Intensité de la force probante.....	229
Section 1 – Acte de bornage.....	229
Section 2 – Procès-verbaux en matière pénale, douanière et fiscale.....	229
§ 1. Procès-verbaux valant jusqu’à preuve contraire	230
§ 2. Procès-verbaux valant jusqu’à inscription de faux	231
TITRE 2 – LIBERTÉ QUANT À L’ÉLÉMENT PRODUIT	232
Chapitre 1 – En droit civil des obligations.....	232
Section 1 – Preuve de la cause de l’obligation	233
Section 2 – Preuve du paiement libératoire	234
Chapitre 2 – En droit de la famille.....	235
Section 1 – Fait invoqué à l’appui du divorce.....	235
Section 2 – Contenu des dispositions testamentaires.....	236

Chapitre 3 – En droit des actes de commerce	237
Section 1 – Principe de la liberté des preuves.....	238
Section 2 – Atténuation du particularisme probatoire	240
Section 3 – Réglementation spécifique des livres comptables et factures émises par les commerçants	240
Section 4 – Bail commercial entre commerçants	241
Chapitre 4 – En droit des assurances	242
Section 1 – Preuve du contrat d'assurance.....	242
§ 1. Preuve de l'existence et du contenu du contrat d'assurance par l'assuré.....	242
§ 2. Preuve de l'existence et du contenu du contrat d'assurance par les tiers	243
Section 2 – Preuve de la connaissance des clauses du contrat.....	244
Section 3 – Preuve de la fausse déclaration et de la mauvaise foi.....	245
Section 4 – Preuve de la fausse déclaration et rôle du questionnaire....	245
Chapitre 5 – En droit des biens	248
Section 1 – Titularité d'un droit réel	248
§ 1. Preuve du droit de propriété	248
§ 2. Preuve d'une servitude	249
Section 2 – Valeur de l'immeuble exproprié.....	250
Chapitre 6 – En droit du statut du fermage.....	252
Section 1 – Preuve de l'existence d'une convention soumise au statut .	252
Section 2 – Preuve d'un manquement du preneur.....	254
Chapitre 7 – En droit des procédures collectives	256
Chapitre 8 – En droit du travail	258
Section 1 – Recevabilité des attestations, témoignages, présomptions .	258
Section 2 – Protection des témoins en matière de harcèlement	258
Section 3 – Recevabilité de l'aveu	259
Section 4 – Observations complémentaires	260
Chapitre 9 – En droit pénal	261
Section 1 – Preuve de la flagrance	262
Section 2 – Preuve de l'élément matériel de l'infraction.....	263
Section 3 – Preuve de l'élément moral	263

PARTIE 4 – ADMINISTRATION DE LA PREUVE..... 265

TITRE 1 – TECHNIQUES D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE 265

Chapitre 1 – Mesures d'instruction.....	265
Section 1 – Mesures d'instruction en droit civil.....	265
§ 1. Mesures d'instruction en référé ou sur requête (article 145 du code de procédure civile)	265
A. <i>Conditions générales</i>	266
1. Conserver les preuves ou établir les faits	266
2. Potentialité d'un procès	268

B. Mise en œuvre.....	268
1. Empêchement légitime en droit commercial	269
2. Mesures <i>in futurum</i> en droit du travail	270
§ 2. Visites domiciliaires en matière fiscale	272
§ 3. Saisies-contrefaçon.....	273
Section 2 – Mesures d’instruction dans le cadre d’une procédure pénale	274
§ 1. Secret des mesures d’instruction.....	275
§ 2. Modalités de l’instruction.....	278
A. Encadrement de l’objet des investigations.....	278
B. Liberté des modes d’investigation	280
1. Principe	280
2. Limites	281
a. Limites spéciales.....	281
b. Limites générales	281
Chapitre 2 – Expertises	284
Section 1 – Expertise aide à la décision	284
§ 1. Expertise en matière de construction.....	284
A. Développement de l’expertise	285
B. Renouvellement de l’expertise.....	285
§ 2. Expertise de gestion en droit des sociétés	287
Section 2 – Expertise, élément de la décision	288
§ 1. Expertises médicales obligatoires.....	288
A. Obligation du recours à l’expertise en matière de transsexualisme	288
B. Recours obligatoire à l’expertise médicale de l’article L. 141-1 du code de la sécurité sociale	289
§ 2. Expertises patrimoniales obligatoires	290
A. Évaluation des sociétés civiles	290
B. Valeur des parts des sociétés commerciales.....	291
C. Évaluation des parts sociales et des biens en matière fiscale.....	292
Section 3 – Expertise pénale et contrôle de l’office du juge.....	292
Chapitre 3 – Sanctions	297
Section 1 – Sanctions civiles.....	297
Section 2 – Sanctions pénales	299
§ 1. Infractions protégeant la sincérité des preuves	299
A. Preuves écrites.....	299
B. Témoignages.....	300
C. Preuves matérielles	301
§ 2. Infraction prohibant les manœuvres	302
A. Qualification d’escroquerie au jugement.....	302
1. Définition	302
2. Applications	303
B. Éléments du régime de l’escroquerie au jugement	305
1. Rôle du juge civil.....	305
2. Point de départ de la prescription.....	306
§ 3. Lois de blocage	306

TITRE 2 – PRINCIPES GOUVERNANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE	307
Chapitre 1 – Principe de la contradiction et droits de la défense	308
Section 1 – Principe de la contradiction lors des investigations	308
§ 1. Expertise	308
A. <i>Garantie des droits de la défense au cours de l'expertise</i>	308
1. Principe de la contradiction appliqué à l'expertise	308
2. Sanction du principe	310
a. Nullité	310
b. Inopposabilité	311
B. <i>Expertise amiable non contradictoire</i>	312
§ 2. Visites domiciliaires en matière fiscale	313
Section 2 – Principe de la contradiction et secret	313
§ 1. Secret médical en matière d'accident du travail	313
§ 2. Secret de l'identité des syndiqués en matière de preuve de l'existence d'une section syndicale	315
Section 3 – Principe impératif de la contradiction en matière pénale ...	317
Chapitre 2 – Admissibilité des modes de preuve	318
Section 1 – Encadrement en fonction de la nature des preuves	318
§ 1. Respect de la personne	318
A. <i>Corps humain</i>	318
1. Expertise biologique	319
a. Expertise biologique et preuve de la filiation	319
b. Expertise biologique et preuve de l'adultère	321
2. Irrecevabilité de l'expertise biologique pratiquée en dehors du contrôle du juge	322
B. <i>Santé</i>	322
C. <i>Correspondances</i>	324
1. SMS et divorce	324
2. Accès à la messagerie du salarié	326
D. <i>Tempérament du « droit à la preuve »</i>	329
§ 2. Secret des affaires	330
A. <i>Confrontation entre protection du secret des affaires et application des règles de preuve</i>	331
1. Secrets des affaires non légalement protégés	331
2. Secrets des affaires légalement protégés	332
a. Secret des correspondances des avocats	333
b. Secret bancaire	334
B. <i>Protection du secret des affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles : un aménagement original des règles de preuve</i>	338
1. Protection du secret des affaires	338
2. Dévoilement du secret des affaires	339
Section 2 – Encadrement des procédés probatoires	340
§ 1. Exigence générale de licéité des procédés probatoires	340
A. <i>Affirmation de l'exigence</i>	340
1. Encadrement de l'obtention des preuves	340
a. Pressions sur autrui	340
α. <i>Respect de la dignité de la personne</i>	340
β. <i>Provocation à l'infraction</i>	342
b. Intrusions chez autrui	344
α. <i>Pénétration sur une parcelle agricole</i>	344
β. <i>Visites domiciliaires en matière fiscale</i>	345
c. Loyauté de l'obtention des preuves en matière fiscale	347

2. Encadrement de la production des preuves.....	348
a. Vérité du fait diffamatoire	348
b. Pièces d'un dossier pénal	351
<i>B. Exception à l'exigence.....</i>	351
§ 2. Contrôle particulier des dispositifs de surveillance	353
<i>A. Surveillance d'autrui.....</i>	353
1. Surveillance humaine.....	353
a. Détective privé.....	353
b. Interception des correspondances	354
2. Surveillance technologique	355
a. Enregistrements	355
<i>α. Retranscription de propos captés à l'insu des intéressés.....</i>	355
<i>β. Enregistrements clandestins dans le droit de la concurrence</i>	357
<i>γ. Enregistrements en matière pénale.....</i>	360
b. Géolocalisation en matière pénale.....	363
<i>B. Surveillance du salarié par l'employeur.....</i>	364
1. Conciliation des prérogatives de l'employeur et des libertés du salarié.....	364
2. Mise en œuvre de la conciliation.....	367
a. Filature	367
b. Constat d'huissier.....	369
c. Géolocalisation	370

PARTIE 1 – OBJET DE LA PREUVE

Dans l'immense majorité des litiges, la preuve qu'il s'agit d'administrer porte sur un fait, auquel la règle de droit attache tel effet juridique escompté par la partie sur laquelle pèse cette charge (titre 2). Mais il arrive, dans certains cas particuliers, que la partie doive également rapporter la preuve de la règle de droit même qu'elle invoque (titre 1).

TITRE 1 – PREUVE DU DROIT

Il convient d'opérer une distinction entre la preuve du droit interne (chapitre 1) et celle du droit étranger (chapitre 2).

Chapitre 1 – Preuve du droit interne

« Le juge connaît le droit » et « Nul n'est censé ignorer la loi » sont deux présomptions, essentielles à notre système juridique, qui l'une (section 1), comme l'autre (section 2), connaissent des limites.

Section 1 – Preuve du contenu du droit

Le juge connaît le droit, dès lors il ne saurait être question pour les parties d'en établir l'existence ou le contenu au soutien de leur prétention. La norme étant normalement l'affaire du juge (« *jura novit curia* »), il devrait incomber en toutes circonstances à celui-ci de connaître sinon de rechercher par lui-même le droit applicable au litige (voir, plus généralement, sur cette répartition, entre les parties et le juge, de la preuve selon son objet, H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, rééd. [en fac-sim.], Dalloz, 2002, n° 80 et s.).

Mais il arrive qu'exceptionnellement, une partie doive démontrer l'existence et même la consistance d'une règle de droit à défaut de quoi le juge, dispensé de devoir rechercher la norme en question, rejettera sa demande.

On comprend que ce « renversement de la charge de la preuve du droit » n'intervient que dans des hypothèses très particulières, dans lesquelles la règle de droit se situe, en réalité, à la frontière du droit et du fait.

Les usages et les coutumes sont traditionnellement cités comme étant soumis à ce régime (§ 1). Il conviendra de se demander si les conventions collectives, normes assurément atypiques, font l'objet de ce traitement processuel atypique (§ 2).

§ 1. Preuve des usages

Plus nombreuses sont les normes posées par les textes, plus réduite est la place laissée aux usages.

Malgré l'importance prise aujourd'hui, dans notre système juridique, par le droit écrit, il subsiste encore des matières régies, du moins partiellement, par des normes issues d'une pratique constante et ressentie comme obligatoire par ceux qui s'y plient.

Le secteur de l'agriculture a toujours été propice à l'apparition d'usages normatifs à raison de l'ancienneté de cette activité mais aussi de la disparité des pratiques d'une région agricole à l'autre, disparité qui empêche l'édiction d'une règle unique à l'échelle du pays. Il n'est donc pas étonnant que la troisième chambre civile de la Cour de cassation, devant laquelle la plupart des litiges relatifs à ce secteur d'activité sont portés, ait eu à connaître d'usages locaux. Mais autant l'existence d'une norme écrite ne donne pas lieu à discussion (seule son applicabilité peut éventuellement être discutée, ce qui est différent), autant la partie contre laquelle un usage est invoqué va, surtout si cet usage est de portée seulement locale, être souvent tentée d'en contester l'existence.

Compte tenu de la nature particulière de cette norme impalpable et rétive à l'écrit, la troisième chambre civile déroge, conformément à une jurisprudence bien établie, à cette règle selon laquelle les parties sont dispensées de prouver le droit.

Il ressort ainsi de ses arrêts (il y en a très peu) qu'il incombe à la partie qui invoque à son profit l'existence d'un usage local de justifier à la fois de cette existence mais aussi de sa consistance (voir, par exemple, 3^e Civ., 11 février 1987, pourvoi n° 85-14.840 ; Soc., 26 octobre 1965, *Bull.* 1965, IV, n° 713, étant précisé qu'à l'époque, les litiges relatifs aux baux ruraux entraient dans la compétence de la chambre sociale).

Cette double preuve est évidemment facilitée lorsqu'existe un « code » ou un « recueil » des usages locaux rédigé à l'initiative de la chambre d'agriculture (pour une illustration en matière d'aménagement foncier, voir 3^e Civ., 14 juin 1994, pourvoi n° 92-20.943 ; 3^e Civ., 11 février 1987, précité).

Mais il n'est pas que l'agriculture qui secrète des usages. Pour en rester dans le domaine du droit de l'immobilier, l'article 671 du code civil renvoie expressément aux éventuels usages locaux le soin d'apporter une dérogation à la distance légale des plantations (« Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations »). Dans la logique expliquée plus haut, la troisième chambre retient que la distance légale s'applique à défaut pour celui qui la conteste d'établir la preuve d'un usage local dérogatoire (voir, par exemple, 3^e Civ., 11 mai 2005, pourvoi n° 04-10.195 : « Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de refuser d'annuler les délibérations des 12 février 1999 et 14 janvier 2000 en tant qu'elles concernaient l'abatage et la replantation d'arbres, alors, selon le moyen, que l'article 671 du code civil ne trouve à s'appliquer qu'à défaut d'usage ; qu'en s'abstenant de rechercher si, comme le soutenait M. X..., l'usage applicable dans les banlieues de la région parisienne autorisait la plantation des arbres jusqu'à l'extrême limite des jardins, les juges du fond ont

privé leur décision de base légale au regard de l'article 671 du Code civil; Mais attendu qu'ayant relevé que l'assemblée générale des copropriétaires du 12 février 1999 avait retenu l'impossibilité de replanter les arbres au même endroit, l'article 671 du Code civil imposant une distance minimum de deux mètres entre l'arbre planté et la limite du fonds voisin, la cour d'appel, devant laquelle M. X... n'établissait pas l'existence d'un usage local spécifique, a légalement justifié sa décision de ce chef»).

§ 2. Preuve des conventions collectives

«Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.»

C'est au visa de ce principe, prévu par l'article 12, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, que la chambre sociale fixe les devoirs du juge lorsqu'est en cause devant lui l'application d'une convention ou d'un accord collectifs.

Il résulte en effet de la jurisprudence de la chambre sociale :

- que le juge n'a pas à rechercher d'office l'existence d'une convention collective applicable en la cause (Soc., 5 octobre 1993, pourvoi n° 89-41.644, *Bull.* 1993, V, n° 224);
- qu'en revanche, si une partie invoque une convention collective sans la produire, il appartient au juge «de se procurer par tous moyens ce texte [...], au besoin en invitant les parties à lui en faire parvenir un exemplaire» (même arrêt); (voir, dans le même sens, Soc., 7 novembre 2006, pourvoi n° 05-42.323, *Bull.* 2006, V, n° 327; Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-43.863, *Bull.* 2007, V, n° 67; Soc., 5 mai 2009, pourvoi n° 07-43.558).

Le juge ne peut donc débouter la partie qui invoque l'existence d'une convention collective en se bornant à constater que cette partie ne produit pas l'acte en question.

La raison de cette jurisprudence tient à la nature de la convention collective : conclue comme un contrat, elle a en réalité la nature d'un véritable règlement et est susceptible de contenir, comme le disent les arrêts cités, «la règle de droit éventuellement applicable au litige» (voir, par exemple, Soc., 5 mai 2009, précité).

Elle doit en conséquence être traitée comme la loi elle-même, d'où le visa de l'article 12 du code de procédure civile dans les arrêts de la Cour, et l'obligation faite au juge, toujours au visa de l'article 12, non seulement de se faire communiquer le texte de la convention invoquée, mais aussi de l'interpréter lui-même, en cas de contestation (Soc., 15 juillet 1998, pourvoi n° 96-42.005, *Bull.* 1998, V, n° 389; Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-40.060, *Bull.* 2008, V, n° 212).

Section 2 – Preuve de l'ignorance du droit

«N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte» (article 122-3 du code pénal).

Si les infractions les plus simples se prêtent mal à soutenir qu'une erreur de droit ait pu être commise par le prévenu, il n'en va pas de même, du moins théoriquement, en matière d'infractions dont l'élément légal est compliqué par une combinaison de prescriptions légales, règlements de divers niveaux normatifs et mesures administratives individuelles : urbanisme, environnement, santé, consommation...

En ces matières, l'élément intentionnel demeure requis, même si (Crim., 12 juillet 1994, pourvoi n° 93-85.262, *Bull. crim.* 1994, n° 280) il est suffisant de constater la violation « en connaissance de cause » d'une prescription légale ou réglementaire.

La chambre criminelle ne saurait, sans remettre en cause le développement de ces nouveaux champs de la répression ouverts par le législateur, donner une interprétation excessivement bienveillante de l'article 122-3.

Dans la période récente, on relèvera un arrêt du 3 juin 2009 (Crim., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-86.212) rendu en matière d'urbanisme. Le prévenu avait transformé un garage en salle de restaurant, sans permis, la mairie ayant considéré que cette modification n'en nécessitait pas; la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'être entrée en voie de condamnation, notamment car « il incombe au prévenu d'établir qu'il a cru, par une erreur de droit qu'il n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir le fait reproché ».

Les juges du fond doivent donc s'attacher à rechercher le caractère inévitable de l'erreur (Crim., 12 septembre 2006, pourvoi n° 05-83.235, *Bull. crim.* 2006, n° 218 : Ne donne pas de base légale à sa décision, la cour d'appel qui, pour relaxer un prévenu des chefs de construction sans permis et d'infraction au plan d'occupation des sols, retient une erreur de droit, au sens de l'article 122-3 du code pénal, sans justifier le caractère inévitable de l'erreur commise ni la croyance du prévenu dans la légitimité d'une prétendue autorisation).

Les effets que peut avoir la délivrance d'une autorisation administrative sont au centre de ce débat. On exceptera du propos les cas dans lesquels...

... le prévenu n'a pas réellement sollicité l'administration (voir, par exemple, Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-86.546);

... ou n'a pas réellement obtenu de permis (voir, par exemple, Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-86.547; Crim., 12 septembre 2006, précité);

... ou a essuyé en définitive une annulation de son permis de construire (Crim., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-86.981);

... ou, se plaçant sur un autre terrain juridique, déniait contre toute évidence le caractère modificateur de ses travaux (Crim., 12 septembre 2006, précité).

Dans des hypothèses moins marginales, les arrêts se montrent quand même restrictifs. Ainsi (Crim., 15 novembre 1995, pourvoi n° 94-85.414, *Bull. crim.* 1995, n° 350, *Dr. pén.* 1996, comm. 56 par M. Véron), dans des circonstances dans lesquelles l'administration et l'administré pouvaient avoir des raisons d'être prudents et dans lesquelles, par surcroît, le prévenu n'avait pas invoqué l'excuse en temps voulu. La Cour de cassation a fait de même aux dépens d'un prévenu (exploitant d'hypermarchés) que les services juridiques propres, et une certaine habitude des opérations d'urbanisme commercial, pouvaient alerter (Crim., 19 mars 1997, pourvoi n° 96-80.853, *Bull. crim.* 1997, n° 115).

Plus récemment, la chambre criminelle a refusé encore le bénéfice de l'erreur de droit à un particulier qui était confronté à des législations à la fois urbanistiques et environnementales. Le prévenu avait demandé un permis de construire régulièrement, l'avait obtenu, la mairie ayant en outre reçu un avis favorable des services départementaux de l'équipement (DDE) après consultation du ministère de l'environnement (Crim., 20 mars 2012, pourvoi n° 11-84.114).

On pourra constater que la preuve du droit étranger et international est fondamentalement soumise au même régime que celle des usages locaux. Cette analogie, qui peut paraître paradoxale, provient de ce que toutes ces normes sont regardées comme un fait que celui qui les invoque doit être en mesure de prouver en cas de contestation.

Chapitre 2 – Preuve du droit extra-national

Il est inévitable que les litiges transfrontaliers se multiplient à mesure que les échanges, humains, économiques, culturels... dématérialisés ou « matérialisés », se développent.

La résolution de ces litiges ne peut relever des seules normes internes : le recours à des instruments internationaux (section 1) ou à des dispositions étrangères (section 2) est fréquemment nécessaire, ainsi que la preuve de leur contenu.

Section 1 – Preuve des engagements internationaux

La preuve du droit international, constitué par les traités internationaux et les éventuels actes dérivés, peut revêtir, au regard de la preuve et de l'office du juge, une nature différente selon que l'État français est ou non partie au traité invoqué par une partie.

Lorsque l'État français n'est pas partie au traité invoqué, la norme qui en est issue doit être regardée comme du fait qu'il incombe aux parties de prouver à l'instar de la loi étrangère comme il sera vu plus après.

La Cour de cassation reconnaît ainsi, dans la même logique, au juge du fond, le pouvoir d'interpréter souverainement les traités internationaux passés entre deux États étrangers (1^{re} Civ., 1^{er} février 1972, pourvoi n° 70-11.911, *Bull.* 1972, I, n° 36 : « Mais attendu qu'appréciant souverainement le sens et la portée d'un traité passé entre deux puissances étrangères, lequel traité, doit être considéré comme une loi étrangère, la cour d'appel décide, sans dénaturer, qu'en toutes ses dispositions ce traité ne concerne que les rapports entre citoyens suisses et citoyens des États-Unis d'Amérique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce où Jules Y... est de nationalité française »).

Elle contrôle, à l'inverse, tant l'application que l'interprétation des traités internationaux régulièrement ratifiés par la France à l'égal de la loi française elle-même (J. Boré, L. Boré, « Pourvoi en cassation », *in Rép. proc. civ.*, Dalloz, septembre 2008, n° 282).

Section 2 – Preuve de la loi étrangère

La résolution des litiges, qui peuvent être aussi bien de nature civile (§ 1) que pénale (§ 2), conduit souvent le juge à devoir connaître – et parfois même à appliquer – une loi étrangère, qu'il faudra bien alors prouver.

§ 1. Preuve de la loi civile

Le terme de « preuve » ne devrait en principe pas s'appliquer au droit, dans la mesure où le juge doit connaître le droit, selon l'adage « *Jura novit curia* », tandis que

les parties doivent établir la preuve des faits nécessaires au succès de leurs prétentions. Cependant, le juge français ne possède pas toujours la connaissance du droit étranger positif applicable, alors que sa substance est indispensable pour lui permettre de régler le litige dont il est saisi « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », en vertu de l'article 12 du code de procédure civile.

A. Obligation de rechercher le contenu de la loi applicable

La Cour de cassation a, par deux arrêts prononcés le même jour, le 28 juin 2005, rendus respectivement par la première chambre civile et la chambre commerciale, unifié le régime de la preuve du droit étranger, au visa de l'article 3 du code civil : « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger » (1^{re} Civ., 28 juin 2005, pourvoi n° 00-15.734, *Bull.* 2005, I, n° 289 ; Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 02-14.686, *Bull.* 2005, IV, n° 138 ; (pour les deux arrêts) *RCDIP* 2005, p. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *D.* 2005, p. 2853, note N. Bouche ; *D.* 2005, pan. p. 2748, obs. H. Kenfack ; *D.* 2006, pan. p. 1495, obs. P. Courbe ; (second arrêt uniquement) *RTD com.* 2005, p. 872, obs. Ph. Delebecque ; B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 83).

Ces arrêts ont mis fin à une divergence de la jurisprudence de ces chambres de la Cour. Une même conception de l'office du juge est adoptée dans la détermination du droit applicable, même si une partie de la doctrine maintient son opposition à la distinction opérée entre disponibilité ou non des droits en cause. La Cour impose au juge du fond d'appliquer, d'office, la règle de conflit de lois en présence de droits indisponibles, et de la mettre en œuvre en présence de droits disponibles, lorsqu'une des parties l'invoque.

Une fois le conflit de lois tranché par le juge du fond, la jurisprudence de la Cour impose au juge du fond qui a déclaré la loi étrangère applicable, que la règle de conflit ait été soulevée d'office par le juge ou que le droit étranger ait été invoqué par une partie ou toutes les parties, de veiller à l'application de ce droit.

Afin d'assurer l'effectivité de la règle de conflit, il incombe au juge du fond de rechercher la teneur du droit positif étranger. Le juge du fond ayant la responsabilité de l'application de la loi étrangère désignée doit supporter, lui-même, la charge de la recherche du droit positif étranger, que les droits soient disponibles (1^{re} Civ., 11 février 2009, pourvoi n° 07-13.088, *Bull.* 2009, I, n° 28 ; 1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 09-68.067, *Bull.* 2012, I, n° 61) ou indisponibles (1^{re} Civ., 11 février 2009, pourvoi n° 08-10.387, *Bull.* 2009, I, n° 27 ; 1^{re} Civ., 28 octobre 2009, pourvoi n° 08-19.920 ; 1^{re} Civ., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 10-16.482, *Bull.* 2011, I, n° 101 ; 1^{re} Civ., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-25.206, *Bull.* 2011, I, n° 203 ; 1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-18.549).

Cette obligation, à laquelle est tenu le juge, s'opère avec le concours des parties. Cependant, il ne peut leur transférer la charge de la preuve de la loi étrangère (1^{re} Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-22.002, *Bull.* 2006, I, n° 500, *RCDIP* 2007, p. 575, note H. Muir Watt ; 1^{re} Civ., 30 janvier 2007, pourvoi n° 03-12.354, *Bull.* 2007, I, n° 44, *RCDIP* 2007, p. 769, note T. Azzi ; 1^{re} Civ., 11 mars 2009, pourvoi n° 08-15.348, *Bull.* 2009, I, n° 49 ; 1^{re} Civ., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-13.723, *Bull.* 2010, I, n° 52 ; 1^{re} Civ., 15 février 2012, pourvoi n° 11-13.746).

B. Moyens de détermination du contenu de la loi étrangère

En s'assurant du concours des parties, le juge doit, donc, établir la teneur du droit étranger, comme le rappelle la Cour (1^{re} Civ., 11 février 2009, pourvoi n° 07-13.088, *Bull.* 2009, I, n° 28) : « il incombe au juge français saisi d'une demande d'application d'un droit étranger de rechercher la loi compétente, selon la règle de conflit, puis de déterminer son contenu, au besoin avec l'aide des parties, et de l'appliquer ». La preuve de la teneur de ce droit peut être rapportée par la production de certificats de coutume, établis par écrit à la demande de l'une des parties et délivrés soit par une autorité officielle de l'État concerné, soit par un juriste spécialisé. Le juge peut, également, rechercher d'office le contenu de la loi étrangère, en ordonnant une expertise dont la mission est confiée à un juriste connaissant la loi étrangère. Enfin, le juge peut user des procédures de coopérations judiciaires spécialement prévues à cet effet.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, « le juge [...] apprécie souverainement la valeur probante d'un certificat de coutume » (1^{re} Civ., 30 janvier 2007, pourvoi n° 03-12.354, *Bull.* 2007, I, n° 44 précité). La Cour de cassation ne contrôle pas, sauf dénaturation du document relatant le contenu du droit étranger, l'application faite par le juge des dispositions de la loi étrangère, mais exerce un contrôle de motivation. À cet égard, elle a censuré un arrêt dans lequel les juges d'appel n'avaient pas mentionné les dispositions de la loi étrangère sur laquelle ils s'étaient fondés pour rendre leur décision (1^{re} Civ., 6 mars 2001, pourvoi n° 98-17.416).

Lorsque la substance du droit étranger est établie, le juge peut devoir l'interpréter afin de donner une solution conforme au droit positif étranger. La Cour de cassation a censuré la décision d'une cour d'appel qui avait débouté le demandeur en refusant de tenir compte de la production de la loi étrangère relative aux droits litigieux et d'un arrêt de la juridiction suprême étrangère, alors « qu'il lui appartenait, si elle s'estimait insuffisamment informée de la teneur du droit [étranger] d'en rechercher tout élément complémentaire » (1^{re} Civ., 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-12.342, *Bull.* 2005, I, n° 461, B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, p. 732).

Le juge du fond ne peut se soustraire à l'établissement de la preuve du droit étranger. Cependant, s'il se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, cette défaillance conduit à l'application de la loi du for, en application de sa vocation subsidiaire à régir toute situation de droit. La Cour de cassation a consacré cette solution, même dans le contentieux de droits indisponibles : « si le juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française, à titre subsidiaire » (1^{re} Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-22.002, *Bull.* 2006, I, n° 500).

§ 2. Preuve de la loi répressive

– L'évolution du droit pénal international, singulièrement de l'extradition, tend en règle générale à l'allègement du contrôle accompli par l'État requis, en vertu du principe de confiance mutuelle.

Un exemple du contrôle réduit que doivent exercer les juges du fond peut être trouvé dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 18 mars 2008 : selon les termes

de l'article 695-23 du code de procédure pénale, il n'appartient à la chambre de l'instruction saisie de l'exécution d'un mandat d'arrêt relatif à des faits incriminés sous la qualification de fraude et punis aux termes de la loi de l'État requérant d'une peine d'emprisonnement de 9 ans, ni de vérifier s'ils font l'objet d'une incrimination par la loi française, ni de porter une appréciation sur leur qualification juridique et la détermination de la peine encourue (Crim., 18 mars 2008, pourvoi n° 08-81.266).

– Le problème de la preuve du contenu du droit pénal du pays requérant se pose néanmoins. En effet, seules les infractions punies à la fois par les lois de l'État requérant et par celles de l'État requis peuvent donner lieu à extradition. Cette exigence de double incrimination figure à l'article 696-3, alinéa 4, du code de procédure pénale ainsi que dans l'ensemble des conventions d'extradition.

– Cependant, dès lors que les faits sont punis dans l'un et l'autre des droits nationaux, il importe peu que ce soit en des termes identiques ou sous des sanctions comparables et il n'appartient pas à la juridiction française, lorsqu'elle se prononce sur la demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée ont reçu de la part des autorités de l'État requérant une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de cet État (CE, 24 mai 1985, n° 65.207, publié au *Recueil Lebon*).

Par application de ce qui précède, les faits poursuivis sous la qualification de dissimulation de la part d'un failli par l'autorité judiciaire britannique entrent dans les prévisions de l'article 695-23, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale dès lors qu'ils constituent l'infraction de banqueroute ou d'organisation frauduleuse d'insolvabilité au regard de la loi française; en revanche les faits poursuivis sous la qualification de fausses déclarations sous serment faites hors procédure judiciaire ne sont pas constitutifs de l'une des infractions énumérées à l'article 695-23, alinéas 2 à 34, du code précité et ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale en droit français (Crim., septembre 2005, pourvoi n° 05-84.999, *Bull. crim.* 2005, n° 227).

De même, les faits réprimés par la loi italienne sous le vocable de « non-exécution infractionnelle d'une mesure disposée par le juge civil en matière de garde de mineurs et soustraction de mineur au parent qui exerce l'autorité parentale », visés par le mandat d'arrêt européen émis par les autorités judiciaires italiennes, « correspondent à des comportements également incriminés en France » (Crim., 29 mars 2006, pourvoi n° 06-81.183).

Jugé enfin qu'encourt la cassation l'arrêt qui, pour refuser la remise d'une personne recherchée pour des faits qualifiés de fraude, énonce, d'une part, que l'article visé de la loi du pays requérant (Pologne) n'est pas applicable faute de voir réunis ses éléments constitutifs et, d'autre part, que ces faits ne sont pas davantage constitutifs d'escroquerie en droit français, alors qu'il n'appartenait pas à la chambre de l'instruction, sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue, d'apprécier le bien-fondé de la qualification donnée par l'autorité judiciaire de l'État d'émission (Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.540, *Bull. crim.* 2007, n° 291).

La Cour de cassation comme le Conseil d'État ont par ailleurs rappelé qu'il importe peu que la qualification française ne corresponde pas à la qualification étrangère (Crim., 19 janvier 2005, pourvoi n° 04-86-304; CE, 27 juillet 2005, n° 272098, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*).

– En matière de mandat d’arrêt européen, le contrôle de la double incrimination est supprimé quand les faits visés au mandat d’arrêt sont, aux termes de la loi de l’État requérant, punis d’une peine d’emprisonnement d’au moins trois ans et inclus dans une liste de trente-deux « catégories » d’infractions établie à l’article 2 de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d’arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, reprise dans l’article 695-23 du code de procédure pénale. Il s’agit là de la principale traduction du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales et de confiance mutuelle.

Lorsque l’infraction reprochée ne s’inscrit pas dans la liste des trente-deux catégories d’infractions précitée, il revient aux autorités de l’État requérant de rédiger un résumé des faits permettant aux autorités destinataires de vérifier si le critère de double incrimination est rempli. Il doit donc être plus précis que la description des circonstances prescrite ci-dessus. La preuve du contenu du droit étranger apparaît ainsi comme étant à la charge de l’autorité publique, et non du prévenu.

– Aussi, concernant l’article 695-23 du code de procédure pénale (contrôle de la double incrimination), la Cour de cassation a pu confirmer l’arrêt qui accorde la remise d’une personne recherchée en exécution d’une peine unique prononcée pour l’une au moins des infractions répondant aux conditions prévues par les articles 695-12 et 695-23 du code de procédure pénale, et ce alors même qu’une autre des infractions pour lesquelles la condamnation avait été prononcée ne faisait pas l’objet d’une double incrimination (Crim., 29 novembre 2006, pourvoi n° 06-87.993, *Bull. crim.* 2006, n° 302).

TITRE 2 – PREUVE DU FAIT ET ÉTENDUE DU CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION

Lorsqu’elle forme un pourvoi, une partie demande à la Cour de cassation d’exercer un contrôle sur la décision – arrêt ou jugement – objet de ce recours. Ce contrôle, qui conduit assez souvent en pratique le juge de cassation à vérifier si un acte, un document... n’ont pas été dénaturés (chapitre 2), trouve ses limites, dans le système processuel français, dans le pouvoir souverain d’appréciation des faits reconnu au juge du fond (chapitre 1).

Chapitre 1 – Appréciation souveraine des juges du fond

On pourrait penser, dans un premier mouvement, que, dans la mesure où il apprécie souverainement l’existence d’un fait, le juge du fond jouit tout autant du pouvoir d’apprécier la valeur et la portée des preuves des faits administrées par les parties. Généralement vraie, cette affirmation doit être nuancée lorsque la loi encadre, par des règles impératives, l’administration de la preuve, auquel cas le juge de cassation peut – et même doit – contrôler l’application de cette règle de droit probatoire. Il est proposé d’illustrer ces propos en les confrontant à différentes matières de droit privé réparties entre les différentes chambres de la Cour de cassation.

Section 1 – En droit de la famille

Deux aspects de ce droit, l'un patrimonial (§ 2), l'autre non (§ 1), seront abordés.

§ 1. Preuve de la filiation

L'article 310-3, qui figure à la section 1 « Des preuves et présomptions » du chapitre 1^{er} « Dispositions générales » du titre VII « De la filiation » du code civil, créé par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, dispose : « La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état. [Dès lors qu'une action relative à la filiation est engagée], la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action ».

La vérité biologique occupe une place toute particulière qui sera examinée dans la partie 4, titre 2, chapitre 2, section 1, § 1, A.

C'est sur le terrain de la possession d'état que l'appréciation souveraine des juges du fond trouve plus particulièrement à s'exercer.

Le nouvel article 311-1 du code civil n'apporte pas de changement notable aux anciens articles 311-1 et 311-2 du même code, sauf à modifier l'ordre des éléments constitutifs de la possession d'état, plaçant le nom en dernière position, derrière le *tracatus* et la *fama*.

Le pouvoir d'appréciation des juges du fond porte sur la notion de « réunion suffisante de faits » telle qu'elle résulte de l'article 311-1 précité, aux termes duquel : « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ».

Rappelons que, pour qu'existe une « réunion suffisante de faits », il n'est pas nécessaire que tous les éléments figurant à l'article 311-2 soient réunis (1^{re} Civ., 6 mars 1996, pourvoi n° 94-14.969, *Bull.* 1996, I, n° 120).

S'agissant du contrôle opéré sur la notion de possession d'état, qui mêle à la fois des éléments de fait et de droit, la Cour ne laisse pas aux juges du fond toute latitude.

Le contrôle de la Cour porte :

- sur la motivation ;
- sur le respect des caractères de la possession d'état (caractère continu et absence de vice) ;
- sur la pertinence des éléments retenus eu égard à la notion de possession d'état ;
- sur la déduction qu'opèrent les juges du fond à partir des éléments de faits souverainement appréciés.

Plusieurs arrêts viennent illustrer ce constat :

- ainsi, un arrêt du 12 juillet 2001 (1^{re} Civ., pourvoi n° 99-14.644) sanctionne une cour d'appel pour n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations qui soulignaient le caractère particulièrement lâche des liens ayant pu exister entre les parties. Dans un commentaire de cette décision, Jacques Massip (*Petites affiches*, 18 mars 2002, n° 55, p. 16) renvoie aux conclusions de l'avocat général Lucien Charbonnier, s'adressant à la première chambre civile à l'occasion d'un arrêt rendu le 8 juillet 1988 en ces

termes : « la notion de possession d'état est une notion juridique et la Cour de cassation contrôle les notions juridiques. Ce que les juges du fond apprécient souverainement, c'est l'existence des éléments de fait d'où se déduit la possession d'état. Mais cette déduction, quant à elle, est et ne peut qu'être contrôlée, car les faits retenus comme constituant la possession d'état doivent faire apparaître les caractères juridiques requis... L'abandon du contrôle en cette matière ouvrirait la voie à l'arbitraire et à la contradiction. Vous manqueriez à votre mission régulatrice » (sur les déductions tirées, par les juges du fond, des éléments soumis, voir notamment 1^{re} Civ., 19 mars 1996, pourvoi n° 94-14.754; 1^{re} Civ., 27 juin 2000, pourvoi n° 98-23.065; 1^{re} Civ., 17 septembre 2003, pourvoi n° 01-12.343; 1^{re} Civ., 14 mars 2006, pourvoi n° 05-13.825; 1^{re} Civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-14.442; 1^{re} Civ., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-12.892).

– dans un arrêt du 14 novembre 2006 (pourvoi n° 05-19.673), la première chambre, procédant à un contrôle de motivation, a jugé que : « la cour d'appel a pu estimer [nous soulignons] que les éléments relevés étaient insuffisants pour caractériser la possession d'état telle que définie par les articles 311-1 et 311-2 du code civil et a ainsi légalement justifié sa décision » (sur le caractère suffisant ou non des éléments produits, voir aussi 1^{re} Civ., 17 octobre 2000, pourvoi n° 98-20.138; 1^{re} Civ., 20 janvier 2010, pourvoi n° 09-10.632; 1^{re} Civ., 9 février 2011, pourvoi n° 09-71.691).

– s'agissant des caractéristiques de la possession d'état, la notion de continuité exigée par les textes a été précisée par plusieurs arrêts. Il a ainsi été décidé que les relations n'ont pas besoin d'être constantes si elles sont habituelles (1^{re} Civ., 3 mars 1992, pourvoi n° 90-15.313, *Bull.* 1992, I, n° 69) (sur l'absence d'équivoque, voir 1^{re} Civ., 29 février 2012, pourvoi n° 10-26.678).

– enfin, dans un arrêt du 9 juillet 2008 (pourvoi n° 07-16.253), la première chambre a confirmé le contrôle léger exercé sur la notion de possession d'état (E. Roueil, « La Cour de cassation et la notion de possession d'état d'enfant », *Petites affiches*, 23 février 1999, n° 38, p. 9; voir aussi P. Murat, « Éléments constitutifs de la possession d'état : faits exceptionnels appellent traitement particulier », *Dr. fam.* n° 1, janvier 2006, comm. 2). Elle a en effet jugé que « la cour d'appel qui a d'abord examiné la recevabilité de l'action intentée par M. Bernard Y..., a souverainement estimé qu'il était démontré que ce dernier n'avait jamais revu l'enfant Bruno depuis la séparation du couple Y...-X..., intervenue en 1974, et que la famille de M. Bernard Y... n'avait jamais connu l'enfant, qu'elle a pu en déduire qu'en dépit de l'existence de certains éléments constitutifs d'une possession d'état, M. Bernard Y... n'avait pas eu un comportement de père et que la possession d'état n'avait pas été continue [...] ».

§ 2. Preuve des récompenses en droit des régimes matrimoniaux

En application de l'article 1433 du code civil, lorsqu'à la liquidation du régime, un époux commun en biens réclame récompense à la communauté au titre de ses deniers propres, il lui incombe, en cas de contestation, de prouver que la communauté en a tiré profit (1^{re} Civ., 8 février 2005, pourvoi n° 03-13.456, *Bull.* 2005, I, n° 65; 1^{re} Civ., 8 février 2005, pourvoi n° 03-15.384, *Bull.* 2005, I, n° 66).

Établir que la communauté s'est enrichie au détriment du patrimoine propre d'un époux consiste à prouver que les deniers propres de ce dernier ont été mis à la disposition de la communauté pour faire face, par exemple, aux besoins de la vie quotidienne du ménage, au paiement de dettes communes (il y a eu profit pour la communauté à

raison de l'économie faite du coût des dépenses), à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien commun.

Il s'agit donc d'établir un fait juridique. La règle probatoire édictée par l'article 1433, alinéa 3, du code civil ne constitue qu'une application du principe de la liberté des moyens de preuve régissant la preuve des faits juridiques. La preuve est donc libre : la preuve du profit tiré par la communauté des deniers propres d'un époux peut être faite par tous moyens et notamment par des indices et des présomptions. Le contrôle de la Cour de cassation reposant sur la distinction fondamentale entre le fait et le droit, la question de savoir si l'époux rapporte la preuve du profit tiré par la communauté de ses deniers propres relève du pouvoir exclusif des juges du fond.

Les juges du fond apprécient, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, hors du contrôle de la Cour de cassation, l'existence et la valeur des indices d'où il résulte une présomption de l'homme que la loi abandonne à leur lumière et à leur prudence (1^{re} Civ., 5 février 1980, pourvoi n° 79-10.396, *Bull.* 1980, I, n° 41; 1^{re} Civ., 5 décembre 1995, pourvoi n° 94-11.011, *Bull.* 1995, I, n° 444; 1^{re} Civ., 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-21.108, *Bull.* 2003, I, n° 4, *Defrénois* 2003, p. 997, note G. Champenois).

Les juges du fond apprécient donc souverainement si les fonds propres d'un époux ont été consommés par la communauté pour être affectés au paiement des dépenses de la famille (1^{re} Civ., 27 mars 2007, pourvoi n° 05-16.434; 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 05-16.389). Il leur appartient de constater l'éventuelle simultanéité de la perception par un époux de fonds propres et d'investissements communs et d'apprécier souverainement si cette concomitance constitue une présomption suffisante de nature à emporter la conviction que l'acquisition, l'amélioration ou la conservation d'un bien commun n'ont pu être financées qu'au moyen des deniers propres de l'époux (Com., 9 octobre 1990, pourvoi n° 89-13.438, *Bull.* 1990, IV, n° 227; 1^{re} Civ., 6 avril 1994, pourvoi n° 91-22.341, *Bull.* 1994, I, n° 137; 1^{re} Civ., 6 mars 2001, pourvoi n° 98-17.723; 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, précité).

L'article 1433, alinéa 2, du code civil illustre le principe édicté à l'alinéa 1^{er}, selon lequel l'époux propriétaire peut prétendre à récompense lorsque la communauté a tiré profit de ses biens propres : le seul fait de l'« encaissement » de deniers propres par la communauté constitue pour elle son profit, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'utilisation qui en a été faite.

On y reviendra (partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, § 2), mais il doit être souligné, dès à présent, que la communauté, qui n'a plus la jouissance des biens propres des époux, n'ayant pas la personnalité morale, l'« encaissement » ne peut être que le fait d'un époux. Cette notion d'encaissement suscite donc des difficultés et la Cour de cassation entend la contrôler.

En son dernier état, la Cour de cassation considère qu'il y a « encaissement », au sens de l'article 1433 du code civil, lorsque, par exemple, des deniers propres d'un époux sont déposés sur un compte joint, ouvert au nom des deux époux, ce dont il se déduit, à défaut de preuve contraire, le droit à récompense (1^{re} Civ., 8 février 2005 [2 arrêts], précités; *Rapport annuel* 2005, p. 215; *RTD civ.* 2005, p. 445, note B. Vareille; *Af famille* 2005, p. 149, note P. Hilt; *Dr. fam.* 2005, n° 80, note B. Beignier; *Revue juridique Personnes et Famille* n° 5, 1^{er} mai 2005, p. 14, note F. Vauvillé; *Defrénois* 2005, p. 1506, note G. Champenois; 1^{re} Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 02-17.628; 1^{re} Civ.,

25 avril 2007, pourvoi n° 05-19.129; 1^{re} Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 02-17.628; 1^{re} Civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 05-19.129). Dans cette hypothèse, à défaut de preuve contraire rapportée par le conjoint, les juges du fond ne peuvent que présumer que les deniers propres de l'époux ont été utilisés par le ménage et affectés au paiement des dépenses communes et, par conséquent, le profit tiré par la communauté.

En revanche, la Cour de cassation considère que le profit tiré par la communauté résultant de l'« encaissement », au sens de l'article 1433, alinéa 2, du code civil, des deniers propres d'un époux, ne peut être déduit de la seule circonstance que ces deniers ont été versés, au cours du mariage, sur un compte bancaire ouvert au nom de cet époux (1^{re} Civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-14.831, *Bull.* 2005, I, n° 403, *RTD civ.* n° 4, 1^{er} octobre 2006, p. 815, note B. Vareille, *D.* 2006, p. 2066, note J. Revel, *Af famille* 2006, p. 33, note P. Hilt; 1^{re} Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 09-65.345, *Bull.* 2010, I, n° 33, *RTD civ.* n° 1, 1^{er} janvier 2012, p. 141, note B. Vareille; 1^{re} Civ., 15 février 2012, pourvoi n° 11-10.182, *Bull.* 2012, I, n° 33, *Revue juridique Personnes et Famille* n° 6, 1^{er} juin 2012, p. 13, note F. Vauvillé, *RTD civ.* n° 2, avril 2012, p. 364, note B. Vareille, *Gaz. Pal.* n° 76-77, 16 mars 2012, p. 41, note J. Casey, *Af famille* 2012, p. 232, note P. Hilt, *JCP éd. N* n° 28, 13 juillet 2012, 1295, note E. Naudin, *Dr. fam.* n° 4, avril 2012, comm. 70 par B. Beignier).

Dans cette hypothèse, la Cour de cassation exclut l'existence d'une présomption d'usage des fonds propres au profit de la communauté. En dépit de la présomption de communauté, les juges du fond ne peuvent pas déduire le profit tiré par la communauté du seul fait du dépôt de deniers propres sur le compte bancaire ouvert au nom de l'époux propriétaire.

Section 2 – Droit électoral

Le contentieux de l'inscription sur les listes électorales générales fournit l'exemple d'un contentieux dans lequel la frontière entre le pouvoir souverain des juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation est délicate à tracer. La preuve du domicile, classiquement défini par un élément matériel – l'habitation – mais surtout un élément intentionnel qui lui confère son caractère d'unicité – l'intention d'y fixer son principal établissement – en est un exemple caractéristique.

On comprend aisément que la Cour de cassation contrôle la preuve du domicile selon le contentieux dans lequel il détermine l'application d'une règle; ainsi l'étendue du contrôle varie-t-elle selon qu'est en cause le domicile en droit de la nationalité ou le domicile en droit électoral, qui ne met en question que le lieu d'exercice du droit de vote, et non le droit de vote lui-même. Traditionnellement, la Cour de cassation ne contrôlait pas la preuve du domicile en retenant que « le juge du fond apprécie souverainement les éléments constitutifs d'un domicile réel ou d'une habitation au sens de l'article L. 11-1° du code électoral » (2^e Civ., 2 mars 1977, pourvoi n° 77-60.046, *Bull.* 1977, II, n° 53). Elle en concluait d'ailleurs au cas d'espèce que le juge du fond avait légalement justifié sa décision en décidant de rejeter la demande d'inscription d'un étudiant sur la liste électorale de la commune où résidaient ses parents, dès lors (simple contrôle de motivation) qu'il avait relevé que cet étudiant poursuivait des études de médecine à Paris, avait toutes ses occupations, y habitait, et que « s'il profitait largement de la résidence de ses parents en province, il ne pouvait pas prétendre y être domicilié ».

ou y habiter». Du contrôle de motivation au défaut de base légale, il n'y a pas vraiment de modification de l'étendue du contrôle (2^e Civ., 9 mars 1977, pourvoi n° 77-60.160, *Bull.* 1977, II, n° 66), mais pour éviter toute ambiguïté, la deuxième chambre civile a rappelé que la preuve du domicile devait rester une question soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Aussi a-t-elle décidé, par un arrêt publié, au visa de l'article L. 11, 1^o, du code électoral, que «le domicile d'un étudiant n'est pas nécessairement fixé dans la commune où il poursuit ses études» (2^e Civ., 14 avril 2005, pourvoi n° 05-60.084, *Bull.* 2005, II, n° 93). La solution s'explique par la motivation censurée du tribunal d'instance. Non pas que celui-ci ait dû être désavoué d'avoir classiquement fixé le domicile d'un étudiant au lieu où il poursuivait ses études, mais pour en avoir fait une question de droit qu'il ne pouvait éluder en retenant que «M. X..., étudiant à Ajaccio, [était] forcément domicilié pour les besoins de ses études dans cette ville». Si elle avait été approuvée, cette décision aurait systématiquement domicilié tous les étudiants dans la ville où ils étudient, ce qui aurait conféré à la solution la généralité d'une question de droit et imposé à la Cour de cassation un contrôle qu'elle ne peut exercer sur des questions de modes de preuve aussi factuelles.

En définitive, ce qui est censuré, c'est le refus du juge du fond d'exercer son pouvoir souverain d'appréciation sur les modes de preuve du domicile. La deuxième chambre civile l'a précisé en 2008 dans une affaire de droit électoral démonstrative. De jurisprudence constante (voir, par exemple, 2^e Civ., 11 juillet 1979, pourvoi n° 78-11.518, *Bull.* 1979, II, n° 208 et pourvoi n° 77-15.977, *Bull.* 1979, II, n° 209), les attestations produites en justice qui ne sont pas conformes aux exigences de forme de l'article 202 du code de procédure civile demeurent valables comme mode de preuve («les dispositions de [l'article 202 du code de procédure civile] ne sont pas prescrites à peine de nullité»). Il en résulte que le juge du fond doit examiner la pièce et en apprécier la force probante, qui est fonction de la formalité omise : elle peut être intacte si l'attestation n'est pas manuscrite, ou gravement entachée si, faute de signature notamment, on ne sait pas de qui elle émane. Dans le dossier ayant donné lieu à l'arrêt du 21 février 2008 (2^e Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 08-60.022), le juge du fond avait relevé qu'aucun document n'était produit, autre qu'une attestation non conforme à l'article 202 du code de procédure civile. Le jugement a été cassé au motif de droit apparemment évident que «En cas d'inobservation des règles de forme prévues par [l'article 202 du code de procédure civile] pour la validité des attestations produites en justice, non prescrites à peine de nullité, les juges du fond apprécient souverainement la valeur probante de l'attestation irrégulière». Il en résulte que les juges du fond sont tenus d'apprécier la valeur probante de l'attestation irrégulière, quel que soit le résultat au fond de cette investigation.

Section 3 – Droit de la responsabilité

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a eu à connaître (2^e Civ., 17 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.406), dans le cadre du contentieux de l'indemnisation du dommage corporel, d'un aspect de la méthode de liquidation du préjudice économique du conjoint survivant.

Il était admis par les parties que la veuve pouvait obtenir réparation de la perte de revenus dans le couple liée au décès de son mari, mais également de l'incidence

professionnelle de ce dernier. La Cour de cassation ne s'était jamais prononcée sur cette question de sorte que la cour d'appel, en subordonnant le succès de cette prétention à des conditions de preuve, se trouvait en situation intermédiaire entre le fait et le droit. Elle relevait en effet dans son arrêt que si la victime par ricochet peut demander réparation du poste de préjudice de l'incidence professionnelle subi par le défunt avant son décès, c'est à la condition qu'il soit tenu compte, en vertu du parallélisme des formes, de sa propre incidence professionnelle en plus des revenus qu'elle continuait de percevoir, dès lors que le préjudice est un revenu différentiel. La cour d'appel en déduisait qu'elle devait rejeter la demande d'indemnisation de l'incidence professionnelle du défunt formée par la veuve, dès lors qu'aucun justificatif concernant l'indemnisation de cette dernière n'était produit. Le pourvoi en cassation se prévalait de la violation de l'article 16 du code de procédure civile par une formulation qui traduit la difficulté liée à la frontière : il était reproché à la cour d'appel d'avoir relevé « d'office [un] moyen [qui doit en principe être un moyen de droit] tiré d'un fait que les parties n'avaient pas invoqué au soutien de leurs prétentions ». La cassation est prononcée sous la motivation suivante : « Attendu que, pour condamner le BCF à verser à Mme Clara X... une certaine somme en réparation de son préjudice économique et à la CNIÉG une certaine somme en remboursement des prestations versées, l'arrêt énonce que la revalorisation demandée des seuls revenus du défunt doit être écartée dans la mesure où les consorts X... ne fournissent aucun élément permettant de tenir compte également des augmentations dont Mme X... devrait bénéficier, lesquelles auraient également un caractère automatique et ne résulteraient pas des efforts fournis par elle après le décès de son mari pour améliorer la situation économique de la famille ; Qu'en se déterminant ainsi, alors que le moyen tiré de la prise en compte de la revalorisation des revenus de l'épouse après le décès du mari, qui n'avait été invoqué par aucune des parties, était relevé d'office sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

La situation a considérablement évolué, on le voit, par rapport à l'époque où l'évaluation du poste de préjudice des pertes économiques subies par le conjoint survivant ne donnait lieu traditionnellement à aucun contrôle de la Cour de cassation (voir, par exemple, Crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 91-82.307). Constatant la mise en œuvre de la nomenclature « Dintilhac » par les juridictions du fond, la Cour de cassation a peu à peu instauré un contrôle de méthode dont l'enjeu n'est pas tant l'étendue (ce qui est contrôlé et ce qui ne l'est pas) que l'intensité (jusqu'où contrôler?). Or les confins du contrôle ont pour point commun de poser à la Cour la question du principe même du contrôle. La jurisprudence récente sur ce poste de préjudice en fournit encore un exemple. Pour le conjoint survivant, contrairement à ses enfants, le préjudice est viager, calculé en fonction d'un barème de capitalisation qui dépend du sexe et de l'âge. Les cours d'appel déterminent souverainement, en présence d'un désaccord entre les parties, quelle est la table de capitalisation qu'il convient d'utiliser (il s'agit en général du barème publié à la *Gazette du Palais* des 7-9 novembre 2004, mis à jour en 2011 : *Gaz. Pal.*, 5 mai 2011, pages 7 à 11). Mais toutes les cours d'appel ne se sont pas accordées sur le point de savoir s'il faut utiliser la table du défunt ou celle du conjoint survivant, l'existence de deux tables se justifiant par la différence d'espérance de vie entre les hommes et les femmes. Certains juges retiennent systématiquement la table de capitalisation viagère correspondant au sexe et à l'âge au jour du décès du plus âgé dans le couple, certains retenant la table applicable au défunt et, par exception, celle applicable

au conjoint survivant, lorsque la différence d'âge est telle qu'elle fait mentir la probabilité selon laquelle, même en l'absence d'accident, le conjoint décédé serait effectivement décédé le premier. La Cour de cassation avait envisagé de prendre le contrôle de cette question mais face à une mosaïque de situations de fait susceptibles de commander des réponses différentes, en tout cas nuancées, il a été finalement décidé par la deuxième chambre civile de renoncer à remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond en la matière (2^e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-20.392 ; 2^e Civ., 8 mars 2012, pourvoi n° 10-23.043, *Bull.* 2012, II, n° 42).

Section 4 – Droit des biens

D'une façon générale, la Cour de cassation reconnaît au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement si un sujet de droit a eu connaissance de tel événement.

Cette position n'a rien pour surprendre sachant que la connaissance est un élément de pur fait à l'instar de la volonté (voir, par exemple, 3^e Civ., 5 septembre 2012, pourvoi n° 11-19.721 ; 3^e Civ., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.753) ou de la bonne/mauvaise foi (voir, par exemple, 3^e Civ., 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-18.073 ; 3^e Civ., 23 mai 2012, pourvoi n° 11-14.456).

La matière du droit de préemption (et du droit de préférence) n'y fait ordinairement pas exception ainsi qu'il ressort de quelques arrêts de la troisième chambre civile. On peut notamment citer en ce sens un arrêt du 20 décembre 1995 (pourvoi n° 93-20.995 : «Attendu qu'appréciant la valeur des éléments de preuve qui lui étaient soumis et procédant à une interprétation exclusive de dénaturation que l'ambiguïté des termes de la promesse de vente rendait nécessaire, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant souverainement que le bénéficiaire n'avait pas eu connaissance de l'existence du droit de préférence conféré au locataire [...]»).

Il en va autrement lorsque le juge du fond retient la connaissance (ou l'absence de connaissance) en faisant application d'une règle de droit.

En ce cas, la Cour de cassation, en exerçant son contrôle sur l'application de cette règle de droit, est également amenée à juger, par voie de conséquence, de l'existence de la connaissance.

Un récent arrêt de la troisième chambre civile met en lumière l'exercice d'un contrôle de la sorte (3^e Civ., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-10.788, *Bull.* 2011, III, n° 201). Il est fondé sur les dispositions de l'article L. 412-12 du code rural et de la pêche maritime selon lesquelles le titulaire – SAFER ou locataire – du droit de préemption peut exercer une action en nullité de la vente conclue en fraude de son droit, à condition d'agir dans les six mois «du jour où la date de la vente lui est connue». En l'espèce, une SAFER exerçait une action en nullité de la sorte contre un vendeur qui lui opposait que le délai de six mois était expiré comme ayant commencé à courir à compter du jour où la vente avait été publiée à la conservation des hypothèques. La cour d'appel avait accueilli cette argumentation, considérant que la publication avait créé, en même temps qu'une opposabilité, un état de connaissance présumée *erga omnes*. Cet arrêt a été cassé au motif que «la publication de l'acte de vente à la conservation des hypothèques ne fait pas, à elle seule, courir le délai de forclusion prévu par le texte susvisé, lequel suppose, de la part du titulaire du droit de préemption méconnu, la connaissance

effective de la date de la vente». Ainsi, pour la Cour de cassation, la cour d'appel avait donné aux dispositions régissant la publicité foncière une portée excessive ; opposabilité n'est pas connaissance. Seule compte donc, pour l'application de l'article L. 412-12 du code rural et de la pêche maritime, la « connaissance effective » de la vente conclue en méconnaissance du droit de préemption et non une connaissance présumée telle celle retenue par le juge d'appel.

Section 5 – Droit commercial

L'appréciation souveraine des faits par les juges du fond fait l'objet de solutions qui méritent d'être mentionnées tant en droit commercial général (§ 1), qu'en droit bancaire (§ 2).

§ 1. Droit commercial général

S'agissant du droit commercial, on observe que l'ancien article 109 du code de commerce, issu de la loi du 10 septembre 1807, promulguée le 20 septembre 1807, prévoyait, sous forme de liste, différents modes de preuve pour les achats et les ventes, parmi lesquels la preuve testimoniale « dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre ».

Si la référence au pouvoir d'appréciation des juges du fond, à la suite de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, a disparu de l'ancien article 109 (devenu l'article L. 110-3 du code de commerce), il n'en demeure pas moins, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, que l'appréciation des éléments de preuve relève, dans ce domaine également, du pouvoir souverain des juges du fond.

La Cour rejette ainsi de manière constante les moyens tendant à remettre en discussion devant elle l'appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve établissant la réalité d'une prestation. On peut ainsi donner, pour illustrer ce principe, l'exemple d'un arrêt rendu par la chambre commerciale (Com., 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.799) : dans cette affaire, une cour d'appel avait énuméré les documents produits par une société pour établir la réalité de l'audit et du travail effectivement exécutés, ce qui suffisait, au regard du pouvoir souverain des juges du fond, à prouver la réalité et la parfaite exécution des prestations accomplies qui étaient en discussion.

De la même manière, alors que les commerçants sont autorisés par l'article L. 123-23 du code de commerce à produire leur comptabilité, régulièrement tenue, pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce, la valeur probante de ce type de preuve demeure soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, dans un litige portant sur le paiement de divers travaux d'impression, les juges du fond, après avoir exposé que les comptes des parties ne coïncidaient pas dans leurs montants et qu'une contestation existait sur la justification d'un report de solde, ont limité la créance alléguée, nonobstant la comptabilité produite, après avoir fait ressortir le caractère incomplet des éléments comptables qui étaient versés aux débats par le prestataire. On constate ainsi que la cour d'appel a pu apprécier la pertinence des éléments comptables, tels qu'ils lui étaient présentés, sans encourir de censure (Com., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-23.079). Il ne s'agissait pas d'exiger du prestataire la production des différentes factures correspondant aux écritures comptables, mais bien d'établir une évolution linéaire sur le plan comptable.

L'appréciation de la valeur des biens fait l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, en matière fiscale, les valeurs et éléments retenus par l'administration sont appréciés souverainement par les juges du fond (Com., 16 mai 1995, pourvoi n° 92-19.754) en fonction de la valeur du marché. Il en va de même pour les biens mobiliers (titres non cotés : Com., 19 décembre 1989, pourvoi n° 88-13.519). Exceptionnellement il peut être recouru à une expertise (en matière d'évaluation de droits sociaux : Com., 9 février 2010, pourvoi n° 09-10.800) ou à des barèmes (articles 762 et 669 du code général des impôts en matière d'usufruit d'immeuble : Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-10.836). La Cour de cassation ne privilégie aucune méthode particulière (comparative, multicritère) mais contrôle que la méthode suivie par le juge est conforme au droit et de nature à permettre d'obtenir une évaluation proche de celle du marché réel (Com., 31 mai 2005, pourvoi n° 01-17.593). Le juge doit analyser les éléments de comparaison concrètement présentés par l'administration fiscale pour vérifier qu'ils sont techniquement adaptés (Com., 4 février 1997, pourvoi n° 95-10.128) et il vérifie que la méthode choisie par l'administration était la plus pertinente (Com., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-22.256; Com., 4 février 1997, pourvoi n° 95-12.625; Com., 19 mai 1953, *Bull.* 1953, IV, n° 180; Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.444).

§ 2. Droit bancaire

En droit bancaire, comme dans d'autres matières, l'étendue du contrôle de la Cour de cassation résulte de sa compétence consistant à veiller à l'application de la règle de droit et à l'unité d'interprétation du droit français. À côté du contrôle complet effectué sur les motifs de droit, y compris ceux relatifs à la constatation des faits, par exemple en matière de droit de la preuve, son contrôle sur les motifs de fait est minimal, tandis que son contrôle sur la qualification des faits est plus variable. Même lorsqu'elle laisse un pouvoir souverain d'appréciation aux juges du fond, celui-ci n'est pas discrétionnaire. La Cour de cassation effectue, en effet, un contrôle de la motivation en vérifiant, d'une part, l'existence d'une motivation, prescrite par les articles 455 et 458 du code de procédure civile, et, d'autre part, dans certains cas, que cette motivation est propre à caractériser la notion ainsi retenue (Com., 16 mars 1999, pourvoi n° 95-17.420, *Bull.* 1999, IV, n° 64, pour la notion de dirigeant de fait). Si ce contrôle de motivation n'est pas de nature à supprimer toutes les divergences de solution pouvant naître de l'exercice du pouvoir souverain, il tend à les limiter dans la mesure où il permet d'exiger des cours d'appel une motivation suffisamment précise. Les exemples suivants permettront d'illustrer les cas relevant du pouvoir souverain des juges du fond en droit bancaire et l'étendue du contrôle de la motivation effectué par la Cour de cassation.

A. Constatation des faits

Les juges du fond apprécient souverainement des éléments purement factuels, telle la preuve de l'envoi d'une information (envoi de l'information annuelle de la caution prévue par l'article L. 313-22 du code monétaire et financier : Com., 27 mars 2012, pourvoi n° 10-27.345; Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 06-17.145, *Bull.* 2008, IV, n° 176; Com., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-19.147; Com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 96-18.188; envoi des relevés mentionnant le taux effectif global en application de l'article L. 313-1 et L. 313-2 du code de la consommation : Com., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.565, *Bull.* 2012, IV, n° 140).

Alors qu'elle effectuait un contrôle de la motivation, en imposant au juge qui retenait que n'était pas rapportée la preuve de l'envoi d'une information d'indiquer les présomptions permettant de douter de l'envoi de lettres d'information dont la copie avait été versée aux débats (Com., 26 juin 2001, pourvoi n° 98-13.629; Com., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-12.924; 1^{re} Civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 05-13.961), la chambre commerciale semble être revenue sur cette exigence de motivation, puisqu'elle a jugé qu'un tel moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des éléments de preuve par les juges du fond (Com., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-19.147 précité) et n'a plus imposé par la suite une telle constatation (Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 06-17.145 précité et, implicitement, Com., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-17.015). Par contre, la Cour de cassation veille à l'application des règles relatives à la répartition de la charge de la preuve (Com., 27 mars 2012, précité) ou à l'admissibilité des modes de preuve (Com., 19 juin 2012, précité).

B. Évaluation du préjudice

La responsabilité bancaire est soumise aux règles de la responsabilité civile : les juges du fond évaluent souverainement le montant du préjudice (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.700) dont ils justifient l'existence par l'évaluation qu'ils en ont faite, sans être tenus d'en préciser les divers éléments (Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-20.367). En revanche, la Cour de cassation veille à la qualification du préjudice et au respect du principe de la réparation intégrale. Ainsi, elle juge que le dommage résultant du manquement à une obligation de mise en garde consiste en une perte de chance de ne pas contracter (Com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.354, *Bull.* 2010, IV, n° 21) et celui résultant du manquement à une obligation d'information en une perte de chance d'éviter le risque qui s'est réalisé (Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-11.891). Sa réparation doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Com., 15 février 2011, pourvoi n° 10-11.614). Toutefois, elle peut différer de l'appréciation de cet avantage d'un euro (Com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-23.662).

C. Qualification des faits résultant d'une appréciation quantitative

Comme bien souvent lorsqu'une qualification repose sur une appréciation quantitative, celle-ci est laissée au pouvoir souverain du juge du fond à qui il appartient, s'agissant de données factuelles, d'analyser, de mesurer, de comparer des données chiffrées. Après avoir exercé un contrôle sur le caractère disproportionné, ou non, de l'engagement de la caution par rapport à ses biens et revenus (Com., 21 juin 2005, pourvoi n° 03-16.254; Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-15.989), la chambre commerciale en laisse cette appréciation au pouvoir souverain des juges du fond, et ce tant en application de l'article L. 341-4 du code de la consommation, qui interdit à un créancier professionnel de se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation (Com., 2 novembre 2005, pourvoi n° 04-12.279; Com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.203; Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.375), qu'en matière de responsabilité de la banque qui fait souscrire un cautionnement disproportionné aux revenus et patrimoine de la caution (Com., 2 novembre 2005, pourvoi n° 04-12.279) ou manque à son obligation

de mise en garde, en cas de disproportion de l'engagement de la caution par rapport à ses biens et revenus (Com., 6 février 2007, pourvoi n° 04-15.362, *Bull.* 2007, IV, n° 18; Com., 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-26.777), d'inadaptation du crédit aux capacités financières des emprunteurs (1^{re} Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-13.601, *Bull.* 2009, I, n° 232) ou de risque de l'endettement né de l'octroi du prêt (Com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-70.423), l'appréciation des facultés contributives relevant également du pouvoir souverain des juges du fond (1^{re} Civ., 4 mai 2012, pourvoi n° 11-11.461, *Bull.* 2012, I, n° 97).

En revanche, la chambre commerciale vérifie la méthode utilisée pour mesurer la disproportion, en approuvant une cour d'appel d'avoir analysé les seuls revenus de la caution, sans prendre en compte ceux de sa concubine, pour retenir qu'ils étaient suffisants pour faire face à son engagement (Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.375) et en affirmant que « le caractère manifestement disproportionné de l'engagement de plusieurs cautions solidaires s'apprécie au regard des revenus de chacune d'entre elles » (Com., 13 septembre 2011, pourvoi n° 10-18.323; voir aussi 1^{re} Civ., 22 octobre 1996, pourvoi n° 94-15.615, *Bull.* 1996, I, n° 362) et « sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'existence d'autres garanties » (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.291). De même, elle décide que le prix de vente de biens immobiliers vendus après la souscription du cautionnement (Com., 3 février 2009, pourvoi n° 07-19.778) ou les revenus simplement escomptés de l'opération financée ne peuvent être pris en compte pour apprécier la disproportion manifeste (Com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.203; 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-11.281; Com., 6 février 2007, pourvoi n° 04-15.362, *Bull.* 2007, IV, n° 18), l'adaptation de l'engagement aux capacités financières des emprunteurs s'appréciant au jour de l'engagement (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.291; Com., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-17.171; Com., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-66.309 pour l'application de l'article L. 341-4 du code de la consommation). Enfin, la connaissance par la caution de l'existence de la disproportion entre ses facultés de remboursement et son engagement de caution ne constitue pas un motif permettant de dispenser la banque de son obligation de mise en garde (Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 10-30.274).

D. Qualification des faits résultant de la connaissance d'un fait par une partie ou de son état psychologique

Les juges du fond disposent également d'un pouvoir souverain pour apprécier la connaissance, la compétence, l'intention des parties. Il en est ainsi du dol ou de la réticence dolosive, souvent invoqués en droit bancaire (Com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.667), s'agissant tant de l'existence des manœuvres dolosives (Com., 7 février 2012, pourvoi n° 11-10.487, *Bull.* 2012, IV, n° 24; Com., 27 septembre 2011, pourvoi n° 10-17.467) que du caractère déterminant de l'erreur commise (Com., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-19.594). Cette appréciation souveraine est toutefois soumise à un contrôle de motivation, notamment de la caractérisation de chacun des éléments constitutifs du dol (Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.698; Com., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 00-13.994). En revanche, s'agissant de la fraude, la Cour de cassation vérifie que les motifs retenus sont propres à caractériser l'intention frauduleuse (Com., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-13.536).

Est également souveraine l'appréciation par les juges du fond du caractère volontaire de l'agissement, au détriment du débiteur, de la banque qui acquiert une lettre de

change, pour l'application de l'article L. 511-12 du code de commerce (Com., 23 juin 2004, pourvoi n° 01-12.217) ou, en matière de soutien abusif, de la connaissance du caractère irrémédiablement compromis de la situation du débiteur (Com., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-30.923).

De même, la Cour de cassation laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond la qualification d'« averti » ou de « non averti » de l'emprunteur (ou de la caution) qui invoque le devoir de mise en garde de la banque consacré par les arrêts de la chambre mixte du 29 juin 2007, qui avait d'ailleurs précisé qu'un professionnel n'est pas présumé averti (Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 7; Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 06-11.673, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 8). En 2009, la chambre commerciale a précisé limiter son contrôle à celui de la motivation relative au caractère averti ou non averti de l'intéressé (Com., 3 février 2009, pourvoi n° 07-19.778), vérifiant dès lors que les critères relevés par les juges du fond pour qualifier d'averties ou de non averties les cautions sont propres à le faire (pour des exemples récents : Com., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-14.936; Com., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-15.853; Com., 30 mars 2010, pourvoi n° 09-66.203; Com., 9 février 2010, pourvoi n° 09-13.432; Com., 8 juin 2010, pourvoi n° 07-21.901) et fixant parfois des lignes directrices : contrairement à la première chambre civile (1^{re} Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-18.334, *Bull.* 2009, I, n° 85; 1^{re} Civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 96-12.882, *Bull.* 1998, I, n° 93) et à la troisième chambre civile (3^e Civ., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-17.758, *Bull.* 2007, III, n° 213), la chambre commerciale juge que l'emprunteur ou la caution, assisté(e) par un conseiller lors de la souscription de son engagement est averti(e), de sorte que la banque n'a pas de devoir de mise en garde à son égard (Com., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-16.439; Com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-15.949; Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 02-11.211, *Bull.* 2006, IV, n° 102). En revanche, alors qu'elle avait décidé que le gérant et associé de la société cautionnée devait être considéré comme une caution avertie (Com., 5 avril 2011, pourvoi n° 09-72.953), elle est revenue sur cette présomption, affirmant clairement le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur le caractère averti ou non de l'emprunteur ou de la caution (Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-25.904, *Bull.* 2012, IV, n° 76).

Section 6 – Droit fiscal

Le juge judiciaire est amené à se prononcer sur le bien-fondé de l'assiette de l'impôt ressortissant à sa compétence, en particulier à l'occasion de contestations émises par les contribuables ayant fait l'objet de l'une des procédures de contrôle prévues par le livre des procédures fiscales. Par application de l'article L. 17 du livre des procédures fiscales, l'administration est en effet fondée à rectifier le prix ou l'évaluation d'un bien ayant servi de base à la perception d'une imposition. Ainsi, à la suite de la procédure de rectification contradictoire de l'article L. 55, lorsque, en matière de droits d'enregistrement et de taxe de publicité foncière (ou de taxe sur la valeur ajoutée si elle est due à la place de ces derniers), l'administration fiscale entend rectifier le prix ou l'évaluation du bien ayant servi de base à la perception de l'imposition, l'administration est tenue de prouver l'insuffisance du prix et de l'évaluation présents dans les déclarations et actes. De la même manière, si le contribuable ayant formulé des observations non admises par l'administration a obtenu la saisine de la commission départementale de conciliation en vertu des articles L. 59 et L. 59 B du code précité, ou que celle-ci a été

saisie par l'administration elle-même, et qu'elle donne un avis sur la valeur des biens (en matière de droits d'enregistrement ou de taxe de publicité foncière dans les cas mentionnés à l'article 667 du code général des impôts, de même qu'au sujet de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF)), le juge judiciaire peut-il être conduit à se prononcer sur la valeur du ou des biens appréciée par cette commission. Tel est encore le cas si la contestation porte sur le montant de la taxe annuelle de 3 % sur la valeur vénale des immeubles prévue par l'article L. 199 du livre des procédures fiscales ou encore sur la valeur d'une donation.

Par une jurisprudence déjà ancienne mais réitérée, la chambre commerciale reconnaît au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement, non seulement si la méthode retenue par l'administration est adaptée à la situation litigieuse, mais surtout de déterminer le prix du bien, par exemple en suivant la méthode prise en compte par une expertise (Com., 10 mai 1988, pourvoi n° 87-13.554, *Bull.* 1988, IV, n° 154). Les valeurs et éléments de comparaison que l'administration a retenus pour déterminer une valeur correspondant à celle du marché sont alors appréciés souverainement par les juges du fond, qui doivent procéder aux constatations de fait déterminantes dans les motifs de leur décision (Com., 16 mai 1995, pourvoi n° 92-19.754) pour vérifier qu'ils sont techniquement adaptés (Com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.181). Il en va de même pour l'évaluation de la valeur des biens mobiliers, tels les titres non cotés en Bourse (Com., 19 décembre 1989, pourvoi n° 88-13.519).

De manière générale, en matière fiscale, et à l'instar des autres chambres civiles, la chambre commerciale laisse au juge du fond le soin d'apprécier la réalité des faits (par exemple de la réalité des secours et des soins non interrompus reçus de l'adoptant par l'adopté qui, devenu contribuable, prétendait être soumis à un taux de taxation dérogatoire à la suite d'une transmission de patrimoine : Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-14.407, *Bull.* 2009, IV, n° 52 – celle de la réalisation de travaux ou d'une opération de revente par un marchand de biens estimant devoir bénéficier d'un régime de faveur : Com., 5 juillet 1976, pourvoi n° 74-13.707, *Bull.* 1976, IV, n° 226; Com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-21.546 – celle de la tenue d'un document imposé par un texte : Com., 28 avril 1981, pourvoi n° 79-14.803, *Bull.* 1981, IV, n° 193), ou le sens et la portée des conventions, comme la commune intention des parties (Com., 30 juin 1970, pourvoi n° 69-10.493, *Bull.* 1970, IV, n° 225; Com., 18 novembre 1975, pourvoi n° 74-11.520, *Bull.* 1975, IV, n° 274), cette liberté d'appréciation se retrouvant dans plusieurs domaines : pour l'appréciation de la preuve du transfert de propriété d'un immeuble soumis à taxation (Com., 2 décembre 1974, pourvoi n° 70-12.539, *Bull.* 1974, IV, n° 311), pour celle de la réalité d'une donation (Com., 22 février 2000, pourvoi n° 97-20.611, *Bull.* 2000, IV, n° 40; Com., 7 février 1995, pourvoi n° 93-13.123, *Bull.* 1995, IV, n° 37; Com., 27 juin 1989, pourvoi n° 87-19.514, *Bull.* 1989, IV, n° 206; Com., 30 juin 1987, pourvoi n° 85-15.735, *Bull.* 1987, IV, n° 168; Com., 30 juin 1987, pourvoi n° 85-17.697, *Bull.* 1987, IV, n° 167), en matière de répression des abus de droit (article L. 64 du livre des procédures fiscales), pour celle du but exclusivement fiscal de l'opération, du caractère fictif ou dissimulé de l'acte (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-14.262, *Bull.* 2007, IV, n° 132; Com., 10 février 1998, pourvoi n° 96-12.941, *Bull.* 1998, IV, n° 67; Com., 30 juin 1987, pourvoi n° 85-15.735, *Bull.* 1987, IV, n° 168; Com., 18 mai 1982, pourvoi n° 81-10.827, *Bull.* 1982, IV, n° 184; Com., 7 décembre 1970, pourvoi n° 68-13.745, *Bull.* 1970, IV, n° 331), ou encore lorsqu'il s'agit, en matière de succession, d'apprécier l'appartenance d'un bien au patrimoine du défunt (Com.,

3 mars 1987, pourvoi n° 85-14.010, *Bull.* 1987, IV, n° 60; Com., 24 février 1970, pourvoi n° 67-13.712, *Bull.* 1970, IV, n° 74; Com., 18 novembre 1975, pourvoi n° 74-11.520, *Bull.* 1975, IV, n° 274), enfin, en ce qui concerne les visites domiciliaires des articles L. 16 B et L. 38 du livre des procédures fiscales, lorsque le juge des libertés et de la détention ou le premier président statuant en appel analysent les éléments d'information fournis par l'administration fiscale afin de démontrer la réalité des présomptions de fraude fiscale (position constante avant et après la réforme opérée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : Com., 15 juin 2010, pourvoi n° 09-66.689; Com., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-14.707, *Bull.* 2010, IV, n° 50; Com., 30 mai 2000, pourvoi n° 98-30.052, *Bull.* 2000, IV, n° 118; Com., 16 mai 2000, pourvoi n° 97-30.235, *Bull.* 2000, IV, n° 105; Com., 1^{er} février 1994, pourvoi n° 92-20.020, *Bull.* 1994, IV, n° 50).

Section 7 – Droit du travail

Dans les contentieux du droit du travail, le pouvoir souverain des juges du fond s'applique aux constatations de fait, à l'appréciation de la valeur ou de la portée des éléments de preuve, à l'interprétation des actes juridiques comportant une ambiguïté.

Quelques exemples peuvent en être donnés :

- pouvoir souverain d'appréciation des éléments permettant d'étayer une demande en paiement d'heures supplémentaires (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-27.888, *Bull.* 2012, V, n° 221);
- pouvoir souverain d'appréciation des preuves en matière de travail dissimulé (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 10-15.812);
- pouvoir souverain d'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-12.884);
- pouvoir souverain d'appréciation du champ professionnel couvert par une organisation syndicale (Soc., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-22.182);
- pouvoir souverain de la délimitation du secteur d'activité du groupe dans lequel intervient une entreprise (Soc., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-21.873);
- pouvoir souverain d'appréciation du caractère nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du groupe dont relevait une entreprise d'une restructuration envisagée (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-27.786);
- interprétation nécessaire d'un contrat de travail (Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-12.152);
- interprétation nécessaire d'une lettre de licenciement (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-17.827);
- interprétation d'avis médicaux en matière d'inaptitude (Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-11.490);
- interprétation nécessaire de l'objet de la demande en justice formée par un salarié (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 10-21.690);
- interprétation nécessaire des statuts d'un syndicat, pour déterminer son champ géographique (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-60128).

Conformément au droit commun, ce pouvoir souverain cède si la décision attaquée n'est pas motivée ou statue par des motifs inopérants, si la juridiction du fond n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et, pour les actes juridiques,

si l'appréciation des juges du fond procède d'une dénaturation d'un document clair et précis dans ses termes :

- motifs inopérants en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-30.219, *Bull.* 2012, V, n° 217);
- motifs qui, par leur généralité, sont impropres à caractériser la menace pesant sur la compétitivité d'une entreprise (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.493);
- décision de cour d'appel n'ayant pas tiré les conséquences légales de ses constatations quant à l'existence d'une modification d'un contrat de travail (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-11.696);
- dénaturation d'un acte constitutif d'une promesse d'embauche (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-10.486);
- dénaturation d'un avis d'inaptitude (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.760);
- dénaturation du compte-rendu de l'entretien préalable au licenciement (Soc., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-18.660);
- dénaturation de la demande en justice présentée par une partie ou du contenu de ses conclusions reprises oralement (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-15.402 et Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-12.780).

Les contentieux du droit du travail comportent néanmoins quelques spécificités quant à l'étendue des contrôles opérés par la chambre sociale.

Deux exemples, pris dans les contentieux récurrents de la chambre, peuvent en être donnés :

- En cas de litige relatif à la faute grave imputée au salarié, la chambre sociale exerce un contrôle dit « léger » (exprimé dans les arrêts de rejet des pourvois par « a pu »), non seulement sur l'existence d'une faute, mais aussi sur la gravité de celle-ci, c'est-à-dire sur le point de savoir si cette faute est, ou non, de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis : arrêt de rejet d'un pourvoi approuvant les juges du fond d'avoir considéré que le maintien d'un salarié dans l'entreprise n'était pas impossible (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-17.827); arrêt approuvant au contraire les juges du fond d'avoir estimé que la faute constatée rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.540); cassation d'un arrêt ayant retenu l'existence d'une faute (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.923); cassation d'un arrêt ayant retenu le caractère de gravité de la faute constatée, la Cour de cassation considérant que cette faute ne justifiait pas la rupture immédiate du contrat de travail (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-22.225).

- La prise d'acte est un mode de rupture du contrat de travail ouvert au salarié, la rupture produisant les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués contre l'employeur la justifient, soit dans le cas contraire d'une démission (Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-42.335, *Bull.* 2003, V, n° 209).

En principe, l'appréciation du caractère suffisamment grave du manquement commis par l'employeur relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-46.048, *Bull.* 2004, V, n° 287). La chambre sociale a toutefois considéré qu'elle ne pouvait s'en remettre à ce pouvoir souverain lorsque les juges du fond, tout en constatant une violation manifeste par l'employeur de règles fondamentales du droit du travail, estimaient néanmoins non fondée une prise d'acte.

D'où un contrôle exercé par la Cour dans un certain nombre d'hypothèses, notamment :

- en cas de modification unilatérale par l'employeur du contrat de travail (Soc., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-40.190);
- en cas de violation par l'employeur de son obligation de fournir le travail convenu (Soc., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.254, *Bull.* 2010, V, n° 252);
- en cas de manquement de l'employeur à son obligation de payer la rémunération convenue (Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 07-45.409, *Bull.* 2010, V, n° 102);
- en cas de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat (Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, *Bull.* 2009, V, n° 147);
- en cas de faits de harcèlement commis par l'employeur (Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.019, *Bull.* 2010, V, n° 30).

Dans ces différents cas, le contrôle de la Cour s'est exprimé par la cassation pour violation de la loi d'arrêts ayant qualifié la rupture par le salarié de démission, faute pour les juges du fond, qui avaient pourtant caractérisé les manquements imputables à l'employeur, d'avoir tiré les conséquences légales de leurs constatations.

Section 8 – Droit pénal

La chambre criminelle reconnaît au juge du fond un pouvoir souverain d'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction dans des limites générales qu'il conviendra de présenter (§ 1). L'emploi par le législateur contemporain de notions de fait inédites pour définir l'élément matériel de l'infraction a renouvelé le champ du contrôle exercé sur le juge du fait (§ 2).

§ 1. Principes généraux gouvernant le contrôle

– Si l'on excepte du propos relatif au contrôle du fait les **manquements formels** et les **cas d'incompétence**, les arrêts de la chambre de l'instruction ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement ne peuvent être cassés que pour **violation de la loi**. Ils sont aussi déclarés nuls s'ils ne contiennent **pas de motifs** ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif, ou encore s'il a été **omis ou refusé de prononcer** sur une demande des parties ou du ministère public.

Cette formulation issue des articles 591 et 593 du code de procédure pénale constitue le cadre légal du contrôle exercé par la chambre criminelle sur la preuve.

– Elle semble restreindre les cas d'ouverture du pourvoi criminel à la violation de la loi et au défaut ou à la contradiction de motifs, tandis que les chambres civiles, sociale et commerciale de la Cour de cassation interprètent l'article 604 du code de procédure civile de manière large, pour y inclure le défaut ou le manque de base légale, l'excès de pouvoir (voir cependant, pour illustrer l'ouverture prétorienne de ce cas devant la chambre criminelle : Crim., 28 novembre 1872, *D.P.* 1872, 1, p. 429; Crim., 17 mai 1907, *Bull. crim.* 1907, n° 239, p. 371; Crim., 24 mai 1960, pourvoi n° 59-92.222, *Bull. crim.* 1960, n° 280, p. 579), la dénaturation (voir cependant, pour illustrer l'ouverture prétorienne de ce cas devant la chambre criminelle : Crim., 24 mars 1969, pourvoi

n° 67-93.576, *Bull. crim.* 1969, n° 127, dénaturation d'un contrat pour qualifier un abus de confiance – en général, la dénaturation est analysée comme une contradiction ou une insuffisance de motivation, et sanctionnée comme telle : *Crim.*, 12 décembre 1972, pourvoi n° 72-92.318, *Bull. crim.* 1972, n° 385).

Au demeurant, l'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire s'applique identiquement à toutes les chambres de la Cour : elles ne connaissent pas du fond des affaires. La chambre criminelle est donc aux prises, comme les autres, avec la distinction du fait, défini comme ce qui est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond, et du droit, qui fonde le contrôle de cassation (voir, pour l'expression de ce principe, *Crim.*, 21 mars 1990, pourvoi n° 88-84.011, *Bull. crim.* 1990, n° 125). La difficulté est même d'autant plus prégnante en matière pénale que les trois éléments d'une infraction sont intellectuellement indissociables – la « qualification », qui conjugue le fait et le droit, est la quintessence de l'œuvre répressive –, au point que, selon une formule consacrée, l'insuffisance de motifs ou leur contradiction équivalait à leur absence. En outre, le droit de la sanction est naturellement et entièrement d'ordre public, ce qui interdit pratiquement à la chambre criminelle d'adopter un contrôle dit « léger » (dont la formulation ordinaire par les chambres civiles tient dans l'expression « la cour d'appel a pu... »). Enfin la procédure criminelle tend à la manifestation de la vérité, là où le code de procédure civile cantonne le juge aux faits que les parties veulent bien mettre « dans la cause ».

Confrontée à ces particularités et à cette complexité, la chambre criminelle est amenée à développer tout à la fois des modalités rédactionnelles qui lui sont propres, et à démêler très attentivement le droit et le fait, afin de ne pas se laisser entraîner à jouer le rôle de troisième degré de juridiction. Statistiquement, cette vigilance peut être constatée : le taux de cassation est plus faible à la chambre criminelle (20 % en 2012, s'agissant des pourvois soutenus) que dans les autres formations de la Cour, ce qui pourrait faussement faire croire à une moindre exigence de la chambre criminelle sur la réunion des preuves contre le prévenu ou l'accusé.

– Mais naturellement, les trois éléments de l'infraction doivent être prouvés par le ministère public et identifiés dans la motivation des juges du fond qui condamnent un prévenu, à peine de cassation pour insuffisance de motifs (*Crim.*, 30 octobre 1924, *D.H.* 1924, p. 653). La chambre criminelle contrôle ainsi l'interprétation qui est donnée de l'élément légal du crime ou du délit (en ce compris les traités internationaux). Elle a inversement allégé la preuve de l'élément intentionnel des infractions d'imprudance (*Crim.*, 30 octobre 1995, pourvoi n° 94-83.386, *Bull. crim.* 1995, n° 335 : la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'un règlement implique l'intention coupable).

De même, les demandes indemnitaires présentées aux juges du fond ne sont laissées à leur appréciation que moyennant une motivation suffisante et non contradictoire (*Crim.*, 3 juin 1935, *D.P.* 1935, 1, p. 118 ; *Crim.*, 14 juin 1990, pourvoi n° 89-85.246, *Bull. crim.* 1990, n° 243), qui portera sur la preuve du fait générateur, celle du préjudice et celle du lien de causalité entre les deux.

Mais c'est dans la détermination des conséquences juridiques de l'élément matériel de l'infraction que le contrôle de la Cour de cassation sur les faits s'exerce avec le plus de précautions : la preuve pénale, comme il a été dit, entre dans le carcan d'une qualification.

C'est ainsi que la chambre criminelle abandonne à l'appréciation des juges du fond, la constatation même des faits : elle n'en recherche aucun dans les pièces de la procédure, qui ne figureraient pas dans la décision attaquée ; tout moyen de cassation qui l'inviterait à le faire serait nouveau et mélangé de fait.

Identiquement, la chambre criminelle n'évalue pas les charges dont une juridiction affirme l'existence (Crim., 5 avril 1965, pourvoi n° 64-93.432, *Bull. crim.* 1965, n° 112 ; pour l'exception relative aux délits de presse : Crim., 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-82.647, *Bull. crim.* 1996, n° 283, arrêt n° 1). Tout moyen de cassation qui l'inviterait à le faire serait un moyen de pur fait, auquel il serait répondu par une formule lapidaire (les prémisses sont fixées par Crim., 12 juillet 1994, *JCP* 1994, IV, 2434).

– Mais si les constatations sont inattaquables devant la Cour de cassation, de même que la conviction du juge, la qualification que les juges du fond ont donnée à ces constatations ou ont refusé de leur donner, ainsi que les conséquences qui peuvent être tirées de ces constatations, sont contrôlées. Selon une formule qui reste applicable depuis plusieurs décennies, l'appréciation des faits par les juges du fond n'est souveraine qu'autant qu'elle n'est pas en contradiction avec les faits constatés par la décision elle-même (Crim., 6 juin 1946, *D.* 1946, p. 306).

La cassation, si elle intervient, peut alors être prononcée pour violation de la loi (« Caractérise – ou constitue – l'infraction ou le délit ou le crime de... ou tel élément matériel (surprise, contrainte, manœuvre...) le fait de... » ; « Entre dans les prévisions de l'article... le fait de... » ; « Se rend coupable de... celui qui... »). Elle peut aussi intervenir pour manque de base légale, cas d'ouverture prétorien réservé à cette hypothèse d'erreur de qualification et comme tel différent ce que les chambres civiles y intègrent (« sans rechercher si »).

On trouve des illustrations innombrables de la détermination du niveau de contrôle de la chambre criminelle sur l'appréciation du fait par les juges du fond. Mais ce rapport, consacré à la preuve, n'est pas le lieu de décrire les évolutions de droit pénal spécial que promeut la chambre criminelle.

§ 2. Application particulière aux standards

– Le débat sur la preuve des faits, et le contrôle de cassation qui s'exerce sur ce plan, se sont trouvés renouvelés par l'irruption dans le droit français de concepts, généralement dénommés standards, qui s'intègrent à la qualification de l'infraction, mais dont l'interprétation dépend beaucoup du contexte et du déroulement des faits. Il importe peu ici de retracer l'histoire ou l'origine de ces concepts. Il est en revanche certain que la chambre criminelle est amenée à s'y confronter.

Certains de ces standards ont un sens juridique anciennement acquis (admissibilité, antériorité, connexité, défectuosité, impartialité, légitimité, délai raisonnable, erreur manifeste...) ou sont décidément insusceptibles d'acquiescer une telle dimension (anormal, adéquat, comparable, compatible, gravité, opportun, suffisant...), de sorte qu'il n'est possible, dans aucun des deux cas, de retracer ici la jurisprudence qui s'y serait attachée et d'en déduire comment et sous quelles conditions les juges doivent apprécier les preuves rapportées par le ministère public.

D'autres termes de droit pénal contemporain ont pu retenir de manière pertinente l'attention actuelle de la chambre criminelle. On en choisira trois exemples (l'insalubrité, la dangerosité, la vulnérabilité), pour examiner comment la chambre criminelle a pu exercer son contrôle sans empiéter sur le domaine de l'appréciation souveraine des juges du fond.

– L'insalubrité est un terme utilisé par le législateur, parfois depuis très longtemps (voir la loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes, abrogée par la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées par la protection de l'environnement (ICPE), codifiée au livre V du code de l'environnement) pour réprimer des situations très diverses : exploitation d'un établissement d'abattage, de traitement, transformation, stockage, exposition, mise en vente ou vente de denrées animales ou d'origine animale, dans des conditions créant un risque d'insalubrité (articles R. 237-2, R. 231-22 du code rural et de la pêche maritime) – la loi de 1917 visait quant à elle, sans plus de précision, « tous établissements industriels ou commerciaux qui présentent des causes de danger ou des inconvénients soit pour la sécurité, la salubrité ou la commodité du voisinage, soit pour la santé publique, soit encore pour l'agriculture ».

Si l'on excepte les arrêts dans lesquels la chambre criminelle sanctionne des manquements formels (voir Crim., 9 mai 1974, pourvoi n° 73-93.563, *Bull. crim.* 1974, n° 169; Crim., 15 juin 2010, pourvoi n° 09-85.715), il reste à signaler un arrêt du 13 novembre 2007 (Crim., 13 novembre 2007, pourvoi n° 07-81.977) laissant l'appréciation de l'insalubrité au juge du fond : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que, le 12 août 2004, un enquêteur de la direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes a constaté que la température à cœur de diverses denrées alimentaires exposées à la vente, au rayon « traiteur » d'un hypermarché Leclerc, excédait la limite autorisée et a relevé 252 contraventions à la réglementation de l'hygiène des aliments ; que Marc X..., chef de magasin, a été condamné par le tribunal de police à 252 amendes de dix euros ; Attendu que, pour écarter l'argumentation du prévenu et le déclarer coupable, l'arrêt retient, d'une part, qu'un contrôle portant sur certains produits d'un rayon permet d'établir, lorsqu'il indique un degré de température largement supérieur à celui requis, que la température de l'ensemble des produits du même rayon excède le maximum autorisé, d'autre part, que la délégation de pouvoirs donnée au responsable du rayon « traiteur », qui s'applique en matière de « propreté, étiquetage, date limite de vente, prix, commandes de produits conformes, poids et mesures », ne peut être substituée à celle dont Marc X... est titulaire, qui a pour objet « toute la réglementation des consignes d'hygiène et de sécurité sur le rayon en cause et notamment la répression des fraudes » ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, qui procèdent de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel a justifié sa décision ; ».

– La dangerosité n'est pas abordée ici dans son acception criminologique mais comme élément constitutif de certaines incriminations relevant de la prévention des risques. De ce point de vue, le législateur confie parfois au règlement le soin de donner assez de précision sur la dangerosité : par exemple, en ce qui concerne les chiens dangereux, les races de chiens concernées, dont une liste ministérielle est tenue à jour (articles L. 215-1, L. 211-13 et L. 211-12 du code rural et de la pêche maritime) ou, s'agissant des transports par route de matières dangereuses, les types de matières listées par

arrêté ministériel (articles L. 211-15 § I, L. 215-2 et L. 211-12 du code rural et de la pêche maritime).

Dans d'autres hypothèses, le législateur guide le juge par une indication complémentaire : par exemple, la nature de l'information s'agissant de la communication ou de la divulgation d'une fausse information dans le but de faire croire qu'une destruction, dégradation, détérioration dangereuse pour les personnes allait être commise ou avait été commise, (article 322-14, alinéa 1, du code pénal – qualification comparable pour les menaces : article 322-12 du code pénal).

Mais il arrive que la loi laisse le juge décider lui-même ce qui est ou n'est pas dangereux, par exemple, avoir trompé un contractant sur les risques inhérents à l'utilisation de l'objet du contrat, cette tromperie ayant eu pour conséquence de rendre l'utilisation de la marchandise dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal (articles L. 213-2 1° et L. 213-1 du code de la consommation); implanté une enseigne de nature à réduire la visibilité ou l'efficacité des signaux réglementaires, éblouir les usagers des voies publiques, solliciter leur attention dans des conditions dangereuses pour la sécurité routière (article R. 418-4 du code de la route); volontairement détruit un bien par l'effet d'une substance explosive, par un incendie, par un moyen de nature à créer un danger pour les personnes (article 322-6, alinéa 1, du code pénal). Il en est de même dans le cas des articles 121-3 et 223-1 du code pénal, ce dernier punissant les risques causés à autrui qui, pour ne pas utiliser le mot « danger », y est néanmoins relatif (pour l'étude détaillée de ces deux textes, voir *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2011, p. 287 et s.).

Dans ces hypothèses, la chambre criminelle sanctionnerait une motivation insuffisante ou contradictoire. S'agissant de vérifier la réunion des éléments constitutifs d'une infraction, cette position de la chambre ne peut être assimilée à ce que la doctrine dénomme un « contrôle allégé ». On en trouve d'innombrables exemples (parmi lesquels, Crim., 6 septembre 2005, pourvoi n° 04-87.778, *Bull. crim.* 2005, n° 218, qui retient que justifie sa décision au regard de l'article 121-3 du code pénal la cour d'appel qui, pour déclarer un instituteur coupable d'homicide involontaire à la suite du décès de l'une de ses élèves, victime d'une chute de la fenêtre du deuxième étage de la classe sur laquelle elle s'était placée à son insu, retient que, connaissant la dangerosité de la situation résultant de l'ouverture des fenêtres pour les enfants, il n'a pas pris à leur arrivée dans la classe les mesures de fermeture permettant d'éviter le dommage et a ainsi commis une faute caractérisée exposant les élèves à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer).

– La vulnérabilité est la plus récemment apparue des trois notions ici évoquées. Elle s'est néanmoins répandue abondamment et rapidement dans la législation criminelle contemporaine : violences sur personne vulnérable (articles 222-1 à 222-14 du code pénal); vol d'une personne vulnérable (article 311-5 du code pénal); escroquerie (article 313-2 du code pénal); recel de vol ou recel d'escroquerie (article 321-1 du code pénal); abus de faiblesse (articles 223-15-2, alinéa 1, 223-15-3, 225-16-1 et 225-16-2 du code pénal); atteintes sexuelles (articles 222-29 et 222-30 du code pénal).

Peut-être ce caractère plus nouveau et plus fréquent du concept de vulnérabilité, par rapport à d'autres ici évoqués, conduit-il la chambre criminelle à une certaine vigilance : les juges du fond ne doivent ni accorder sans motifs suffisamment précis à une victime le statut de vulnérabilité, qui conduit à renforcer considérablement la répression ; ni

conduire ces mêmes juges à stériliser la volonté du législateur de créer cette catégorie de victimes privilégiées.

La jurisprudence donne déjà de très nombreux exemples de ce balancement, caractéristique de l'éclairage que la chambre criminelle veut donner aux notions nouvelles.

Il a ainsi été jugé (Crim., 11 février 1998, pourvoi n° 96-84.997, *Bull. crim.* 1998, n° 53) que l'étranger en situation irrégulière, contraint d'accepter pour travailler un logement insalubre, est une personne « vulnérable ou dépendante » au sens de l'article 225-14 du code pénal. De même (Crim., 8 juin 2010, pourvoi n° 10-82.039, *Bull. crim.* 2010, n° 102), prononce par des motifs insuffisants l'arrêt qui, pour mettre en accusation devant la cour d'assises du chef de viol commis sur une personne particulièrement vulnérable, en raison de son âge de soixante-dix ans, apparent ou connu de l'auteur du crime, ne précise pas en quoi un tel âge mettait la victime dans une situation de particulière vulnérabilité (dans le même sens, Crim., 23 juin 1999, pourvoi n° 98-84.158, *Bull. crim.* 1999, n° 152 : doit être cassé l'arrêt qui, pour condamner du chef d'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, retient que l'infraction préparée était une extorsion commise au préjudice d'une personne particulièrement vulnérable, en raison de son âge de soixante-quatre ans, sans préciser en quoi un tel âge mettait la victime dans une situation de particulière vulnérabilité). Parallèlement (Crim., 23 avril 2003, pourvoi n° 02-82.971, *Bull. crim.* 2003, n° 85), ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 225-14 du code pénal, l'arrêt qui, pour relaxer la prévenue poursuivie pour avoir, en abusant de leur situation de dépendance, soumis plusieurs salariés d'un magasin dont elle était directrice à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine, retient que, ceux-ci étant de nationalité française et titulaires d'un contrat de travail, ne sauraient se trouver en situation de dépendance ou de vulnérabilité vis-à-vis de leur employeur. Prononce par des motifs contradictoires le même arrêt qui, après avoir constaté que la prévenue aurait fait subir à certains salariés des violences, brimades, injures et autres vexations, énonce que ces violences physiques et morales, si elles témoignent d'un comportement critiquable à l'égard de ceux-ci, ne caractérisent pas une atteinte à la dignité humaine mais relèvent plutôt d'un mode paternaliste de gestion ; caractérise (Crim., 8 juin 1994, pourvoi n° 94-81.376, *Bull. crim.* 1994, n° 226) au regard tant de l'article 332 de l'ancien code pénal que des articles 222-23 et 222-24 du nouveau code pénal, le crime de viol aggravé par la particulière vulnérabilité de la victime et l'abus d'autorité de l'auteur, la chambre d'accusation qui relève que l'inculpé, infirmier en service de nuit, a imposé un acte de pénétration sexuelle à une malade de l'hôpital en complet désarroi pour être atteinte de psychonévrose dépressive et obsessionnelle grave, exclusive d'une attitude incitative et d'une participation active aux violences perpétrées sur elle.

– C'est naturellement à travers l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont transmises par les juges du fond ou soumises par les avocats aux Conseils, que la chambre criminelle a pu aussi se familiariser avec des standards, anciens dans le droit constitutionnel voire européen, mais tout à fait nouveaux pour elle.

Il en est ainsi lorsque la chambre doit s'interroger sur le sens et la portée des articles 5 et 7 à 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; ce sont précisément des textes qui influent de manière très directe sur la procédure pénale, sur le droit pénal général et sur le droit pénal spécial.

Ainsi en a-t-il été des concepts de nécessité (d'une loi, d'une incrimination); de proportionnalité (d'une sanction); d'accessibilité, d'intelligibilité, de prévisibilité, de clarté et de précision de la loi pénale; de sécurité juridique; et même de «normativité» (ou légalité) de la loi.

Mais la question de la preuve est alors assez éloignée : si le libellé de la question prioritaire de constitutionnalité doit être suffisamment précis pour constituer un grief plausible et vérifiable par la Cour de cassation, celle-ci ne requiert certes pas des demandeurs à la question la «preuve» de l'inconstitutionnalité.

D'autres encore de ces mots nouveaux (acceptable, accessible, durable, adéquat...) pénètrent le droit positif, ou se développeront en droit supra-légal (constitutionnel, communautaire, européen des droits de l'homme), en sorte que la chambre criminelle exercera longtemps encore une forme de contrôle plutôt novatrice.

Chapitre 2 – Dénaturation

Après avoir brièvement exposé la notion de dénaturation (section 1), il conviendra de préciser un aspect d'ordre technique voire rédactionnel de ce cas d'ouverture à cassation d'origine prétorienne, à savoir le visa (section 2).

Section 1 – Notion de dénaturation

Le contrôle exercé par la Cour de cassation aux fins de déterminer l'éventuelle dénaturation commise par le juge du fond marque assurément une limite visible au pouvoir souverain d'appréciation des faits reconnu à celui-ci. Normalement amené à interpréter – souverainement – les actes (*lato sensu* : contrats, actes unilatéraux, lettre missive, témoignage, conclusions...), le juge du fond doit, en effet, se garder des interprétations dites «dénaturantes», qui méconnaissent la lettre claire des actes. On se doute que le grief de dénaturation, assez fréquemment agité dans les pourvois (parce qu'il est finalement le seul moyen de revenir, en cause de cassation, sur l'exercice par le juge du fond de son pouvoir souverain), ne se nourrit pas d'interprétations caricaturalement déformantes de lettres absolument claires; il oblige le plus souvent le juge de cassation à se demander, en premier lieu, si la lettre de l'acte est aussi claire que prétendu par l'auteur du pourvoi et, dans l'affirmative, en second lieu, si le juge du fond l'a, sous couvert d'interprétation, altérée au point de la dénaturer.

Le grief de dénaturation sera retenu si le juge du fond a, pour se prononcer, fait d'un écrit une lecture contraire aux termes clairs et précis qu'il contient.

Dans l'hypothèse inverse d'un document obscur ou ambigu, appelant une nécessaire interprétation, le sens et la portée de cette pièce sont laissés au libre arbitre des juges, quand bien même la Cour de cassation n'approuverait pas la solution, toute interprétation, en dehors de la loi, étant par nature souveraine.

Le contrôle de la Cour de cassation, qui remonte à un arrêt du 15 avril 1872 (arrêt *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*, Civ., 15 avril 1872, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008,

n° 161, p. 156), s'étend à la fois aux documents probatoires (voir, pour une application récente, 1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 10-24.991 : attestations), aux actes contractuels, aux écritures des parties et aux décisions de justice.

Cette technique de contrôle est classiquement mise en œuvre par les chambres civiles. En droit pénal, il n'est qu'une hypothèse dans laquelle la chambre criminelle examine de près les modalités de constatation du fait par les juges du fond : les cas (rares) où la dénaturation est admise comme elle peut l'être par les autres chambres de la Cour de cassation (Crim., 24 mars 1969, pourvoi n° 67-93.576, *Bull. crim.* 1969, n° 127, p. 312 : dénaturation d'un contrat pour qualifier un abus de confiance – en général, la dénaturation est analysée comme une contradiction ou une insuffisance de motivation, et sanctionnée comme telle : Crim., 24 mai 1945, *Bull. crim.* 1945, n° 58, p. 80).

Section 2 – Visa

La dénaturation pose quelques difficultés de visas. La deuxième chambre civile notamment, a pu réserver le visa de l'article 1134 du code civil à la seule dénaturation des actes juridiques (voir, par exemple, 2^e Civ., 18 novembre 2010, pourvoi n° 09-13.265, *Bull.* 2010, II, n° 188), dans le sillage de l'arrêt *Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault* (Civ., 15 avril 1872, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 160, p. 156) ayant fondé le contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation, tempérant le célèbre arrêt *Lubert c. Wancareghem* (Cass., sect. réun., 2 février 1808, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 160, p. 153), dont résulte le pouvoir souverain des juges du fond pour interpréter les contrats.

Si ce sont les écritures des parties qui ont été dénaturées, l'article 4 du code de procédure civile est plus volontiers visé puisque la détermination de l'objet est *a priori* en cause (2^e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-15.582, *Bull.* 2009, II, n° 108).

Lorsque le document dénaturé n'est ni un contrat ni un jeu de conclusions, les visas habituels peuvent apparaître inadaptés. Il est arrivé dans ce cas que la deuxième chambre civile vise un principe général, « l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer les documents de la cause » (2^e Civ., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-19.270 ; 2^e Civ., 29 mars 2012, pourvoi n° 11-14.661 ; 2^e Civ., 15 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.694). Cette position est également celle de la chambre sociale (Soc., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-27.708).

Comme les autres chambres civiles, et sans adopter de position spécifique, la chambre commerciale censure régulièrement les juridictions du fond, sur le fondement soit de l'article 4 du code de procédure civile, soit de l'article 1134 du code civil, lorsqu'elles ont procédé à une dénaturation des écritures des parties (Com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-18.989, *Bull.* 2011, IV, n° 165), des conclusions d'un rapport d'expertise (Com., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-13.176, *Bull.* 2012, IV, n° 132), des contrats et conventions dont les clauses claires n'avaient pas à être interprétées (Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-24.869, *Bull.* 2011, IV, n° 80).

PARTIE 2 – CHARGE DE LA PREUVE

Lorsque les preuves apportées ne sont pas suffisantes et comme le juge doit néanmoins trancher le litige, il convient de déterminer la partie qui devra succomber dans ses prétentions. Il s'agira de celle qui, selon une expression classique, supporte la charge ou le fardeau de la preuve.

En effet, « lorsque la conviction du juge est établie, dans un sens ou dans l'autre, il est, en somme, indifférent de savoir à laquelle des deux parties incombait la tâche de la provoquer. Mais quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, ne peut être découverte, c'est alors qu'il importe de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve. Comme le juge n'a pas (ou n'a plus en Droit moderne) la ressource de renoncer à prendre parti et qu'il doit, dès lors, toujours se prononcer pour l'une et contre l'autre des parties, la carence de celle qui se trouve sous le coup de cette charge suffit à entraîner une décision favorable à son adversaire » (H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, rééd. [en fac-sim.], Dalloz, 2002, n° 117).

Cette partie, qui éprouve un intérêt renforcé à la manifestation de la vérité, peut être désignée par le jeu de présomptions (titre 1) ou par les règles de fond applicables au litige (titre 2).

TITRE 1 – PRÉSOMPTIONS LÉGALES ET PRÉTORIENNES

Selon le code civil, les présomptions sont les conséquences que la loi ou le juge tirent d'un fait connu à un fait inconnu (article 1349 du code civil). La doctrine a identifié une seconde catégorie de présomptions, les présomptions « antéjudiciaires » qui correspondent aux faits que le juge doit tenir pour acquis avant tout litige. Ainsi, il est de principe en droit que la bonne foi se présume et il n'est point question ici de déduire un fait inconnu d'un fait connu. Ainsi que l'écrivait le professeur Chevalier, « Entre les deux propositions contraires relativement au fait à prouver, [la présomption antéjudiciaire] indique *a priori* celle qui devra être prouvée de telle manière que l'autre sera retenue comme motif de décision si la preuve n'est pas faite ou est insuffisante, et comme ce choix est nécessairement préalable à l'examen de la preuve et, si j'ose dire, à son mécanisme, elle ne comporte par elle-même et à elle seule aucune indication sur le déroulement ultérieur de la preuve soit quant à la décomposition du fait à prouver soit quant aux moyens qui seront recevables pour faire la preuve » (J. Chevalier, *La Charge de la preuve. Cours de droit civil approfondi*, les Cours de droit, 1958-1959, p. 219).

Ainsi, la présomption permet à celui qui a à prouver de s'acquitter de son obligation dans le procès en prouvant autre chose, plus simple à établir, ou même en étant dispensé d'une partie de cette obligation.

Parmi les fondements des présomptions se trouve notamment la difficulté qu'il y aurait, pour l'une des parties, à rapporter la preuve nécessaire au succès de ses prétentions

selon les règles générales de dévolution du fardeau de la preuve, un souci d'effectivité du droit, ou encore la vraisemblance statistique du déplacement ainsi opéré de l'objet de la preuve.

Il s'agit le plus souvent de présomptions simples, qui préservent le droit de l'autre partie à rapporter la preuve contraire.

Elles trouvent leur source dans la loi (chapitre 1) ou dans la jurisprudence (chapitre 2), étant observé que, dans le premier cas, la jurisprudence est elle-même appelée à interpréter les présomptions légales et à en préciser le contenu, la portée et les limites.

Chapitre 1 – Présomptions légales

La technique des présomptions existe dans toutes les branches du droit qu'il s'agisse de la matière civile et commerciale (section 1), du droit fiscal (section 2), du droit social (section 3) ou de la matière pénale et douanière (section 4).

Section 1 – En matière civile et commerciale

Parmi les multiples présomptions pouvant être trouvées en cette large catégorie, celles portant sur la fraude s'agissant de l'acquisition de la nationalité par mariage (§ 1), de profit de la communauté en cas d'encaissement de fonds propres (§ 2), de titularité des droits d'auteur de l'exploitant (§ 3), de licéité de la cause (§ 4), de « pas-de-porte » s'agissant des baux ruraux (§ 5) ou, enfin, de responsabilité du transporteur (§ 6), méritent quelques développements particuliers.

§ 1. Présomption de fraude en matière d'acquisition de nationalité par mariage

L'article 21-2 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, prévoit l'acquisition par déclaration de la nationalité française, après un délai de quatre ans à compter du mariage, pour l'étranger ou l'apatride ayant contracté mariage avec un conjoint de nationalité française, à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie n'ait pas cessé entre les époux et que le conjoint ait conservé sa nationalité.

La loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité a modifié la rédaction de l'article 107 du code de la nationalité et l'a intégré dans le code civil, à l'article 26-4, en prévoyant que l'enregistrement de la déclaration peut être contesté par le ministère public en cas de mensonge ou de fraude dans le délai de deux ans à compter de leur découverte. La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, va renforcer les moyens de lutte contre les fraudes en matière de nationalité en insérant un deuxième alinéa à l'article 26-4. Le dernier alinéa est resté inchangé : « La cessation de la communauté de vie entre les époux dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration prévue à l'article 21-2 constitue une présomption de fraude. »

A. Détermination de la date de la découverte de la fraude

Le mariage n'a pas d'effet sur la nationalité d'une personne de nationalité étrangère. Cependant, il donne au conjoint étranger d'une personne de nationalité française la faculté de réclamer cette même nationalité, par déclaration. Le ministère public peut agir en annulation de l'enregistrement de la déclaration dans un délai de deux ans, le point de départ de cette action étant « flottant » puisqu'il commence à courir à compter de la découverte du mensonge ou de la fraude.

Par trois arrêts rendus le même jour, la Cour de cassation a jugé que « seul le ministère public pouvant agir en annulation de l'enregistrement pour fraude, c'est à compter de la date à laquelle celui-ci l'a découverte que court le délai biennal d'exercice de cette action ». Ainsi, la première chambre civile a jugé que ne donnent pas de base légale à leurs décisions les juges du fond qui retiennent que la prescription de l'article 26-4 courait à compter de la date à laquelle le service central de l'état civil de Nantes avait été informé de la fraude par une lettre du consul général de France à Casablanca (1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-30.071, *Bull.* 2012, I, n° 76), de celle où le ministère des affaires étrangères en avait eu connaissance (1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-30.136, *Bull.* 2012, I, n° 76), ou encore de celle où le ministère des naturalisations l'avait découverte (1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-30.196, *Bull.* 2012, I, n° 76).

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la détermination de la date à laquelle le ministère public a eu connaissance du mensonge ou de la fraude relève du pouvoir souverain des juges du fond (1^{re} Civ., 20 novembre 2001, pourvoi n° 99-18.898 ; 1^{re} Civ., 27 novembre 2001, pourvoi n° 00-12.862 ; 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 03-19.402, *Bull.* 2005, I, n° 219 ; 1^{re} Civ., 28 février 2006, pourvoi n° 05-11.330, *Bull.* 2006, I, n° 124 ; 1^{re} Civ., 14 novembre 2006, pourvoi n° 04-15.936, *Bull.* 2006, I, n° 483 ; 1^{re} Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-21.005).

Ainsi, les arrêts du 18 mai 2005 (pourvoi n° 03-19.402, *Bull.* 2005, I, n° 219) et du 28 février 2006 (pourvoi n° 05-11.330, *Bull.* 2006, I, n° 124) rejettent les pourvois contre des arrêts qui ont déclaré prescrite l'action du ministère public en prenant en compte comme point de départ de la connaissance de la fraude celle de la transcription du divorce sur les actes d'état civil. Le premier de ces arrêts a été approuvé par la doctrine (*RCDIP* 2005, p. 607, note P. Lagarde) et le professeur Lagarde (*Nationalité française*, Dalloz, 4^e éd., 2011, p. 271, n° 52-81) écrit qu'« il est logique de réputer le ministère public avoir eu connaissance de la cessation de la communauté de vie dès la transcription à l'état civil du jugement de divorce ». Il estime, cependant, contestable de considérer que le ministère public n'a eu connaissance de la fraude que deux ans après la transcription du jugement de divorce, à l'occasion d'un courrier du tribunal d'instance. Dans cette autre affaire (1^{re} Civ., 19 novembre 2008, pourvoi n° 08-10.077), la Cour a rejeté le pourvoi contre l'arrêt qui a retenu que « le ministère public avait pu légitimement ignorer la situation particulière » du conjoint ayant souscrit la déclaration de nationalité française.

B. Présomption de fraude

L'article 26-4 du code civil instaure une présomption de fraude lorsque la cessation de la communauté de vie entre les époux intervient dans les douze mois suivant

l'enregistrement de la déclaration. Cette présomption de fraude constitue un renversement de la charge de la preuve.

L'articulation entre la découverte de la fraude et la présomption de fraude instaurée menace la situation des conjoints dont la déclaration de nationalité a été enregistrée, en les maintenant dans l'incertitude quant à leur nationalité, et en leur imposant d'établir à tout moment qu'à la date de sa déclaration acquisitive, la communauté de vie entre les époux persistait.

Saisi par arrêt de la première chambre de la Cour de cassation du 18 janvier 2012 (QPC n° 11-40.091), le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité au droit au respect de la vie privée et aux droits de la défense des articles 21-2 et 26-4 du code civil, concluant, par décision du 30 mars 2012 (Cons. const., 30 mars 2012, décision n° 2012-227 QPC, M. Omar S [conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité française]), à la constitutionnalité de ces dispositions, tout en émettant une réserve d'interprétation quant à l'application de la seconde phrase de l'alinéa 3 de l'article 26-4.

Le Conseil constitutionnel relève tout d'abord « que la présomption instituée par l'article 26-4 en cas de cessation de la communauté de vie entre les époux dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration est destinée à faire obstacle à l'acquisition de la nationalité par des moyens frauduleux tout en protégeant le mariage contre un détournement des fins de l'union matrimoniale ; que, compte tenu des objectifs d'intérêt général qu'il s'est assignés, le législateur, en instituant cette présomption, n'a pas opéré une conciliation qui soit déséquilibrée entre les exigences de la sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée » (considérant 9).

Examinant la conformité de l'article 26-4 aux droits de la défense, le Conseil émet ensuite la réserve suivante : « Considérant que, par suite, la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration ; que, dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqué ; que, sous cette réserve, l'article 26-4 du code civil ne méconnaît pas le respect des droits de la défense » (considérant 14).

§ 2. Présomption de profit de la communauté en cas d'encaissement de fonds propres ou provenant d'un propre

Selon l'article 1433 du code civil, « la communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit des biens propres [de cet époux]. Il en est ainsi, notamment, quand elle a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un propre, sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi. Si une contestation est élevée, la preuve que la communauté a tiré profit de biens propres peut être administrée par tous les moyens, même par témoignages et présomptions ».

Le mécanisme des récompenses est le procédé technique destiné à maintenir l'équilibre des patrimoines propres des époux et du patrimoine commun et à éviter que la masse de biens commune ne se trouve, au moment du partage, diminuée (ou augmentée) au profit (ou au détriment) du patrimoine propre des époux.

Sous un régime de communauté, de fréquents transferts de valeurs se produisent entre les différents patrimoines et, en particulier, des deniers provenant du patrimoine propre d'un époux peuvent servir à payer des dettes communes ou à acquérir ou améliorer des biens communs.

Si les dispositions de l'article 1433 du code civil paraissent faciliter la preuve des récompenses, celle-ci peut se révéler difficile à rapporter, le compte des récompenses n'étant établi que lors des opérations de liquidation et de partage de la communauté, plusieurs années après les mouvements de fonds, alors que les époux n'ont pas songé à tenir entre eux une comptabilité détaillée.

Préalablement, il incombe à l'époux demandeur d'une récompense de prouver le caractère propre des deniers dont la communauté aurait profité (par exemple, des deniers provenant de l'aliénation d'un bien et qui n'ont pas donné lieu à emploi, deniers échus à titre de libéralité ou de succession, une indemnité versée par une compagnie d'assurances) puisque la présomption de communauté édictée par l'article 1402, alinéa 1^{er}, du code civil a pour conséquence de faire peser sur l'époux la charge de la preuve du caractère propre d'un bien (1^{re} Civ., 1^{er} décembre 1987, pourvoi n° 85-15.260, *Bull.* 1987, I, n° 315).

Le caractère propre des deniers étant établi, il appartient à l'époux de prouver, non seulement qu'il s'est appauvri, mais que la communauté s'est enrichie au détriment de son patrimoine.

En effet, dès lors qu'il n'existe aucune présomption selon laquelle la communauté aurait tiré profit de l'appauvrissement du patrimoine propre d'un époux, la seule circonstance que cet époux ait perçu des fonds propres, au cours du régime, sans en avoir fait d'emploi, ou, qu'au jour de la dissolution du régime, ses biens propres ne se retrouvent plus dans son patrimoine, est insuffisante à fonder un droit à récompense (1^{re} Civ., 1^{er} décembre 1981, pourvoi n° 80-15.682, *Bull.* 1981, I, n° 359; 1^{re} Civ., 2 décembre 1997, pourvoi n° 96-14.392, *Bull.* 1997, I, n° 335; 1^{re} Civ., 10 février 1998, pourvoi n° 94-20.388, *Bull.* 1998, I, n° 48; 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, pourvoi n° 06-20.132).

Après avoir posé le principe que la communauté doit récompense chaque fois qu'elle a tiré profit des biens propres d'un époux, l'article 1433 du code civil en fait une application dans l'hypothèse où la communauté a encaissé des deniers propres ou provenant de l'aliénation d'un bien propre dont le prix n'a pas été employé ou remployé.

Comme il a déjà été dit (partie 1, titre 2, chapitre 1, section 1, § 2), «le sens du mot encaissement peut prêter à discussion» (G. Champenois, *Defrénois* 1997, n° 174, p. 1442, obs. sous 1^{re} Civ., 17 décembre 1996, pourvoi n° 95-11.929, *Bull.* 1996, I, n° 451), certains auteurs soulignant même son caractère équivoque, inapproprié, sinon inexact (F. Terré, P. Simler, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6^e éd., 2011, n° 653; M. Colomer, *Les Régimes matrimoniaux*, Litec, 12^e éd., 2005, n° 955).

Cette référence à l'encaissement paraît anachronique parce qu'en introduisant le nouvel article 1433 du code civil, le législateur de 1965 a entendu reprendre la pratique notariale et la jurisprudence antérieures concernant l'ancienne communauté légale de meubles et acquêts.

Or, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, «la communauté devenait propriétaire sauf récompense de tous les deniers perçus par les époux

ou pour leur compte pendant le mariage pour quelque cause que ce fût» (1^{re} Civ., 14 mars 1972, pourvoi n° 70-12.138, *Bull.* 1972, I, n° 81). En effet, la communauté avait la jouissance des biens propres des époux. La perception du prix par le mari, administrateur de la communauté, des deniers provenus de la vente d'un bien propre pouvait valoir appauvrissement du patrimoine propre et enrichissement corrélatif de la communauté. En établissant que les deniers provenant de la vente d'un immeuble propre avaient été versés entre les mains du mari, l'appréhension de ces deniers par la communauté, dont le mari était le chef, pouvait être par là même démontrée. Les termes de versement des deniers dans la communauté et d'enrichissement de celle-ci, fondement du droit à récompense, pouvaient donc être confondus.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1965, la communauté a perdu l'usufruit des biens propres des époux. Les deniers perçus par un époux à la suite de l'aliénation d'un bien propre ou qui lui sont échus par succession ou libéralité constituent des biens propres, leur dépôt sur un compte bancaire ouvert à son seul nom ou sur un compte joint ne leur faisant pas perdre cette qualification. Il est donc apparu que, sous l'empire de la loi nouvelle, ce ne pouvait pas être l'encaissement des deniers propres qui pouvait engendrer le droit à récompense, mais l'usage fait des deniers au profit de la communauté.

Par une série d'arrêtés prononcés à partir de 1992, la Cour de cassation s'est uniquement référée à l'alinéa 3 de l'article 1433 et n'a plus fait de « l'encaissement » de deniers propres d'un époux le critère déterminant le droit à récompense (Com., 11 février 1992, pourvoi n° 89-14.079, *Bull.* 1992, IV, n° 65). En pratique, le dépôt de deniers propres sur un compte bancaire ouvert au nom des deux époux était insuffisant à établir le profit tiré par la communauté et, par conséquent, le droit à récompense (1^{re} Civ., 17 décembre 1996, pourvoi n° 95-11.929, *Bull.* 1996, I, n° 451).

Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a décidé que, « sauf preuve contraire, le profit résulte notamment de l'encaissement de deniers propres par la communauté, à défaut d'emploi ou de réemploi » et que lorsqu'ils sont versés sur un compte joint ouvert aux noms des époux, ils sont encaissés par la communauté, cet encaissement fondant, à défaut de preuve contraire, le droit à récompense (1^{re} Civ., 8 février 2005, pourvoi n° 03-13.456, *Bull.* 2005, I, n° 65 et pourvoi n° 05-15.384, *Bull.* 2005, I, n° 66 ; *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2005, p. 215 ; *Af famille* n° 4, avril 2005, p. 149, obs. P. Hilt ; *RTD civ.* 2005, p. 445, obs. B. Vareille ; *Dr. fam.* avril 2005, p. 24, com. 80 par B. Beignier ; *Revue juridique Personnes et Famille* n° 5, mai 2005, p. 14, obs. F. Vauvillé ; *Defrénois* 2005, p. 1506, obs. G. Champenois ; 1^{re} Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 02-17.628 ; 1^{re} Civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 05-19.129).

En d'autres termes, lorsque des deniers propres d'un époux ont été déposés sur un compte commun, on présume qu'ils ont été utilisés par les deux époux et affectés à la couverture de dépenses communes et, par conséquent, on en déduit une présomption de profit tiré par la communauté. Bien sûr, il ne s'agit que d'une présomption qui souffre la preuve contraire.

Cette présomption ne joue pas lorsque les fonds propres sont déposés sur un compte bancaire ouvert au seul nom de l'époux propriétaire. La Cour de cassation a décidé que « le profit tiré par la communauté résultant de l'encaissement, au sens de l'article 1433, alinéa 2, du code civil, des deniers propres d'un époux ne peut être déduit de la seule circonstance que ces deniers ont été versés, au cours du mariage, sur un compte

bancaire ouvert au nom de cet époux» (1^{re} Civ., 15 février 2012, pourvoi n° 11-10.182, *Bull.* 2012, I, n° 33, *JCP* 2012 éd. N, 1295, note E. Naudin, *Revue juridique personnes et famille* n° 6, juin 2012, p. 13, obs. F. Vauvillé, *Af famille* 2012, 232, obs. P. Hilt, *RTD civ.* 2012, p. 364, obs. B. Vareille, *Dr. fam.* 2012, comm. n° 70 par. B. Beignier, *Gaz. Pal.* 16-17 mars 2012, p. 41, note J. Casey; voir, déjà, 1^{re} Civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-14.831, *Bull.* 2005, I, n° 403, *Af famille* n° 1, janvier 2006, p. 33, obs. P. Hilt, *RTD civ.* 2006, p. 814, obs. B. Vareille, *D.* 2006, p. 2066, obs. J. Revel; 1^{re} Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 09-65.345, *Bull.* 2010, I, n° 33, *RTD civ.* 2012, p. 141, obs. B. Vareille). Dans cette hypothèse, on ne peut présumer que les fonds propres ont été utilisés par les deux époux pour être affectés à leurs dépenses communes.

§ 3. Présomption de titularité des droits d'auteur de l'exploitant à l'encontre du tiers poursuivi pour contrefaçon

Le créateur d'une œuvre de l'esprit – qui, en droit français, ne peut être qu'une personne physique – bénéficie de la présomption édictée par l'article L. 113-1 du code de la propriété intellectuelle : «La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée» et, en sa qualité d'auteur, «jouit sur cette œuvre [...] d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous» (article L. 111-1, alinéa 1^{er}, du même code).

Aucune présomption de titularité n'a en revanche été instituée par le législateur au profit des personnes morales, sauf lorsque l'œuvre en cause est une œuvre collective (définie par l'article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle comme «l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'entre eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé»), l'article L. 113-5, alinéa 1^{er}, du code de la propriété intellectuelle prévoyant qu'une telle œuvre «est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée».

Cependant, compte tenu des difficultés rencontrées par les personnes morales pour apporter la preuve, soit de la réunion des critères de qualification de l'œuvre collective, soit d'une cession de droits à leur profit, la première chambre civile de la Cour de cassation a, pour la première fois, dans un arrêt du 24 mars 1993 (1^{re} Civ., 24 mars 1993, pourvoi n° 91-16.543, *Bull.* 1993 I, n° 126) et, depuis lors, de manière constante (voir, notamment, 1^{re} Civ., 4 mai 1994, pourvoi n° 92-16.686, *Bull.* 1994, I, n° 160; 31 janvier 1995, pourvoi n° 92-21.066, *Bull.* 1995, I, n° 63; 9 janvier 1996, pourvoi n° 93-21.519, *Bull.* 1996, I, n° 28; 11 mai 1999, pourvoi n° 97-10.963, *Bull.* 1999, I, n° 157; 22 février 2000, pourvoi n° 97-21.098, *Bull.* 2000, I, n° 58), décidé, généralement au visa de l'article L. 113-5 du code de la propriété intellectuelle, qu'en l'absence de revendication du ou des auteurs, l'exploitation d'une œuvre par une personne morale fait présumer, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'œuvre du droit de propriété incorporelle de l'auteur. Cette présomption a ensuite été étendue aux personnes physiques (1^{re} Civ., 15 novembre 2010, pourvoi n° 09-66.160, *Bull.* 2010, I, n° 23).

La solution est appliquée également par la chambre commerciale (Com., 21 janvier 2004, pourvoi n° 02-14.525) et la chambre criminelle (Crim., 24 février 2004, pourvoi n° 03-83.541, *Bull. crim.* 2004, n° 49).

La Cour de cassation a ainsi entendu mettre fin à une situation procédurale qui exigeait, conformément au droit commun, que l'exploitant de l'objet contrefait établisse sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle préalablement à toute action en contrefaçon, une telle exigence aboutissant à « la protection des contrefacteurs, qui peuvent jouir en paix du fruit d'un larcin qu'ils ne tentent même pas de nier ! » (*Rapport annuel* de la Cour de cassation 1993, p. 311).

Par arrêt du 6 janvier 2011 (pourvoi n° 09-14.505, *Bull.* 2011, I, n° 2 ; *Comm. com. électr.* n° 3, mars 2011, comm. 20 par C. Caron), la première chambre civile, sans nullement remettre en cause le principe précité, a cependant rappelé, afin d'en assurer une exacte application, que « la présomption de la titularité des droits d'exploitation dont peut se prévaloir à l'égard des tiers poursuivis en contrefaçon la personne qui commercialise sous son nom un objet protégé par le droit d'auteur, suppose, pour être utilement invoquée, que soit rapportée la preuve d'actes d'exploitation ».

Elle a donc approuvé une cour d'appel qui, après avoir relevé que les modèles objets du litige avaient été acquis auprès du même fabricant chinois et à la même époque, par deux sociétés françaises qui les avaient commercialisés concomitamment sur le marché français, sans qu'il soit justifié par l'une d'entre elles d'instructions précises adressées à la société chinoise pour leur fabrication, en avait déduit que la preuve d'actes d'exploitation « propres à justifier l'application de la présomption de titularité des droits » n'était pas rapportée.

La Cour de cassation a de surcroît récemment précisé que les actes d'exploitation dont la personne morale ou physique doit justifier pour pouvoir se prévaloir de la présomption prétorienne de titularité doivent présenter un caractère non équivoque : « l'exploitation non équivoque d'une œuvre par une personne physique ou morale sous son nom et en l'absence de revendication du ou des auteurs, fait présumer à l'égard du tiers recherché pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'œuvre du droit de propriété incorporelle » (1^{re} Civ., 4 mai 2012, pourvoi n° 11-13.116, *Bull.* 2012, I, n° 98 ; *Comm. com. électr.* n° 7-8, juillet 2012, comm. 73 par C. Caron).

Ce faisant, elle a clarifié tant le fondement que les conditions d'application de la présomption de titularité, dont il convient de ne pas méconnaître la finalité première : la lutte contre la contrefaçon.

§ 4. Présomption de licéité de la cause, posée par l'article 1132 du code civil (non-subordination à la régularité formelle de la reconnaissance de dette)

Suivant les dispositions de l'article 1132 du code civil, « la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée ».

La règle énoncée par ce texte, qui institue une présomption que la cause de l'obligation invoquée existe et est licite, n'exige pas, pour son application, l'existence d'un acte répondant aux conditions de forme prescrites par l'article 1326 du code civil (1^{re} Civ., 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.614, *Bull.* 2012, I, n° 3).

En la circonstance, l'emprunteur d'une somme d'argent avait établi une reconnaissance de dette au profit du prêteur. Pour rejeter la demande en paiement formée par ce dernier, la cour d'appel avait retenu que la reconnaissance de dette, qui ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 1326 du code civil dès lors que n'y figurait pas la mention en chiffres du montant de l'engagement, n'avait valeur que de simple commencement de preuve par écrit, en sorte qu'il appartenait au prêteur de rapporter la preuve du versement effectif de la somme litigieuse.

Reprenant une solution ancienne (1^{re} Civ., 14 juin 1988, pourvoi n° 86-15.435, *Bull.* 1988, I, n° 190), la Cour de cassation, distinguant les règles probatoires édictées par les articles 1326 et 1132 du code civil, qui s'articulent en deux temps, censure cette décision.

La règle posée par l'article 1326 vise en effet l'engagement du débiteur et son objet. Si l'*instrumentum* ne répond pas aux exigences de ce texte, il appartiendra au demandeur de compléter le commencement de preuve qu'il constitue alors par tous autres éléments de preuve de nature à établir que le défendeur s'est bien engagé à payer la somme litigieuse.

Une fois la preuve de l'engagement rapportée, la règle posée par l'article 1132 fait présumer l'existence et la licéité de sa cause. Pour tenter d'échapper à ses obligations, l'auteur de la reconnaissance de dette devra dès lors établir que cet engagement n'a pas de cause ou, si la cause est exprimée dans l'acte, que celle-ci n'existe pas ou est inexacte (il est renvoyé sur ces questions à la partie 3, titre 2, chapitre 1, section 1).

La présomption d'existence de la cause n'est donc pas subordonnée à la régularité formelle de l'acte.

§ 5. Présomption de « pas-de-porte » dans le statut des baux ruraux

La prohibition des « pas-de-porte » – comprendre, de la pratique consistant, pour un bailleur, à solliciter du locataire entrant le paiement d'un prix, distinct du loyer, en contrepartie de la dation à bail – compte sans doute parmi les plus importantes règles édictées par le statut des baux ruraux.

Le législateur craint en effet que le preneur entrant, très souvent obligé de souscrire de lourds emprunts pour acheter le cheptel – mort et vif – dont il a besoin, ne soit placé dans une situation financière dirimante à la bonne exploitation du fonds loué s'il était aussi contraint d'acquérir le droit de prendre à bail les biens nécessaires à son activité. L'admission des pas-de-porte ruinerait également, indirectement mais nécessairement, le dispositif d'encadrement des loyers organisé par l'article L. 411-11 du code rural et de la pêche maritime.

Cette prohibition est portée par l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime ainsi rédigé : « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement, tout bailleur, tout preneur sortant ou tout intermédiaire qui aura, directement ou indirectement, à l'occasion d'un changement d'exploitant, soit obtenu ou tenté d'obtenir une remise d'argent ou de valeurs non justifiée, soit imposé ou tenté d'imposer la reprise de biens mobiliers à un prix ne correspondant pas à la valeur vénale de ceux-ci. Les sommes indûment perçues sont sujettes à répétition. Elles 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. En cas de reprise de biens mobiliers à un prix ne correspondant pas à la valeur vénale de ceux-ci, l'action en répétition peut être exercée dès lors que la somme versée a excédé ladite valeur de plus de 10 %. L'action en répétition exercée à l'encontre du bailleur demeure recevable pendant toute la durée du bail initial et des baux renouvelés qui lui font suite ainsi que, en cas d'exercice du droit de reprise, pendant un délai de dix-huit mois à compter de la date d'effet du congé.»

Il est à remarquer que tel que le texte est rédigé, la prohibition des pas-de-porte apparaît au travers de l'infraction pénale, de nature délictuelle, encourue par ceux qui la méconnaissent.

Et c'est sur le fondement des éléments constitutifs de cette infraction que doit être appréhendée la sanction civile susceptible d'être infligée, accessoirement dans la logique du législateur (mais presque exclusivement en pratique), aux infracteurs, soit l'obligation pour celui qui a reçu du preneur entrant cette somme illicite de la lui restituer. Ce « socle pénal » impose au juge civil saisi d'une action en restitution de la sorte d'interpréter très strictement les termes de la prohibition.

À l'instar de quasiment toutes les dispositions du statut des baux ruraux, cette disposition est impérative, fruit d'un ordre public que l'on pourrait qualifier de mixte, visant à la fois à protéger le locataire mais aussi à diriger, dans l'intérêt supérieur de l'agriculture, les pratiques économiques des cocontractants.

Pour impérative et lourdement sanctionnée qu'elle soit, cette prohibition est, notamment, trop souvent méconnue par des bailleurs qui peuvent être tentés, parfois sur proposition des candidats locataires eux-mêmes, de battre monnaie avec le titre qu'ils sont susceptibles de concéder. Des esprits pragmatiques ne manquent d'ailleurs pas de faire remarquer que cette violation de la loi n'est, au vrai, que le reflet d'une réalité économique s'accommodant fort bien de ce que le locataire entrant paie un droit lui permettant d'accéder à la terre dont il a besoin pour exercer une activité professionnelle lucrative.

Très souvent, lorsqu'elles décident de stipuler un pas-de-porte à la charge du locataire entrant, les parties au bail s'ingénient à dissimuler ce paiement, de crainte, sans doute, que le juge ne mette au jour trop facilement cette clause illicite en cas d'éventuelle action en répétition exercée ultérieurement par le locataire. En ce cas, elles choisissent presque toujours de déguiser ce paiement sous la forme d'un supplément de prix d'un bien que le bailleur vend à son cocontractant en même temps qu'il lui consent le bail.

Les fumures, arrière-fumures et autres améliorations (ou avances) en terre se prêtent bien à de telles dissimulations, car, incorporées au sol, ce sont là des biens que l'on peine à discerner et dont il est difficile de constater l'(in)existence en cas de contestation (les premières pouvant être définies comme « toute matière convenant à la fertilité du sol et que l'on y incorpore pour modifier avantageusement les qualités de production », les deuxièmes comme « les reliquats des amendements et des engrais dont ont été gratifiées les cultures des années précédentes et qui en laissent une partie pour les récoltes pendantes ou prévues » et les troisièmes comme « les travaux de toutes sortes déjà exécutés pour les récoltes en voie de préparation » selon J. Cu villier, *Expertises rurales foncières, agricoles et forestières*, Librairie de l'Académie d'agriculture, 1948, p. 211 et 524). Mais il arrive aussi que du matériel, des stocks, des animaux ou encore des semences

soient acquis du bailleur (ou, plus rarement, du locataire sortant) par le preneur entrant à un prix excédant très largement leur valeur vénale.

Dans la mesure où il ne pouvait être question d'interdire par principe ces ventes parallèles au bail, qui correspondent à une pratique bien établie et peuvent être fort utiles au preneur entrant, il fallait que le législateur imaginât un moyen de mettre en évidence, pour les sanctionner, les éventuels pas-de-porte déguisés en «surprix». Il a, à cette fin, conçu une présomption originale contenue au troisième alinéa de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime.

Est ainsi réputée pas-de-porte la fraction du prix payé par le locataire entrant au bailleur ou au locataire sortant pour l'acquisition de biens correspondant à un excédent de plus de 10 % de la valeur vénale desdits biens. Quoique le texte ne le précise pas, cette présomption doit être regardée comme étant irréfragable. L'éventuel «surprix» payé par le locataire entrant dans les conditions prévues par le texte ne saurait donc avoir légalement d'autre cause que la rémunération du droit au bail.

La technique de la présomption, avec toute la rigueur et même l'arbitraire qui la caractérise (pourquoi pas 5, 20 ou 30 % ?), présente cet avantage de tuer en germe l'argumentation, pertinente dans un cadre général de liberté des prix, d'*accipiens* tentés de soutenir que la fraction du prix payé par le *solvens* excédant la valeur communément admise du bien vendu est le fruit de ses qualités de négociateur et non le prix d'un pas-de-porte illicitement stipulé. Mais la rigidité du système de la présomption n'exclut pas, en cas de contentieux, tout débat probatoire.

– Devant le juge du fond, les parties s'efforcent de démontrer (par tous moyens), pour l'*accipiens* que le prix versé par le locataire entrant correspond, à 10 % près, à la valeur vénale des biens qu'il lui a vendus accessoirement et, pour ce dernier, que le prix excède le seuil de 10 %. C'est là une discussion normalement close devant la Cour de cassation, laquelle reconnaît au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement si le seuil fatidique des 10 % est ou non dépassé (voir, par exemple, 3^e Civ., 11 janvier 1989, pourvoi n° 87-13.921, *Bull.* 1989, III, n° 10 : «Mais attendu que n'étant pas tenue, en matière civile, de préciser si les époux Y... avaient imposé ou tenté d'imposer à Mme X... l'achat d'un train de culture pour la reprise des terres, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche que sa décision rendait sans objet, a légalement justifié sa décision en retenant souverainement que la somme versée excédait de plus de 10 % la valeur vénale des biens mobiliers cédés» [nous soulignons]; 3^e Civ., 12 juillet 1988, pourvoi n° 87-14.806).

– Il convient de préciser que la preuve de l'existence d'une convention contrevenant aux dispositions de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime peut être administrée par tous moyens et que le juge du fond apprécie souverainement la valeur des preuves invoquées de part et d'autre (voir, par exemple, 3^e Civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-14.570). L'absence de cause prouvée d'un versement du locataire entrant entre les mains de l'une des trois catégories d'*accipiens* envisagées par le texte est regardée, par elle-même, comme étant de nature à démontrer que ces sommes ont été versées à titre de pas-de-porte (3^e Civ., 8 février 1989, pourvoi n° 87-15.255).

Cette dérogation apportée, s'agissant de prouver une convention synallagmatique, aux dispositions de l'article 1341 du code civil (les montants des pas-de-porte sont très souvent supérieurs à la somme de 1 500 euros), fait écho à une jurisprudence

plus générale, aux termes de laquelle la preuve de la cause illicite peut, à la différence de celle de la fausseté de la cause (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 23 février 2012, pourvoi n° 11-11.230, *Bull.* 2012, I, n° 36), être administrée par tous moyens (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-16.236).

– Plus en amont, il est arrivé que le demandeur à la répétition cherche à prouver que le bien qu'il a acquis à titre onéreux n'a, en réalité, pas de valeur patrimoniale comme étant dépourvu d'existence juridique. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation a, logiquement, exercé un contrôle sur la qualification – nécessairement juridique – du bien opérée par le juge du fond, de laquelle dépendait *in fine* la caractérisation du pas-de-porte. Elle a donc été amenée à casser un arrêt par lequel une cour d'appel avait retenu que, dès lors qu'un agriculteur ne pouvait céder sa clientèle, la somme payée par le locataire entrant à son prédécesseur de ce chef devait nécessairement être regardée comme un pas-de-porte (3^e Civ., 16 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.868, *Bull.* 2009, III, n° 192 : « Qu'en statuant ainsi, alors que le droit de présentation d'une clientèle professionnelle autre que commerciale et une clause de non-concurrence sont des droits cessibles et qu'une marque est un bien incorporel qui a une valeur patrimoniale, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 1134 et L. 411-74 du code rural] »).

– La demande de répétition peut enfin susciter un débat sur la qualité de l'*accipiens*. Les dispositions civiles de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime étant, comme expliqué plus haut, d'interprétation très stricte, il suffit à l'*accipiens*, pour échapper à la sanction, de prouver qu'il a reçu les sommes litigieuses en une qualité autre que l'une de celles, au nombre de trois, limitativement mentionnées au premier alinéa de ce texte, soit celles de « bailleur », de « locataire sortant » et d'« intermédiaire ». Il a ainsi été jugé récemment qu'un commodataire ne pouvait être condamné à restitution du chef de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime (3^e Civ., 21 mars 2012, pourvoi n° 11-14.834, *Bull.* 2012, III, n° 51).

§ 6. Présomption de responsabilité du transporteur

Le droit des transports de marchandises repose sur un délicat équilibre entre droits et obligations des transporteurs et des ayants droit à la marchandise : le transporteur est assujéti à une présomption de responsabilité de plein droit, dont la charge est contrebalancée par la limitation de sa responsabilité par l'application de plafonds d'indemnisation.

Comme le rappelait le doyen Rodière (*Droit des transports. Transports terrestres et aériens*, Sirey, 2^e éd., 1977, n° 527), « le voiturier est tenu d'une obligation de résultat et chargé d'une présomption de responsabilité, non d'une simple présomption de faute. Il ne lui suffit pas de prouver ses diligences, son absence de faute ; il doit, pour se libérer, dénoncer le fait topique qui rend compte du dommage subi par la marchandise qui lui a été confiée et qu'il a prise en charge et montrer que ce fait ne lui est pas imputable ». Ainsi, l'obligation de résultat emporte présomption de responsabilité et présomption de causalité (Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 00-18.328).

À la différence d'autres contrats, l'obligation de résultat qui pèse sur le transporteur n'est pas issue de solutions prétoriennes, mais a été posée dès l'édition du code de commerce, puis reprise dans les textes ultérieurs, qu'ils soient internes ou internationaux, et ce pour tous les modes de transports de marchandises avec la même impérativité.

Ainsi, par application de l'article L. 133-1 du code de commerce, qui fait du transporteur terrestre interne un « garant » des avaries et pertes, la Cour de cassation a décidé que la simple existence de manquants à la livraison, sans que le voiturier émette de réserve lors de la prise en charge de la marchandise, suffisait à engager sa responsabilité (Com., 3 octobre 2000, pourvoi n° 98-10.685).

Mais la sévérité des textes ne va pas jusqu'à édicter des présomptions de responsabilité irréfragables et les transporteurs peuvent les combattre en se prévalant de circonstances propres à les mettre en échec dans les conditions prévues par les textes ou les conventions internationales applicables.

La Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (dite CMR) retient une solution légèrement différente de celle du droit interne, puisqu'elle instaure un régime particulier d'exonération de responsabilité, se distinguant notamment par l'existence de cas d'exonération particuliers prévus par son article 17, § 4. La réglementation de ces exonérations repose principalement sur l'édiction de présomptions, dont les frontières sont parfois difficiles à cerner, relevant presque de la casuistique : l'article 18, § 2, de la CMR prévoit ainsi que « lorsque le transporteur établit que, eu égard aux circonstances de fait, la perte ou l'avarie a pu résulter d'un ou de plusieurs des risques particuliers prévus à l'article 17, paragraphe 4, il y a présomption qu'elle en résulte ». Mais l'ayant droit à la marchandise peut faire la preuve que le dommage n'a pas eu l'un de ces risques pour cause totale. Et encore ces règles ne sont-elles pas applicables en cas de transport « à températures dirigées » (article 18, § 4). Le droit interne, c'est-à-dire l'article L. 133-1, alinéa 2, du code de commerce, n'entre pas dans ces détails et prévoit plus généralement que « [le voiturier] est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure ». Mais encore faut-il que le transporteur prouve l'existence d'un tel vice (Com., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-11-578) ou de la force majeure, sans pouvoir invoquer une présomption en ce sens.

Le régime des présomptions fait l'objet de solutions particulières dans le cadre du contrat de transport maritime interne ou international. Les textes organisent une inversion de présomptions, qui profitent tantôt au transporteur, tantôt à l'ayant droit à la marchandise. Dès sa création, le connaissement atteste la prise en charge de la marchandise par le transporteur dans la quantité et l'état apparents, solution qui peut être transposée aux autres titres de transport. Mais, à la différence des transports terrestres et aériens qui organisent, en l'absence de réserves émises par le destinataire à la suite de la livraison de la marchandise, une véritable fin de non-recevoir de l'action dirigée contre le transporteur, l'inaction du destinataire donne naissance à une nouvelle présomption, dite « de livraison conforme ». Aux termes de l'article 3.6 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, à moins qu'un avis des pertes ou dommages et de la nature générale de ces pertes ou dommages ne soit donné par écrit au transporteur ou à son agent au port de déchargement, avant ou au moment de l'enlèvement des marchandises, et de leur remise sous la garde de la personne ayant droit à la délivrance sous l'empire du contrat de transport, cet enlèvement constituera, jusqu'à preuve contraire, une présomption que les marchandises ont été délivrées par le transporteur telles qu'elles sont décrites au connaissement. Si les pertes ou dommages ne sont pas apparents, l'avis doit être donné dans les trois jours de la délivrance. La Cour de cassation a précisé, comme le rappellent d'ailleurs

les textes, « que l'absence des réserves écrites ou du constat contradictoire de l'état de la marchandise visés à l'article 3.6 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, a pour seul résultat d'inverser la charge de la preuve en obligeant l'ayant droit à la marchandise à établir l'existence des dommages au moment de la livraison » et que lorsque la preuve contraire à la présomption simple de délivrance conforme est rapportée, la responsabilité du transporteur était engagée de ce fait (Com., 12 novembre 1997, pourvoi n° 95-20.749, navire « Steir »; Com., 8 mars 2001, pourvoi n° 09-70.550, navire « Torm Aukse »). Le droit interne reprend la même solution à l'article 57 du décret n° 66-1078 du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime.

Section 2 – En matière fiscale

En ce qui concerne la transmission des biens à titre gratuit, l'article 751 du code général des impôts édicte une présomption en vertu de laquelle font partie « de la succession de l'usufruitier, jusqu'à preuve contraire, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit, au défunt et, pour la nue-propriété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament, ou à ses donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, à moins qu'il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès ou qu'il y ait eu démembrement de propriété effectué à titre gratuit, réalisé plus de trois mois avant le décès, constaté par acte authentique et pour lequel la valeur de la nue-propriété a été déterminée selon le barème prévu par l'article 669 du même code ».

De manière régulière, la chambre commerciale estime, en présence de cette présomption simple, que les juges du fond apprécient souverainement les éléments de fait invoqués par les parties pour la combattre (Com., 27 juin 1989, pourvoi n° 87-19.514, *Bull.* 1989, IV, n° 206; Com., 9 mars 1993, pourvoi n° 90-22.106; Com., 12 décembre 1995, pourvoi n° 94-11.491), en retenant que cette preuve ne peut résulter de l'acte établi moins de trois mois avant le décès (Com., 23 mars 2010, pourvoi n° 09-65.821) et en s'assurant que les éléments retenus ne se contredisent pas entre eux (Com., 27 janvier 1998, pourvoi n° 96-13.595, *Bull.* 1998, IV, n° 43).

Dans le même domaine, l'article 752 du code général des impôts édicte une présomption simple selon laquelle font partie de la succession les actions, obligations, parts de fondateur ou bénéficiaires, parts sociales et toutes autres créances dont le défunt a eu la propriété ou a perçu les revenus ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant son décès. La preuve contraire ne peut résulter de la cession à titre onéreux consentie à l'un des héritiers présomptifs ou descendants d'eux, même exclu par testament, ou à des donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, telles qu'elles sont désignées par le deuxième alinéa de l'article 911 et l'article 1100 du code civil, à moins que cette cession ait acquis date certaine avant l'ouverture de la succession.

La chambre commerciale juge en conséquence que les héritiers font échec à la présomption de propriété lorsqu'ils établissent que les sommes déposées par le défunt lui ont été remboursées avant son décès (Com., 30 octobre 1989, pourvoi n° 88-13.015, *Bull.* 1989, IV, n° 262 à propos de sommes retirées de comptes bancaires), mais que

l'administration fiscale peut rapporter la preuve que le défunt a conservé les fonds provenant du retrait, cette preuve pouvant résulter d'un faisceau d'indices concordants, comme le bref délai entre le retrait et le décès, la disproportion entre les retraits et le train de vie du défunt (Com., 12 décembre 1995, pourvoi n° 93-21.337 ; Com., 6 mai 1996, pourvoi n° 94-14.207), l'âge du défunt, l'importance de la somme retirée par rapport à son train de vie habituel, le paiement de ses dépenses de vie courante autrement qu'au moyen du retrait opéré, l'absence d'emploi de la somme retirée et les circonstances particulières ayant entouré l'alimentation du compte bancaire avant que soit opéré le retrait (Com., 2 mai 2007, pourvoi n° 06-10.517) et encore l'absence d'emploi connu des sommes retirées par le défunt (Com., 4 juillet 1995, pourvoi n° 94-10.368).

De même, il a été admis que les bons au porteur dont le défunt a eu la propriété moins d'un an avant son décès constituent des créances soumises à la présomption de l'article 752 et que constituent ainsi une créance sur l'établissement émetteur, présumée faire partie de la succession du défunt, les bons au porteur qui lui ont été remis trois mois avant son décès et qui n'ont pas été présentés au paiement (Com., 17 mars 2009, pourvoi n° 08-11.895).

Les mêmes règles s'appliquent en ce qui concerne les créances dont le défunt a eu la propriété, ainsi que les sommes, titres ou objets placés chez un dépositaire ou trouvés dans un coffre-fort en vertu des articles 753 et 754 du code général des impôts.

Section 3 – En droit du travail et de la sécurité sociale

En droit social, la présomption conduisant à qualifier d'accident du travail celui survenu au temps et au lieu de travail (§ 1), celle conduisant à qualifier certaines maladies de professionnelles (§ 2) ainsi que celle imposant, en certaines circonstances, d'admettre l'exposition à l'amiante (§ 3) doivent être présentées.

§ 1. Présomption d'imputabilité de l'accident survenu au lieu et au temps de travail

Suivant les dispositions de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale, « est considéré comme accident de travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ».

Ces dispositions, qui définissent l'accident du travail au sens étroit du terme (notion qu'il y a lieu de distinguer de la maladie professionnelle et de l'accident de trajet), sont assorties d'une présomption de nature à faciliter, par l'allègement de la preuve lui incombant, la prise en charge de la victime au titre de la législation professionnelle. Il s'agit d'une présomption d'imputabilité double portant à la fois sur le lien entre l'accident et le travail et/ou sur le lien entre le préjudice et l'accident (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17^e éd., 2011, n° 850 et s.). Cette présomption répond ainsi, conformément à la vocation propre de la branche accidents du travail et maladies professionnelles de la sécurité sociale, au souci d'assurer une prise en charge étendue des risques professionnels auxquels sont exposés les travailleurs bénéficiaires d'une telle couverture. La prise en charge des maladies professionnelles fait d'ailleurs également l'objet de présomptions (voir, même section, § 2 et

§ 3); il appartient en revanche à la victime de rapporter la preuve des éléments caractérisant l'existence d'un accident de trajet.

Le recours à la présomption d'imputabilité pour la définition de l'accident de travail peut s'autoriser d'origines fort anciennes. Statuant sous l'empire des dispositions de la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, qui soumettaient la réparation des accidents d'origine professionnelle à un régime spécial de responsabilité civile, la Cour de cassation retenait en effet que « toute lésion qui se produit dans un accident survenu par le fait du travail ou à l'occasion du travail doit être considérée, sauf preuve contraire, comme résultant de cet accident », de sorte que met à la charge de la victime (ou de ses ayants droit) une preuve qui ne lui incombe pas, et méconnaît ainsi l'article 1^{er} de la loi du 9 avril 1898, le juge du fond qui rejette la demande d'indemnisation formulée par la veuve du salarié au motif qu'il n'est pas démontré que la mort de ce dernier est la conséquence de l'accident du travail dont il a été victime (Cass., ch. réun., 7 avril. 1921, *Bull. civ.*, n° 61 ; S. 1921, 1, 81) (sur la question, voir A. Rouast et M. Givord, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*, Dalloz, 1934, n° 114 et s.).

En application de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale, un accident est présumé, s'il est survenu au temps et au lieu du travail, revêtir le caractère d'un accident de travail, à moins qu'il ne soit rapporté la preuve que la lésion dont la victime est atteinte a une origine totalement étrangère au travail ou que le salarié s'est soustrait volontairement à l'autorité de l'employeur. Régulièrement rappelée par la jurisprudence (voir Soc., 23 mai 2002, pourvoi n° 00-14.154, *Bull.* 2002, V, n° 178 ; 2^e Civ., 16 décembre 2003, pourvoi n° 02-30.959 ; 2^e Civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-19.036 ; 2^e Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-13.318 ; 2^e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-15.727), la formule a une portée bien précise : il appartient à la victime de l'accident, ou bien à ses ayants droit, de rapporter la preuve des *circonstances de temps et de lieu* de l'accident, à charge pour l'employeur ou l'organisme de sécurité sociale, s'ils entendent renverser la présomption, de rapporter la preuve de *l'origine totalement étrangère au travail* de la lésion dont la victime est atteinte. Lorsque l'accident n'est pas survenu pendant le temps et/ou sur le lieu du travail, il incombe à la victime de rapporter la preuve de l'imputabilité au travail de l'accident dont est résultée la lésion (voir, notamment, 2^e Civ., 22 février 2007, pourvoi n° 05-13.771, *Bull.* 2007, II, n° 54).

La présomption d'imputabilité fait l'objet d'une jurisprudence à la fois constante et stricte, dans l'intérêt de la victime de l'accident du travail.

– Les circonstances de temps et de lieu sont entendues *lato sensu* :

Ratione temporis, tout d'abord, les pauses et interruptions du travail, le temps consacré au repas, les périodes d'astreinte dans les locaux de l'entreprise (2^e Civ., 2 novembre 2004, pourvoi n° 02-31.098, *Bull.* 2004, II, n° 479 [solution contraire en cas d'astreinte à domicile : même arrêt]), voire les distractions autorisées par l'employeur (Soc., 12 mai 1982, pourvoi n° 81-11.584, *Bull.* 1982, V, n° 297) font partie intégrante du temps de travail.

Dans un ordre d'idées voisin, la présomption d'imputabilité de l'accident au travail peut également s'appliquer à des lésions ou des symptômes intervenus ultérieurement, pour autant que ceux-ci soient « rattachables à l'accident » (Soc., 6 mars 1980, pourvoi n° 79-10.907, *Bull.* 1980, V, n° 236 : pour un salarié décédé des suites d'un arrêt respiratoire survenu au cours de l'opération chirurgicale consécutive à l'accident ; Soc.,

27 octobre 1978, pourvoi n° 77-14.865, *Bull.* 1978, V, n° 736 : pour un salarié, décédé quelques jours après l'accident, pendant la période d'arrêt de travail et de soins). Ce n'est que lorsque la lésion apparaît très tardivement que la présomption d'imputabilité ne joue pas (2^e Civ., 16 décembre 2003, pourvoi n° 02-30.748 : état de la salariée constaté huit mois après l'accident). Si la jurisprudence en la matière a pu longtemps apparaître assez empirique, il semble émerger depuis quelques années un critère général fiable tiré de l'existence d'un lien de causalité entre la lésion et l'événement survenu à date certaine par le fait ou à l'occasion du travail (Soc., 2 avril 2003, pourvoi n° 00-21.768, *Bull.* 2003, V, n° 132).

Ratione loci, ensuite, la présomption étend ses effets à l'ensemble des lieux sur lesquels l'employeur exerce son autorité, tels les cours, voies d'accès et parcs de stationnement de l'entreprise (Ass. plén., 3 juillet 1987, pourvois n° 86-14.914 et n° 86-14.917 [2 arrêts], *Bull.* 1987, Ass. plén., n° 3, *Bull. crim.* 1987, n° 287 ; Soc., 14 mars 1996, pourvoi n° 94-10.430, *Bull.* 1996, V, n° 100), ainsi que les cantines et restaurants d'entreprise.

– La jurisprudence a étendu le bénéfice de la présomption d'imputabilité aux *accidents de mission*. Il revenait auparavant à la victime (ou à ses ayants droit) de rapporter la preuve que l'accident était survenu alors qu'elle accomplissait la mission confiée par l'employeur, la qualification étant exclue, au demeurant, pour les accidents survenus alors que le salarié avait recouvré son indépendance. Modifiant à la fois la définition et le régime probatoire de l'accident de mission, la Cour de cassation retient désormais que « le salarié effectuant une mission a droit à la protection prévue par l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale pendant tout le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf la possibilité pour l'employeur ou la Caisse de rapporter la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel » (Soc., 19 juillet 2001, pourvois n° 99-21.536 et n° 99-20.603 [deux arrêts], *Bull.* 2001, V, n° 285 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1022, obs. X. Prétot). Cette jurisprudence a d'ailleurs été reprise par le Conseil d'État, dans le cadre du régime des accidents de service propre aux fonctionnaires et agents publics, pour la définition de l'accident de mission (CE, 3 décembre 2004, requête n° 260786, publié au *Recueil Lebon*). Dans le même esprit, la jurisprudence a appliqué la présomption d'imputabilité au *salarié en position d'astreinte* (2^e Civ., 2 novembre 2004, précité).

– La présomption d'imputabilité exerce ses effets, le cas échéant, sur la procédure de déclaration, d'instruction et de reconnaissance des accidents du travail. Par conséquent, si l'employeur peut formuler des réserves lors de la déclaration de l'accident, celles-ci ne peuvent porter que sur les circonstances de l'accident ou sur l'existence d'une cause totalement étrangère au travail (2^e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-15.276, *Bull.* 2011, II, n° 50). À ce dernier égard, la preuve de l'existence d'une telle cause donne lieu à une appréciation on ne peut plus stricte : s'il n'est pas nécessaire ainsi d'établir l'origine exacte de la pathologie dont souffre la victime, dès lors qu'il est certain qu'elle est indépendante du travail (2^e Civ., 18 mars 2010, pourvoi n° 08-19.633), la présomption subsiste lorsqu'il s'avère que les conditions de travail ou le contexte professionnel ont joué un rôle dans la survenance de l'accident (2^e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-14.150 ; 2^e Civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-19.036). De même, la présomption joue-t-elle au profit de la victime s'il n'est pas démontré que celle-ci s'est soustraite à l'autorité de l'employeur (Soc., 15 novembre 2001, pourvoi n° 00-13.137).

§ 2. Présomption de lien d'exposition à l'amiante

L'article 53, I, de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 prévoit que peuvent obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices les personnes ayant obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité (article 53, I, 1^o), les personnes qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante sur le territoire de la République (article 53, I, 2^o), et les ayants droit des deux catégories précédentes (article 53, I, 3^o).

L'article 53, III, aménage les règles des preuves à rapporter relatives au lien de causalité entre l'exposition à l'amiante du demandeur et l'atteinte à l'état de santé de la victime.

La victime dite « environnementale » doit en principe rapporter par elle-même la double preuve de la maladie dont elle est atteinte et de son lien de causalité avec une exposition à l'amiante. La commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante, instituée au sein du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), peut jouer ici un rôle déterminant, selon la qualité probante des justificatifs produits par la victime à l'appui de sa demande d'indemnisation.

Pour les salariés pris en charge au titre de la législation professionnelle, le texte prévoit que « vaut justification de l'exposition à l'amiante la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité, ainsi que le fait d'être atteint d'une maladie provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale » (article 53, III, alinéa 4).

La Cour de cassation a été confrontée à des difficultés concernant le domaine de cette présomption et sa force.

Il a d'abord été jugé que la présomption d'imputabilité de la maladie professionnelle à une exposition à l'amiante était irréfragable, la commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante étant alors sans compétence pour donner l'avis qui est normalement de son office (2^e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13.056, *Bull.* 2006, II, n° 367).

Mais, dans deux arrêts postérieurs, la deuxième chambre civile a été conduite à étendre le domaine d'application de la présomption au décès, en retenant que la prise en charge de la maladie au titre de la législation professionnelle faisait présumer le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante, la maladie et le décès (2^e Civ., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.392, *Bull.* 2007, II, n° 242 ; 2^e Civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 08-12.376, *Bull.* 2009, II, n° 6).

La force de la présomption posait alors un problème dans la mesure où, si le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et la maladie pouvait demeurer irréfragable, celui entre la maladie et le décès ne pouvait être que simplement présumé. La victime atteinte d'une maladie imputable à une exposition à l'amiante pouvant à l'évidence décéder d'une tout autre cause, le FIVA doit alors être recevable à rapporter la preuve d'une telle cause.

La présomption attachée aux effets de la décision de prise en charge au titre de la législation professionnelle ne pouvant être divisée, la deuxième chambre civile a donc infléchi sa jurisprudence en retenant que la présomption établissant le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et «la maladie ou le décès» était une présomption simple, susceptible de preuve contraire (2^e Civ., 7 mai 2009, pourvoi n° 08-13.591, *Bull.* 2009, II, n° 118), notamment par la production de l'avis de la commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante.

§ 3. Présomption de maladie professionnelle

Par opposition à l'accident du travail qui suppose, en principe, l'action soudaine d'un agent extérieur ou encore la survenance d'un événement à une date certaine (Soc., 5 mars 1970, pourvoi n° 68-14.382, *Bull.* 1970, V, n° 172 ; D. 1970, p. 621, note J.-J. Dupeyroux ; *Dr. soc.* 1970, p. 471, commentaire R. Jambu-Merlin), la maladie professionnelle est un phénomène plus ou moins lent, tel qu'une intoxication progressive sous l'effet répété de certaines substances ou émanations, ou une pathologie résultant d'agents physiques auxquels ses activités professionnelles exposent de façon habituelle le salarié (Ass. plén., 21 mars 1969, pourvoi n° 66-11.181, *Bull.* 1969, Ass. plén., n° 3 ; Soc., 18 avril 1991, pourvoi n° 88-20.445, *Bull.* 1991, V, n° 210). Cette différence fondamentale de définition entre l'accident du travail et la maladie professionnelle explique la différence majeure dans le régime de la preuve de chacun de ces risques professionnels.

La prise en charge des maladies professionnelles s'inscrit, principalement, dans le cadre des tableaux des maladies professionnelles (A) et, à titre complémentaire, dans le cadre d'une expertise individuelle (B).

A. Présomption résultant de l'inscription de la maladie dans un tableau de maladies professionnelles

L'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale pose une présomption d'origine professionnelle au bénéfice de toute maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles et contractée dans les conditions mentionnées à ce tableau. Ce dernier précise la nature des travaux susceptibles de provoquer la maladie, énumère les affections provoquées et le délai, apprécié de façon particulièrement souple par la jurisprudence (S. Fantoni-Quinton, «Le délai d'instruction des maladies professionnelles : vers une banalisation de son contournement ?», *RD sanit. soc.* n° 2, 13 mars 2009, p. 345 ; M. Voxel, «Accidents du travail et maladies professionnelles, quels délais pour décider de la reconnaissance ?», *JCP* 2011, éd. S, 1103 ; C. Zacharie, «La procédure de reconnaissance des accidents du travail et maladies professionnelles. À propos du décret n° 2009-938 du 29 juillet 2009», *Dr. soc.* 2010, p. 1191) dans lequel la maladie doit être constatée après la cessation de l'exposition du salarié au risque identifié pour être prise en charge.

Lorsque la demande de la victime réunit ces conditions, la maladie est présumée d'origine professionnelle, sans que la victime ait à prouver le lien de causalité entre son affection et son travail : la seule exposition au risque suffit à faire jouer la présomption (Soc., 19 juillet 2001, pourvoi n° 99-20.214, *Bull.* 2001, V, n° 286 ; sur le régime de la présomption découlant des tableaux, voir également, CE, 10 juin 1994, n° 130300, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 16 mai 2001, n° 222313, n° 222505, n° 222506, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* ; CE, 1^{er} juillet 2009, n° 313243, *RJS* décembre 2009,

n° 977 ; CE, 10 mars 2010, n° 322824, *RJS* juin 2010, n° 557). Il s'agit d'une présomption simple qui peut être renversée par la preuve que la maladie n'est pas imputable à l'activité professionnelle de la victime (voir, par exemple, Soc., 21 juillet 1986, pourvoi n° 85-10.596, *Bull.* 1986, V, n° 382).

Pour autant, la jurisprudence a retenu une acception large de cette présomption.

Le bénéfice de la présomption d'imputabilité au travail d'une maladie n'est pas subordonné au fait d'une exposition continue et permanente du salarié au risque pendant son activité professionnelle (2^e Civ., 21 janvier 2010, pourvoi n° 09-12.060) ou encore, au fait que le travail habituel du salarié ait été la cause unique et essentielle de sa pathologie (2^e Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 09-11.190).

Ensuite, lorsque la victime a été exposée au risque successivement de plusieurs employeurs, la maladie est présumée, du point de vue de la tarification du risque, avoir été contractée auprès du dernier employeur, sauf à celui-ci à rapporter la preuve contraire (2^e Civ., 23 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.986 ; 2^e Civ., 21 octobre 2010, pourvoi n° 09-67.494, *Bull.* 2010, II, n° 175).

Seule limite posée par la jurisprudence, la présomption d'imputabilité ne peut bénéficier qu'au salarié dont l'exposition au risque d'une maladie prévue par l'un des tableaux a revêtu un caractère habituel (Soc., 3 décembre 1998, pourvoi n° 97-14.059).

B. Établissement de la maladie professionnelle à partir d'une expertise individuelle

En complément des tableaux de maladies professionnelles, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social a instauré une procédure de reconnaissance des maladies professionnelles fondée sur une expertise individuelle (article L. 461-1 du code de la sécurité sociale ; articles D. 461-26 à D. 461-30).

– En premier lieu, lorsque le salarié ne remplit pas toutes les conditions fixées par le tableau visé, au regard, soit du délai de prise en charge de la maladie, soit de la durée minimale d'exposition au risque, soit de la liste limitative des travaux, la maladie en cause peut toutefois être reconnue d'origine professionnelle lorsqu'il est établi qu'elle est directement causée par le travail habituel de la victime (article L. 461-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale). Mais la jurisprudence n'exige pas que ce travail en ait été la cause unique ou même essentielle (Soc., 19 décembre 2002, pourvoi n° 00-22.482, *Bull.* 2002, V, n° 401 ; *Dr. soc.* 2003, p. 243, obs. P. Chaumette ; 2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.005, *Bull.* 2009, II, n° 243). Cette relation de cause à effet avec le travail habituel du salarié doit être recherchée par le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles, dont l'avis motivé s'impose à la caisse.

– En second lieu, peut être reconnue d'origine professionnelle une maladie caractérisée, non désignée dans un tableau de maladies professionnelles, lorsqu'il est établi qu'elle est essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime et qu'elle entraîne le décès de celle-ci ou une incapacité permanente d'un taux évalué dans les conditions mentionnées à l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale et au moins égal à 25 % (article L. 461-1, alinéa 4, du code de la sécurité sociale ; article R. 461-8). Ce décès ou cette « maladie gravement invalidante » (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17^e éd., 2011, n° 868) peut être reconnu(e)

d'origine professionnelle et ouvrir droit à réparation s'il est établi qu'il ou elle a été « essentiellement et directement causé [e] par le travail habituel de la victime » (article L. 461-1, alinéa 4, du code de la sécurité sociale). Dans ce cas, d'autres causes à l'origine de la maladie constituent un obstacle à sa reconnaissance comme maladie professionnelle, notamment lorsque le salarié souffre d'antécédents médicaux, tandis que dans celui visé par l'article L. 461-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale, il suffit, de façon plus large, que la maladie soit directement causée par le travail, même s'il existe d'autres facteurs de maladie (Soc., 19 décembre 2002, précité).

Ces dispositions permettent de la sorte, de la déclaration de la maladie professionnelle aux dispositions contentieuses, de faire profiter les victimes du mécanisme protecteur de réparation des risques professionnels.

Section 4 – En matière pénale et douanière

En matière pénale, les présomptions les plus remarquables sont celles qui, au rebours de la présomption d'innocence, permettent de présumer la culpabilité de personne poursuivie. Celles-ci existent notamment s'agissant des infractions aux règles de la circulation routière (§ 1) et en matière douanière (§ 2).

§ 1. Présomption de responsabilité en matière de circulation (au pénal)

Même en matière routière, nul n'est pénalement responsable que de son propre fait.

Ce principe fondamental s'accommode mal des nécessités de la répression de la délinquance routière, le conducteur étant souvent impossible à identifier et pouvant être tenté, pour échapper à une peine et, désormais, à la perte automatique des points de son permis de conduire, d'invoquer à son profit l'obligation faite à la partie poursuivante d'apporter la preuve de l'infraction.

C'est pourquoi la loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contravention a introduit dans le code de la route le mécanisme d'une responsabilité pécuniaire de plein droit du propriétaire du véhicule, titulaire du certificat d'immatriculation.

Encore cette responsabilité pécuniaire, *infra*-pénale, ne joue-t-elle qu'en matière contraventionnelle, et pour certaines infractions au code de la route seulement, dont la liste a été étendue par plusieurs lois successives.

L'article L. 121-2 du code de la route actuel vise ainsi les infractions à la réglementation sur le stationnement, l'article L. 121-3 la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, le respect des distances de sécurité entre les véhicules, l'usage de voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et les signalisations imposant l'arrêt.

Le régime de cette responsabilité pécuniaire est complexe. Il repose sur un système de présomption légale d'imputabilité de l'infraction, en opérant un renversement de la charge de la preuve : la loi dispose qu'il incombe au titulaire du certificat d'immatriculation, au locataire du véhicule, à son acquéreur ou encore au représentant légal de la personne morale qui en est le propriétaire, d'établir, pour échapper à l'amende, l'existence d'un cas de force majeure ou bien, en matière de stationnement, de fournir

des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction et, dans les autres cas, de se disculper.

Le contentieux routier étant particulièrement abondant, le seul article L. 121-3 a déjà fait l'objet de quatre questions prioritaires de constitutionnalité. La chambre criminelle a dit n'y avoir lieu à les renvoyer au Conseil constitutionnel (Crim., 5 janvier 2011, QPC n° 10-90.113 et QPC n° 10-90.112; Crim., 22 juin 2011, QPC n° 11-90.053; Crim., 3 janvier 2012, QPC n° 11-83.953), en s'appuyant sur la jurisprudence développée par celui-ci, dont il résulte notamment qu'il s'attache un intérêt à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions (Cons. const., 29 septembre 2010, décision n° 2010-40 QPC, M. Thierry B. [annulation du permis de conduire]) et qu'à titre exceptionnel, il a la faculté d'instituer une présomption de culpabilité en matière répressive, dès lors qu'elle ne revêt pas un caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité (Cons. const., 10 juin 2009, décision n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet).

§ 2. Présomption de culpabilité en matière douanière

Les articles 392 à 397 du code des douanes énumèrent les diverses catégories de personnes qui sont «réputées» responsables de la fraude. Il s'agit des détenteurs de marchandises de fraude (article 392), des capitaines de navires et commandants d'aéronefs (article 393), des déclarants (article 395), des commissionnaires en douanes agréés (article 396), des soumissionnaires (article 397).

L'article 399 du code des douanes définit quant à lui les personnes «réputé[e]s intéressé[e]s» à la fraude, passibles des mêmes peines que les auteurs de l'infraction.

Les différentes présomptions de responsabilité posées par ces articles sont liées à la qualité ou au comportement de la personne. Ainsi, pour exemple, les commissionnaires en douanes sont présumés responsables des opérations en douanes effectuées par leurs soins en raison de la garantie qu'ils sont censés apporter en qualité de professionnels agréés, leur mission ne se limitant pas seulement à exécuter les instructions de leurs mandants, mais à se livrer à toutes les vérifications nécessaires pour en contrôler la régularité.

Ces présomptions sont exclusives dans la mesure où seules les personnes limitativement énumérées aux articles 392 à 397 du code des douanes peuvent voir leur responsabilité pénale engagée pour une contravention ou un délit douanier. La juridiction répressive ne peut condamner une personne sans qualifier son comportement au regard de l'un des articles précités. La chambre criminelle a ainsi jugé qu'encourt la censure l'arrêt qui, pour condamner les prévenus au paiement de la taxe prévue à l'article 265 ter, § 2, du code des douanes, se borne à relever que ces derniers ont adhéré à la fraude, sans qualifier leur comportement au regard des articles 392 à 397 du code des douanes (Crim., 4 septembre 2002, pourvoi n° 01-84.011, *Bull. crim.* 2002, n° 157).

Il s'agit de présomptions simples. Depuis l'abrogation par la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 dite «Aicardi» modifiant les procédures fiscales et douanières de l'article 369, 2, du code des douanes, qui prévoyait que «les tribunaux ne peuvent relaxer les contrevenants pour défaut d'intention», le prévenu sur lequel pèse une présomption de culpabilité peut la combattre en établissant sa bonne foi, ce principe s'appliquant aux contraventions

comme aux délits douaniers (Crim., 20 février 1997, pourvoi n° 95-84.764, *Bull. crim.* 1997, n° 73). Il convient néanmoins d'insister sur le fait qu'il appartient au seul prévenu de rapporter cette preuve. La chambre criminelle juge en effet que n'encourt pas la censure l'arrêt qui, pour déclarer la prévention établie, se borne à relever les éléments matériels de l'infraction douanière reprochée sans rechercher l'intention délictuelle des prévenus, dès lors que ceux-ci « ne démontraient ni même n'alléguaient avoir agi de bonne foi » (Crim., 7 mars 1996, pourvoi n° 94-84.553, *Bull. crim.* 1996, n° 108).

L'appréciation de la bonne foi relève du pouvoir souverain des juges du fond (Crim., 1^{er} octobre 1990, pourvoi n° 89-85.326, *Bull. crim.* 1990, n° 324), mais la chambre criminelle contrôle strictement la motivation des juges du fond sur ce point et censure les décisions de relaxe qui ne constatent pas que le prévenu a rapporté la preuve de sa bonne foi. Elle a ainsi jugé que ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui, pour relaxer du chef d'importation sans déclaration de marchandises prohibées le chauffeur d'un camion dans lequel ont été trouvés plus de 200 kg de cannabis dissimulés dans les pneus, relève que la relaxe du prévenu, au bénéfice du doute, du chef d'infraction à la législation sur les stupéfiants, ainsi que sa totale collaboration à l'enquête, impliquent qu'il n'était pas de mauvaise foi (Crim., 5 octobre 2005, pourvoi n° 05-80.758, *Bull. crim.* 2005, n° 252). De même, encourt la censure, pour insuffisance de motifs, la cour d'appel qui, pour relaxer un prévenu poursuivi pour avoir établi et fait usage de fausses déclarations d'origine ayant pour effet d'éviter une mesure de prohibition et le paiement des droits antidumping, après avoir tenu pour acquises la matérialité des faits et l'invalidité des certificats d'origine, ne caractérise, autrement que par des motifs généraux, inopérants, la bonne foi qu'invoquait le prévenu, sans constater les diligences qu'il aurait effectuées pour s'assurer que toutes les conditions d'octroi du tarif préférentiel avaient été respectées (Crim., 15 juin 2005, pourvoi n° 04-86.190).

La Cour de cassation a jugé que les présomptions de responsabilité posées par les articles 392 à 400 du code des douanes ne sont pas contraires à l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 10 février 1992, pourvoi n° 90-83.278, *Bull. crim.* 1992, n° 62, s'agissant de la présomption de responsabilité pesant sur les commissionnaires en douanes), ni aux principes constitutionnels de la présomption d'innocence et de la légalité des infractions et des peines. À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 399 du code des douanes, la chambre criminelle a énoncé que dans le respect du principe de la légalité des délits et des peines, ledit article « n'institue qu'une présomption simple, justifiée par la nature particulière des délits douaniers et reposant sur une vraisemblance raisonnable, tenant à la situation de la marchandise, telle que définie par la loi douanière et à la qualité de la personne, physique ou morale, participant aux opérations douanières, l'imputabilité des faits étant appréciée, dans chaque cas, par une juridiction indépendante et impartiale » (Crim., 21 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.535 ; voir également, à propos de la présomption de responsabilité pesant sur les détenteurs : Crim., 1^{er} juin 2011, pourvoi n° 11-90.024).

La chambre criminelle donne une interprétation large des diverses notions permettant d'identifier les personnes présumées responsables de la fraude.

La notion de détenteur de la marchandise, au sens de l'article 392 du code des douanes, ne se confond pas avec celle de propriétaire. Elle englobe non seulement celui qui détient physiquement la marchandise, mais aussi les personnes qui, procédant à

l'exportation ou à l'importation de la marchandise, doivent effectuer la déclaration en détail de celle-ci (Crim., 29 mai 1997, pourvoi n° 95-85.759, *Bull. crim.* 1997, n° 214; Crim., 9 octobre 1997, pourvoi n° 96-82.276, *Bull. crim.* 1997, n° 330). Cette notion inclut également la personne à qui incombe, à un titre quelconque, la surveillance d'un lieu. Ainsi, la personne qui a la jouissance d'un terrain est *ipso facto* détentrice des marchandises qui s'y trouvent, même si le terrain n'est pas clôturé et que l'intéressé ne sait pas que la marchandise s'y trouve (Crim., 18 novembre 1975, pourvoi n° 74-93.181, *Bull. crim.* 1975, n° 249). Le propriétaire d'un véhicule est également détenteur des marchandises de fraude placées là, même s'il ne se trouve pas à son bord, sauf s'il a été dépossédé de celui-ci en raison d'un vol (Crim., 28 mars 1966, pourvoi n° 65-92.117, *Bull. crim.* 1966, n° 119).

De la même façon, la chambre criminelle donne une interprétation extensive de la notion de coopération à un plan de fraude, visée à l'article 399, 2, b, du code des douanes. Il n'est pas imposé à la partie poursuivante d'apporter la preuve que le prévenu a coopéré à l'ensemble des actes constituant le plan de fraude (Crim., 12 novembre 1985, pourvoi n° 84-93.963, *Bull. crim.* 1985, n° 350), ni qu'il a lui-même détenu ou transporté l'objet de la fraude (Crim., 6 janvier 2000, pourvoi n° 98-86.718), ni même qu'il a retiré un profit personnel de l'opération (Crim., 6 août 1996, pourvoi n° 95-84.545, *Bull. crim.* 1996, n° 304).

Chapitre 2 – Présomptions prétoriennes

Des présomptions peuvent être créées par le juge, notamment en matière civile et commerciale (section 1), en droit du travail (section 2) et en matière pénale (section 3).

Section 1 – En matière civile et commerciale

Trois présomptions d'origine prétorienne méritent d'être présentées, une très générale relative à l'absence d'intention libérale de celui qui paye la dette d'autrui (§ 1), les deux autres plus spécifiques, la première portant sur le mandat de représentation à l'égard des coassureurs de la société apéritrice (§ 2) et enfin la présomption d'utilité publique des fonds affectés à une mission diplomatique (§ 3).

§ 1. Paiement de la dette d'autrui

La Cour de cassation a longtemps admis « que le tiers qui, sans y être tenu, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers, a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur », qui « a sa cause dans le seul fait du paiement, générateur d'une obligation nouvelle distincte de celle éteinte par ledit paiement » (1^{re} Civ., 15 mai 1990, pourvoi n° 88-17.572, *Bull.* 1990, I, n° 106).

Cette solution a été critiquée par la doctrine qui déduisait de l'article 1236 du code civil que l'auteur du paiement, non subrogé dans les droits du créancier, devait être considéré comme animé par une intention libérale, sauf à démontrer le contraire (voir, sur cette question, P. Delebecque, « Conditions dans lesquelles le tiers qui paye

la dette d'autrui peut exercer un recours contre le débiteur, bien que non subrogé dans les droits du créancier», *D.* 1992, p. 407 ; J. Mestre, «Le paiement de la dette d'autrui», *RTD civ.* 1993, p. 130).

La Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence dans un arrêt du 2 juin 1992 (1^{re} Civ., 2 juin 1992, pourvoi n° 90-19.374, *Bull.* 1992, I, n° 167), qui pose en principe «qu'il incombe à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui, sans être subrogé dans les droits du créancier, de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser les sommes ainsi versées».

Le renversement de la présomption d'intention libérale ne suffit pas à donner un fondement à l'action en remboursement (1^{re} Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 08-14.516 ; 1^{re} Civ., 9 février 2012, pourvoi n° 10-28.475, *Bull.* 2012, I, n° 25).

L'arrêt précité du 9 février 2012 censure une cour d'appel qui, pour accueillir une action en paiement, s'était bornée à retenir que l'intention libérale de l'auteur du paiement n'était pas démontrée. Il appartient en effet au *solvens* d'établir que le paiement procède soit d'un mandat, soit d'une gestion d'affaires (1^{re} Civ., 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.512, *Bull.* 2012, I, n° 4 ; C. Creton, «Paiement de la dette d'autrui : action en remboursement de l'auteur du paiement contre le débiteur», *D.* 2012, p. 639-640).

§ 2. Présomption de mandat de représentation de la société apéritrice à l'égard des coassureurs

Le mécanisme de la coassurance permet, en cas de risque important, de conclure une police unique avec plusieurs assureurs qui se répartissent la charge de ce risque dans une proportion préalablement définie dans la police. Dans un souci pratique, l'un des assureurs, désigné sous les termes d'apériteur ou de société apéritrice, assume un rôle de «chef de file» dans la négociation du contrat avec le souscripteur, la perception de la prime et la gestion des sinistres.

De la spécificité du fonctionnement de la coassurance est né un débat sur les pouvoirs de représentation de la société apéritrice : un assuré peut-il lui réclamer le paiement de la totalité de l'indemnité, notamment en cas de défaillance de l'un des coassureurs ? L'action engagée à l'égard de la société apéritrice a-t-elle un effet interruptif de prescription à l'égard des autres assureurs ? Dans quelles conditions l'apériteur peut-il représenter la coassurance en justice ? Sur ces questions, la jurisprudence a été fluctuante. La Cour de cassation a d'abord affirmé que «sauf convention contraire expresse, l'apériteur représente l'ensemble des coassureurs» (1^{re} Civ., 18 mars 1997, pourvoi n° 95-15.119, *Bull.* 1997, I, n° 98), ce qui revenait à instituer une présomption de représentation attachée de plein droit à la coassurance qui ne pouvait être combattue que par une stipulation contraire stipulée dans la police. La Cour de cassation a ensuite opéré un revirement de jurisprudence en censurant un arrêt qui, pour condamner l'apériteur au paiement de la totalité de l'indemnité d'assurance, s'était fondé sur l'existence d'une présomption de représentation. L'arrêt est cassé pour manque de base légale au regard des articles 1134 et 1984 du code civil, les juges du fond ayant omis de «caractériser, sur le fondement des énonciations de la police, ou par d'autres circonstances, l'existence d'un mandat en vertu duquel ce coapériteur aurait été investi du pouvoir de représenter les autres coassureurs, tant activement que passivement, dans toutes les obligations du contrat et, notamment dans celle de régler les sinistres»

(1^{re} Civ., 14 novembre 2001, pourvoi n° 99-10.029, *Bull.* 2001, I, n° 273). Cette solution, qui consacre l'application du droit commun en matière de preuve de l'existence et de l'étendue du mandat confié à la société apéritrice par ses partenaires, a été confirmée dans un arrêt du 18 janvier 2006 (2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-15.907). Dans une espèce où se posait la question du pouvoir de représentation en justice d'une société apéritrice qui, après avoir indemnisé intégralement l'assuré sans opposition des coassureurs, avait introduit une demande de réparation contre le responsable du sinistre et son assureur, la Cour de cassation, infléchissant sa position, a retenu que « la société apéritrice est présumée être investie d'un mandat général de représentation dès lors qu'aucun des coassureurs ne le conteste » (2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-12.315, *Bull.* 2009, II, n° 130). Toutefois, la portée pratique d'une telle présomption apparaît limitée aux rapports entre la société apéritrice et les tiers, dès lors qu'une simple contestation des coassureurs est suffisante pour la renverser et qu'il n'est pas nécessaire qu'une clause contraire soit mentionnée dans la police.

La société apéritrice se trouve ainsi pour tous les actes qu'elle accomplit sans contestation des coassureurs dans une situation comparable à celle de l'indivisaire qui, lorsqu'il prend en main la gestion des biens indivis au vu et au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part est censé avoir reçu un mandat tacite couvrant les actes d'administration à l'exception des baux.

§ 3. Présomption d'utilité publique des fonds affectés à une mission diplomatique

En droit international privé, la première chambre civile de la Cour de cassation pose dans l'arrêt du 28 septembre 2011 (1^{re} Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-72.057, *Bull.* 2011, I, n° 153 ; *D.* n° 35, 13 octobre 2011, *Actu.*, p. 2412 ; *JCP* éd. E, 31 mai 2012, 1349, p. 22, obs. J. Stoufflet, P. Chevalier et R. Le Cotty) une présomption s'agissant de l'affectation des fonds de l'ambassade ou de la mission diplomatique.

La Cour de cassation pose comme principe, par référence au droit international coutumier, que « les fonds affectés aux missions diplomatiques bénéficient d'une présomption d'utilité publique » et que « les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique ».

Le professeur H. Gaudemet-Tallon (*RCDIP* n° 1, 24 mai 2012, p. 124) approuve cette solution, en faisant observer que l'ambassade n'a pas pour seule vocation de défendre la souveraineté de l'État accréditant, et qu'elle a aussi pour mission de servir de façon générale ses intérêts tant culturels que commerciaux, ce qui correspond à une conception large du rôle des missions diplomatiques, laquelle figurait expressément à l'article 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961.

Précédemment, dans l'arrêt Eurodif (1^{re} Civ., 14 mars 1984, pourvoi n° 82-15.619, *Bull.* 1984, I, n° 93, B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 65-66 ; P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., 2010, n° 326-327), la Cour de cassation avait affirmé que l'immunité d'exécution dont jouit l'État est de principe, mais elle peut être exceptionnellement écartée, il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice. Plus récemment, dans un arrêt du 25 janvier 2005 (1^{re} Civ., 25 janvier 2005, pourvoi

n° 03-18.176, *Bull.* 2005, I, n° 39; *D.* 2005, p. 616, avis de J. Sainte-Rose, avocat général; *RCDIP* 2006, p. 23, note H. Muir Watt), la Cour de cassation a estimé que l'acquisition de biens immobiliers par l'État du Congo « fussent-ils affectés au logement de son personnel diplomatique » était « une opération habituelle de gestion relevant du droit privé » et ne pouvait donc bénéficier de l'immunité d'exécution. La solution a été reprise par la Cour à propos de l'immunité de juridiction (1^{re} Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-14.199, *Bull.* 2006, I, n° 411; *JCP* éd. G, 2006, IV, 3002).

La Cour de cassation réserve, avec l'arrêt du 28 septembre 2011, la preuve contraire d'une présomption d'utilité publique en affirmant qu'« en l'absence de preuve contraire, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire, [...], que les comptes [...] étaient partie intégrante de la mission diplomatique ». Il s'agit d'une présomption simple. Le créancier pourra combattre la présomption d'utilité publique en rapportant la preuve que les avoirs bancaires ne sont pas affectés à des dépenses d'utilité publique et, qu'en conséquence, ils ne sont pas couverts par l'immunité d'exécution.

Certains auteurs font observer que le créancier aura de grandes difficultés à établir que les fonds figurant sur des comptes bancaires de l'ambassade sont en réalité affectés à une activité purement commerciale (G. Cuniberti, *JDI* n° 2, avril 2012, comm. 9; F.-J. Crédot, T. Samin, *Revue de droit bancaire et financier* n° 3, mai 2012, comm. 74 « Comptes bancaires d'une ambassade »; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 3^e éd., 2011; H. Gaudemet-Tallon, *RCDIP* 2012, précité).

Section 2 – En droit du travail

En droit du travail, l'identification de la convention collective applicable (§ 1) et la qualification du contrat (§ 2) ont pu donner lieu à des présomptions dont la première a diminué d'intensité alors que la seconde paraît avoir pris de l'importance.

§ 1. Présomption tirée de la mention d'une convention collective sur un bulletin de paie

Jusqu'en 2007, la chambre sociale jugeait que la mention d'une convention collective sur le bulletin de paie valait reconnaissance de l'application de la convention collective à l'entreprise dans les relations individuelles de travail (Soc., 18 novembre 1998, pourvoi n° 96-42.991, *Bull.* 1998, V, n° 499) et donnait à cette présomption un caractère irréfragable.

Sur ce dernier point, la jurisprudence de la chambre sociale se trouvait en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (devenue Cour de justice de l'Union européenne) qui, tout en admettant la présomption, lui donnait un caractère de présomption simple (CJCE, 4 décembre 1997, *Kampelmann e. a./Landschaftsverband Westfalen-Lippe e. a.*, n° C-253/96).

Par deux arrêts du 15 novembre 2007 (pourvoi n° 06-44.008, *Bull.* 2007, V, n° 191 et pourvoi n° 06-43.383), la chambre sociale a mis sa jurisprudence en conformité avec celle de la Cour de justice en décidant que l'employeur est admis à apporter la preuve contraire à la présomption découlant de la mention d'une convention collective sur le bulletin de paie.

Le salarié peut donc, *a priori*, se prévaloir de la convention collective mentionnée sur son bulletin de paie. Mais l'employeur peut rapporter la preuve de ce que la convention collective réellement applicable n'est pas celle mentionnée, cette mention résultant par exemple d'une erreur (Soc., 15 novembre 2007, pourvoi n° 06-44.008, précité).

§ 2. Présomption tirée de l'apparence de contrat

Alors que le droit commun de la preuve des actes juridiques consacre en principe un système de préconstitution de la preuve par la confection d'un écrit, la preuve de l'existence d'un contrat de travail (sauf dispositions spécifiques pour certains contrats particuliers) peut être rapportée par tous moyens, ce qui s'explique par le fait que la preuve à faire n'est pas celle d'un acte juridique prenant la forme d'un écrit, qui n'existe pas nécessairement, mais celle d'une situation de fait, en l'occurrence l'exercice d'une activité salariée sous la dépendance d'un employeur.

Comme l'indiquent de très nombreux arrêts (voir, par exemple, Soc., 4 avril 2012, pourvoi n° 10-28.818), «l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs».

C'est en principe à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve (Soc., 21 juin 1984, pourvoi n° 82-42.409, *Bull.* 1984, V, n° 264; Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 07-42.165, *Bull.* 2008, V, n° 127), sauf application des présomptions légales de salariat instituées notamment pour les journalistes professionnels (article L. 7112-1 du code du travail), les artistes du spectacle (article L. 7121-3 du code du travail), les mannequins (article L. 7123-3 du code du travail), les voyageurs représentants placiers (VRP) (article L. 7313-1 du code du travail).

Mais, en présence d'un contrat de travail écrit, il appartient à celui qui en conteste la réalité de démontrer son caractère fictif (Soc., 18 juin 1996, pourvoi n° 92-44.296, *Bull.* 1996, V, n° 245; Soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 10-25.909).

L'apparence d'un contrat de travail ne résulte pas nécessairement de l'existence d'un contrat écrit. Elle peut aussi trouver sa source dans diverses circonstances, par exemple :

- le paiement d'une rémunération attesté par des bulletins de paie (Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-70.416; Soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 10-26.681);
- l'inscription d'une personne sur le registre du personnel (Soc., 11 octobre 2000, pourvoi n° 98-44.715);
- la délivrance par l'employeur d'une attestation pour l'assurance chômage aux termes de laquelle il déclarait avoir employé le salarié pendant une certaine période et l'avoir licencié pour motif personnel (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-18.681, *Bull.* 2012, V, n° 136).

Dans toutes les hypothèses susceptibles d'établir l'existence d'une apparence de contrat de travail, c'est à celui qui en conteste la réalité d'en rapporter la preuve (voir, parmi de nombreux autres exemples, Soc., 7 novembre 2001, pourvoi n° 99-46.036 : «En présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en apporter la preuve»).

Section 3 – En matière pénale

En matière pénale, s'agissant de l'abus de biens sociaux (§ 1) comme de la diffamation (§ 2), la jurisprudence a créé des présomptions de nature à faciliter l'établissement des infractions.

§ 1. Abus de biens sociaux : présomption de l'usage des biens dans l'intérêt personnel du dirigeant en cas de prélèvement occulte

L'article L. 242-6, 3°, du code de commerce incrimine le délit d'abus de biens sociaux au sein des sociétés anonymes comme étant le fait pour « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

La caractérisation de ce délit nécessite que soit établi, outre un élément matériel – un acte contraire à l'intérêt de la société –, un élément intentionnel qui se dédouble en un dol général (mauvaise foi) et en un dol spécial à savoir que l'auteur de l'infraction a agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement. En exigeant la preuve de ce dol spécial, le législateur a entendu soustraire à la répression le dirigeant imprudent ou négligent mais non intéressé.

La chambre criminelle contrôle que les juridictions du fond ont établi l'existence de ce dol spécial pour entrer en voie de condamnation. Ainsi, encourt la cassation, pour défaut de motifs, la cour d'appel qui déclare le dirigeant d'une société coupable d'abus de biens sociaux, sans rechercher si ce dirigeant avait pris un intérêt personnel direct ou indirect dans le règlement des fausses factures qu'il a accepté d'effectuer (Crim., 1^{er} mars 2000, pourvoi n° 98-86.353, *Bull. crim.* 2000, n° 101). La chambre criminelle a également jugé qu'une cour d'appel ne saurait se borner à relever que le dirigeant social a rémunéré le responsable d'une société contractante pour un emploi fictif et fait supporter à sa société les frais de remise en état du véhicule personnel de ce dernier, sans rechercher si le prévenu avait pris un intérêt personnel direct ou indirect en employant fictivement ce tiers et en réglant les frais de remise en état de son véhicule (Crim., 5 mai 2004, pourvoi n° 03-82.535).

La charge de la preuve de l'intérêt personnel pris par le dirigeant incombe au ministère public. Conformément au droit commun de la preuve en matière pénale, cette preuve peut être rapportée par tous moyens. Elle est néanmoins difficile à établir dans les hypothèses où la destination finale des fonds détournés demeure inconnue. Pour mettre fin à cette difficulté, dans un arrêt du 11 janvier 1996 (Crim., 11 janvier 1996, pourvoi n° 95-81.776, *Bull. crim.* 1996, n° 21), la chambre criminelle a énoncé que « s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel ». En l'espèce, le gérant de fait d'une société ayant pour objet l'exploitation d'un hôtel avait constitué une « caisse noire » alimentée par une partie des recettes du bar et du restaurant de l'établissement. Une expertise avait permis d'établir que 25 % des sommes ainsi soustraites de la comptabilité avaient servi à rémunérer des employés non déclarés. L'utilisation des sommes restantes était inconnue. Pour

entrer en voie de condamnation et répondre à l'argumentation du prévenu qui arguait de l'absence de preuve d'utilisation à des fins personnelles des sommes détournées, la cour d'appel avait énoncé que faute de justification de son emploi, le surplus, prélevé par le prévenu, avait été utilisé par ce dernier à des fins personnelles. La chambre criminelle a approuvé cette motivation et posé une présomption d'usage à des fins personnelles des biens prélevés de manière occulte. Cette présomption se justifie dès lors qu'au sein des sociétés le seul fait de prélever des fonds de manière occulte constitue en lui-même un acte illicite.

La charge de la preuve qui incombe au ministère public est ainsi allégée. Ce dernier n'a pas à rechercher l'utilisation finale des sommes détournées, mais seulement à établir l'existence de prélèvements occultes, à charge pour le dirigeant, s'il entend renverser la présomption, de rapporter la preuve que les fonds ainsi prélevés de façon occulte l'ont été dans le seul intérêt de la société.

La jurisprudence du 11 janvier 1996 précitée a été par la suite confirmée à de nombreuses reprises (Crim., 20 juin 1996, pourvoi n° 95-82.078, *Bull. crim.* 1996, n° 271 ; Crim., 14 mai 1998, pourvoi n° 97-82.442 ; Crim., 9 juillet 1998, pourvoi n° 97-80.511 ; Crim., 27 mars 2002, pourvoi n° 01-84.195) et étendue à l'hypothèse d'une cession occulte de biens sociaux (Crim., 24 septembre 2008, pourvoi n° 08-80.872, *Bull. crim.* 2008, n° 196) : dans cette espèce, le stock de marchandises d'une société avait disparu sans que puissent être établies sa destination finale et notamment son appropriation par la gérante de la société, cette dernière soutenant qu'elle avait renvoyé ces marchandises à son fournisseur.

§ 2. Présomption de mauvaise foi et preuve du fait justificatif de bonne foi en matière de diffamation

Conformément à l'article 29, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ».

Comme tout délit, la diffamation est constituée d'un élément légal, d'un élément matériel et d'un élément intentionnel.

La Cour de cassation décide cependant, de manière constante, que les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec l'intention de nuire (Crim., 16 décembre 1986, pourvoi n° 85-96.064, *Bull. crim.* 1986, n° 374 ; 12 juin 1987, pourvoi n° 86-90.410, *Bull. crim.* 1987, n° 247 ; 7 novembre 1989, pourvoi n° 86-90.811, *Bull. crim.* 1989, n° 403 ; 29 novembre 1994, pourvoi n° 92-85.281, *Bull. crim.* 1994, n° 382 ; 16 mai 1995, pourvoi n° 93-83.690, *Bull. crim.* 1995, n° 175 ; 22 octobre 2002, pourvoi n° 01-88.338 ; 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-87.444, *Bull. crim.* 2007, n° 301). La mauvaise foi de l'auteur de la diffamation est donc présumée, les termes employés étant par nature lésionnaires (voir déjà, en ce sens : Crim., 15 janvier 1869, *D.P.* 1869, I, 380).

Cette présomption de mauvaise foi a été contestée par les plaideurs tant sur le terrain de la conventionnalité que sur celui de la constitutionnalité.

À cet égard, la chambre criminelle de la Cour de cassation a d'abord jugé que « le principe selon lequel l'intention de nuire est attachée de plein droit aux imputations diffamatoires n'est pas incompatible avec les dispositions [...] des articles 6 et 10 de

la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lesquelles ne mettent pas obstacle aux présomptions de droit ou de fait en matière pénale, dès lors qu'il est possible d'apporter la preuve contraire et que les droits de la défense sont assurés» (Crim., 16 mars 1993, pourvoi n° 91-81.819, *Bull. crim.* 1993, n° 115). Il répond ainsi aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle l'article 6 § 2 «ne se désintéresse [...] pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense» (CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, requête n° 10519/83).

Saisie, par la suite, de questions prioritaires de constitutionnalité soutenant notamment que la présomption de mauvaise foi en matière de diffamation serait contraire à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, suivant lequel tout homme est présumé innocent, la chambre criminelle a, à trois reprises, dit n'y avoir lieu de renvoyer ces questions au Conseil constitutionnel, retenant, dans un premier temps, que «la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation» (Crim., 31 mai 2010, pourvoi n° 09-87.578), puis, dans un deuxième temps, qu'elle «ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que la présomption d'imputabilité de l'élément moral de l'infraction à l'auteur des propos incriminés, qui est inhérente aux dispositions en cause, est dépourvue de tout caractère irréfragable, qu'elle ne fait pas obstacle à l'exercice des droits de la défense et ne contrevient pas au principe du procès équitable» (Crim., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-90.046) et, en dernier lieu, que «cette question ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que si les imputations diffamatoires visées par la disposition légale critiquée impliquent par elles-mêmes l'intention de nuire, une telle présomption ne revêt pas un caractère irréfragable, le prévenu ayant la faculté de démontrer l'existence de circonstances particulières de nature à le faire bénéficier de la bonne foi» (Crim., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-90.123 ; A. Lepage, *Comm. com. électr.* n° 6, juin 2012, p. 38-39). Dans ces deux dernières décisions, le raisonnement tenu par la chambre criminelle sur le plan de l'appréciation du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité est à rapprocher de celui développé à l'occasion du contrôle de conventionnalité opéré dans l'arrêt du 16 mars 1993 précité : l'auteur des propos diffamatoires est certes présumé de mauvaise foi, mais il dispose de la faculté de rapporter la preuve de sa bonne foi, de sorte que les principes du procès équitable et de la présomption d'innocence ne sont pas méconnus.

En effet, aux côtés de l'exception de vérité prévue par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 – laquelle suppose la démonstration de la véracité des imputations diffamatoires –, la diffamation connaît un fait justificatif d'origine prétorienne : la bonne foi (pour une présentation des faits justificatifs de la diffamation, voir *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2010, p. 282 et s.).

Par arrêt du 17 mars 2011 (pourvoi n° 10-11.784, *Bull.* 2011, I, n° 58 ; A. Lepage, *Comm. com. électr.* n° 5, mai 2011, p. 31-33), la première chambre civile de la Cour de cassation est venue rappeler, d'une part, qu'exception de vérité et bonne foi sont deux faits justificatifs distincts et, d'autre part, que la bonne foi suppose, pour être accueillie,

la réunion de quatre éléments cumulatifs : la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression et, enfin, le sérieux de l'enquête (voir notamment, sur l'énoncé de ces critères : 2^e Civ., 14 mars 2002, pourvoi n° 99-19.239, *Bull.* 2002, II, n° 41 ; 2^e Civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 01-17.188, *Bull.* 2004, II, n° 185 ; 1^{re} Civ., 3 avril 2007, pourvoi n° 05-21.344, *Bull.* 2007, I, n° 145).

Elle a ainsi estimé qu'une cour d'appel qui, pour écarter la diffamation imputée à un syndicat, auteur d'un tract, s'est bornée à relever que celui-ci n'avait fait que porter à la connaissance des salariés, « de toute bonne foi », des faits avérés tenant à la manière dont un candidat aux élections aux fins de renouvellement des membres du comité d'établissement d'une société avait procédé au licenciement d'une employée atteinte d'une maladie grave ayant exercé son activité professionnelle au sein dudit comité pendant plus de seize années, a privé sa décision de base légale, la démonstration de la bonne foi ne pouvant résulter du simple fait d'avoir porté à la connaissance d'autrui des faits avérés – car la bonne foi n'est pas l'exception de vérité – et nécessitant de surcroît la constatation de la réunion de l'ensemble des éléments constitutifs ci-dessus énoncés.

La bonne foi permet donc à l'auteur de propos diffamatoires, dont l'intention de nuire est présumée, d'échapper à une condamnation, pour autant cependant qu'elle soit expressément invoquée et qu'elle réponde aux critères dégagés par la jurisprudence.

TITRE 2 – RISQUE DE LA PREUVE

L'attribution de la charge ou du risque de la preuve ne peut se réduire aux seules règles posées par l'article 1315 du code civil, relatif à la preuve des obligations, et l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, relatif à la présomption d'innocence.

L'attribution du fardeau de la preuve est l'objet de multiples règles de fond, complétées par le travail jurisprudentiel, pour déterminer la partie à laquelle imputer l'insuffisance des preuves produites.

Dans de très nombreux cas, les dispositions de fond permettent de déterminer simplement la partie devant supporter le risque du manque ou de l'insuffisance des preuves. Il relève de l'office du juge, lorsque l'intention du législateur quant à l'attribution de ce risque n'est pas claire, de conduire un travail interprétatif consistant à se demander sur quelle partie le législateur aurait souhaité faire reposer le fardeau probatoire.

Plusieurs directives l'aident dans cette entreprise : le respect dû aux situations acquises, la préférence à celui qui avance une prétention correspondant au cours normal des choses, l'aptitude à la preuve d'une des parties, la volonté de protéger telle ou telle catégorie de justiciables, dont l'allègement des contraintes en matière de preuve vise à corriger la situation de faiblesse dans laquelle ils sont censés se trouver à l'égard de leurs adversaires au procès.

Cette attribution du fardeau probatoire peut prendre deux formes. Dans la majeure partie des cas la règle conduit le juge à décider qu'une des parties « n'a pas établi » l'existence des faits nécessaire au succès de sa prétention. Il s'agit de la formulation la plus

classique d'attribution du risque de la preuve (chapitre 1). Dans des cas plus rares, le juge reconnaît expressément à une partie le bénéfice du doute (chapitre 2).

Chapitre 1 – Attribution du risque

Des règles conduisant à attribuer le risque de la preuve existent dans tous les champs du droit privé qu'il s'agisse de la matière civile et commerciale (section 1), du droit fiscal (section 2), du droit privé de la santé (section 3), du droit de la sécurité sociale (section 4), du droit du travail (section 5) ou du droit pénal (section 6).

Section 1 – En matière civile et commerciale

L'attribution du risque de la preuve en matière civile et commerciale porte notamment sur des questions de successions et donations (§ 1), d'assurance (§ 2), de relations locatives (§ 3) et de droit bancaire (§ 4).

§ 1. Successions et donations

Le principe selon lequel c'est à la partie qui prétend à l'existence d'une intention libérale de la prouver (A) connaît des particularités de mise en œuvre dans les rapports entre époux (B).

A. Preuve de l'intention libérale : généralités

Il appartient à celui qui invoque l'existence d'une libéralité, par exemple pour en demander le rapport à la succession, ou pour prétendre la révoquer lorsque, consentie entre époux, cela est possible, de caractériser cet acte juridique qui, aux termes de l'article 893 du code civil, consiste à disposer de ses biens « à titre gratuit » et ce, selon la rédaction du texte issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, « au profit d'une autre personne ».

Cela impose de rapporter la preuve de l'intention libérale ayant animé le donateur puisque, selon la formule d'un arrêt ancien, « une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier » (Cass. Req., 9 décembre 1913, *D.P.* 1919, I, 29). Et cela vaut aussi bien pour les libéralités consenties dans les formes légalement prévues, donation entre vifs et testaments, que pour les donations déguisées ou indirectes que peuvent constituer des avantages dont une personne a bénéficié. Cette exigence a été rappelée avec force par trois arrêts récents qui énoncent qu'une libéralité suppose un appauvrissement du disposant dans l'intention de gratifier (1^{re} Civ., 18 janvier 2012, pourvois n° 09-72.542 et n° 11-12.963 [2 arrêts], *Bull.* 2012, I, n° 8; 1^{re} Civ., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-27.325, *Bull.* 2012, I, n° 9).

La jurisprudence est ferme : cette intention doit être prouvée car elle ne se présume pas (3^e Civ., 31 mai 1989, pourvoi n° 88-11.524, *Bull.* 1989, III, n° 126) et ne peut pas se déduire du déséquilibre de l'acte (1^{re} Civ., 14 février 1989, pourvoi n° 87-14.205, *Bull.* 1989, I, n° 79). Mais s'agissant de la preuve d'un fait, cette preuve est libre et peut être faite par tous moyens, même par de simples présomptions (1^{re} Civ., 5 janvier 1983, pourvoi

n° 81-16.655, *Bull.* 1983, I, n° 10; 1^{re} Civ., 24 novembre 1987, pourvoi n° 86-10.635, *Bull.* 1987, I, n° 309). Ainsi l'intention libérale peut s'induire de la forme de l'acte (donation résultant d'un acte notarié) ou, dans le don manuel, de la tradition par remise de la chose, la présomption de titre étant attachée à la possession.

Le possesseur qui prétend avoir reçu une chose ou des fonds à titre de don manuel bénéficie d'une présomption et c'est à celui qui revendique cette chose ou prétend qu'il l'a remise à titre de prêt de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don (1^{re} Civ., 30 mars 1999, pourvoi n° 97-11.948, *Bull.* 1999, I, n° 112). Celle-ci peut s'induire aussi des circonstances, par exemple la vente à vil prix dans le but de faire plaisir à l'acquéreur est une donation (1^{re} Civ., 6 janvier 1969, pourvoi n° 67-10.401, *Bull.* 1969, I, n° 8).

L'appréciation de cet élément subjectif qu'est l'intention libérale est souveraine (1^{re} Civ., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-15.752), mais la nécessité d'opérer cette constatation est contrôlée. Sans elle, en effet, manque un élément permettant de qualifier un acte ou une opération de libéralité (1^{re} Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-70.002).

B. Preuve de l'intention libérale : donation entre époux

Toute libéralité suppose un acte matériel et un élément moral : un acte traduisant, dans une intention libérale, l'appauvrissement du disposant et l'enrichissement corrélatif du gratifié.

L'intention libérale, qui ne se présume pas et doit être prouvée, ne se déduit pas de l'acte matériel (1^{re} Civ., 14 février 1989, pourvoi n° 87-14.205, *Bull.* 1989, I, n° 79; 3^e Civ., 31 mai 1989, pourvoi n° 88-11.524, *Bull.* 1989, III, n° 126; 1^{re} Civ., 9 novembre 1993, pourvoi n° 91-17.977).

Sous un régime de séparation de biens, il est fréquent que l'un des époux, en général le mari (il existe, cependant, des hypothèses inverses : 1^{re} Civ., 25 février 1981, pourvoi n° 79-15.773, *Bull.* 1981, I, n° 71), fournisse à son conjoint tout ou partie des deniers nécessaires à l'acquisition d'un bien indivis entre eux, voire d'un bien personnel.

Jusqu'au 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, les donations de biens présents faites entre époux au cours du mariage, directes ou indirectes, étaient librement révocables, par application de l'article 1096 du code civil, et les donations déguisées étaient nulles en vertu de l'article 1099-1 du même code (toutefois, rappelons que les donations consenties avant le 1^{er} janvier 2005 demeurent librement révocables ou, selon le cas, annulables). En outre, l'ancien article 267, alinéa 1^{er}, du code civil prévoyait que lorsque le divorce était prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci perdait de plein droit toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis, soit lors du mariage, soit après.

Après le prononcé du divorce, l'époux séparé de biens, qui avait financé tout ou partie de l'acquisition d'un bien réalisée par son conjoint, prétendait à la révocation de la donation (ou à la nullité en cas de déguisement) qu'il soutenait lui avoir consentie.

Pour faire échec à cette prétention, le conjoint prétendument gratifié invoquait une jurisprudence ancienne et constante selon laquelle un tel financement ne pouvait pas être constitutif d'une libéralité s'il avait pour cause son activité dans la direction du foyer ou sa collaboration à l'activité professionnelle de son époux ayant excédé une

contribution normale aux charges du mariage (1^{re} Civ., 4 mars 1980, pourvoi n° 78-12.900, *Bull.* 1980, I, n° 76 ; 1^{re} Civ., 20 mai 1981, pourvoi n° 80-11.544, *Bull.* 1981, I, n° 175 ; 1^{re} Civ., 25 juin 2002, pourvoi n° 98-22.882, *Bull.* 2002, I, n° 173).

La simple possibilité que le prétendu donateur ait voulu rémunérer son conjoint pour l'activité qu'il avait déployée suffisait à exclure l'intention libérale (1^{re} Civ., 19 mai 1976, pourvoi n° 75-10.558, *Bull.* 1976, I, n° 183 ; 1^{re} Civ., 25 février 1981, pourvoi n° 79-15.773, *Bull.* 1981, I, n° 71 ; 1^{re} Civ., 9 novembre 1993, pourvoi n° 91-22.059, *Bull.* 1993, I, n° 317).

Lorsque la cause de la remise des fonds n'était pas établie avec certitude, les juges du fond pouvaient estimer que la preuve de l'intention libérale n'était pas établie (1^{re} Civ., 20 mai 1981, pourvoi n° 79-17.171, *Bull.* 1981, I, n° 176). Lorsque le moyen de défense avancé par l'époux était rejeté parce qu'il n'était pas démontré que son activité avait excédé une contribution normale aux charges du mariage, les juges du fond ne pouvaient pas se dispenser de se prononcer sur la volonté du prétendu donateur de gratifier son conjoint puisqu'il lui incombait de prouver que les paiements n'avaient d'autre cause que son intention libérale (1^{re} Civ., 2 octobre 1985, pourvoi n° 84-13.136, *Bull.* 1985, I, n° 244 ; 1^{re} Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-70.002).

Approuvant cette jurisprudence, la doctrine observait qu'elle avait pour effet de corriger les inconvénients du régime de séparation de biens, désavantageux pour l'époux n'exerçant pas d'activité professionnelle (voir, notamment, J. Flour, G. Champenois, *Les Régimes matrimoniaux*, Colin, 2^e éd., 2001, n° 737 ; F. Terré, P. Simler, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6^e éd., 2011, n° 800 ; R. Le Guidec, « Donations et testaments », in *J.-Cl. civil code*, articles 893 à 895, n° 67, juillet 2003).

§ 2. Assurances et indemnisation des victimes d'infraction

L'attribution du risque de la preuve en droit des assurances est l'occasion de multiples règles qu'il s'agisse de la preuve du paiement (A), de sa date (B), d'une exclusion de garantie (C) ou d'une forclusion (D).

A. Preuve du paiement de la prime d'assurance

L'article 1315, alinéa 2, du code civil impose à « celui qui se prétend libéré » de « justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation ». En vertu de ce texte, la charge de la preuve du paiement de la prime d'assurance repose sur son débiteur. L'attestation d'assurance délivrée par l'assureur à l'assuré ne constitue qu'une présomption simple de garantie (1^{re} Civ., 26 mai 1970, pourvoi n° 68-11.341, *Bull.* 1970, I, n° 172) et non une preuve du paiement de la prime, laquelle reste à la charge de l'assuré (voir 1^{re} Civ., 29 octobre 1979, pourvoi n° 78-13.756, *Bull.* 1979, I, n° 261 et, plus récemment, 2^e Civ., 8 novembre 2007, pourvoi n° 06-16.148).

B. Preuve de la date du paiement de la prime

La preuve de la date du paiement de la prime incombe en principe à l'assuré, cette solution découlant de l'application de l'article 1315, alinéa 2, du code civil qui impose à celui qui se prétend libéré d'en justifier.

Lorsque le règlement est effectué par chèque, la jurisprudence retient que la date du paiement est celle de la remise du chèque (1^{re} Civ., 2 décembre 1968, pourvoi n° 66-12.727, *Bull.* 1968, I, n° 301), sous réserve de son bon encaissement (1^{re} Civ., 4 avril 2001, pourvoi n° 99-14.927, *Bull.* 2001, I, n° 102). Cette solution, favorable à l'assuré, lui permet, lorsqu'une clause du contrat subordonne la prise d'effet de la garantie au paiement de la prime, de ne pas être tributaire de la diligence ou de la lenteur de l'assureur dans l'encaissement du chèque.

S'agissant de la preuve de la date de la remise du chèque, une jurisprudence ancienne et constante retient qu'il incombe à l'assureur qui a accepté puis encaissé un chèque destiné au paiement d'une prime, et portant une date antérieure à un sinistre, d'apporter la preuve que cet effet lui a été remis à une date postérieure à celui-ci (1^{re} Civ., 11 décembre 1990, pourvoi n° 88-12.716, *Bull.* 1990, I, n° 285 ; 1^{re} Civ., 22 janvier 2002, pourvoi n° 99-10.078, *Bull.* 2002, I, n° 18 ; 2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.682). La date du paiement est ainsi présumée être celle figurant sur le chèque sauf preuve contraire. Cette présomption d'origine prétorienne a été critiquée par une partie de la doctrine (H. Groutel, *Resp. civ. et assur.* n° 12, décembre 2006, comm. 385) comme étant susceptible d'encourager la fraude consistant à antidater l'ordre de paiement. Elle trouve cependant sa justification dans le souci de ne pas imposer à l'assuré d'adresser son chèque par pli recommandé pour se ménager la preuve de la date du paiement, alors que cette formalité n'est pas exigée par le code des assurances (1^{re} Civ., 13 octobre 1987, pourvoi n° 86-14.069).

Précisons que cette présomption ne pouvant jouer que lorsque la date apposée par le tireur sur le chèque est connue, il a été jugé dans une espèce où le chèque n'avait pas été produit qu'il incombait à l'assuré de prouver que le paiement qu'il avait effectué était antérieur à la veille du jour de la remise en vigueur du contrat par l'assureur (2^e Civ., 5 octobre 2006, pourvoi n° 05-10.786, *Bull.* 2006, II, n° 252).

C. Preuve de l'exception à une exclusion de garantie

Selon une jurisprudence ancienne et constante, il appartient à l'assuré qui réclame le bénéfice de l'assurance d'établir que sont réunies les conditions requises par la police pour mettre en jeu la garantie (1^{re} Civ., 24 juin 1970, pourvoi n° 68-13.960, *Bull.* 1970, I, n° 221 ; 1^{re} Civ., 7 octobre 1975, pourvoi n° 74-10.028, *Bull.* 1975, I, n° 254). Il s'agit là d'une simple application de l'article 1315, alinéa 1^{er}, du code civil selon lequel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

Réciproquement, c'est à l'assureur qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion (1^{re} Civ., 7 juillet 1992, pourvoi n° 90-19.483, *Bull.* 1992, I, n° 216), cette solution résultant d'une interprétation extensive de l'article 1315, alinéa 2, selon lequel « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Un arrêt de la deuxième chambre civile du 4 décembre 2008 (pourvoi n° 08-11.158, *Bull.* 2008, II, n° 255) vient préciser qui, de l'assureur ou de l'assuré, supporte la charge de la preuve en présence d'une exception à une exclusion de garantie. Dans le cas de l'espèce, le contrat d'assurance comportait une clause excluant de la garantie les accidents survenus alors que l'assuré conduisait sous l'empire d'un état alcoolique et une exception à cette exclusion s'il était établi que le sinistre était sans relation avec l'infraction. La question était de savoir s'il incombait aux ayants droit de l'assuré de démontrer que

l'accident mortel n'était pas dû à l'état alcoolique du conducteur ou à l'assureur d'établir le lien de causalité entre l'imprégnation alcoolique et l'accident. Approuvant les premiers juges, la Cour de cassation retient que, dans le silence du contrat, la charge de la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre l'imprégnation alcoolique et l'accident incombe à l'assureur. Cette solution favorable à l'assuré incite l'assureur à une plus grande précision dans la rédaction des contrats.

D. Indemnisation des victimes d'infractions : preuve de la forclusion

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui a profondément réformé la procédure pénale, a notamment organisé l'information de la partie civile victime d'une infraction mentionnée aux articles 706-3 et 706-14 du code de procédure pénale de la possibilité de saisir la commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI), et sanctionne cette obligation d'information par le biais du recul du point de départ du délai de forclusion dans lequel la demande d'indemnité doit être présentée devant la CIVI (article 706-5 du code de procédure pénale). En effet, la juridiction pénale qui alloue des dommages-intérêts à la partie civile doit informer cette dernière (en pratique, selon la circulaire CRIM. n° 2001-07 F1 du 14 mai 2001, par un chef du dispositif) de la possibilité de saisir la CIVI (article 706-15 du code de procédure pénale). À défaut, étant donné que cette diligence constitue le point de départ du délai de forclusion, celui-ci ne peut pas commencer à courir et la demande d'indemnisation adressée à la CIVI demeure toujours recevable.

Le droit positif, issu des articles 706-5 et 706-15 du code de procédure pénale, est ainsi devenu relativement complexe. La CIVI doit être saisie dans un délai de :

- trois ans à compter de l'infraction ou de l'apparence d'infraction ;
- ou un an à compter de la décision du juge pénal sur l'action publique ou sur l'action civile ;
- ou un an à compter de l'avis donné par le juge pénal à la victime de la possibilité de saisir la CIVI lorsqu'il a alloué une indemnité.

La pratique s'est enrichie alors d'une nouvelle méthode de raisonnement favorable à la victime : la forclusion ne peut lui être opposée que lorsque tous les délais sont expirés.

Le deuxième délai appelle de la part des victimes aussi bien que du fonds d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions (FGTI) une vigilance particulière. Il appartient notamment au FGTI qui prétend opposer la forclusion tirée de l'existence d'une décision du juge pénal statuant sur les intérêts civils de prouver l'existence de cette décision (2^e Civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-11.880, *Bull.* 2006, II, n° 279).

§ 3. Relations locatives

La Cour de cassation, et plus particulièrement la troisième chambre civile en charge des baux, est souvent amenée à se prononcer – car c'est là un point de droit soumis à son contrôle – sur la détermination de la charge de la preuve en matière locative.

Les quelques décisions répertoriées plus après donnent un aperçu des questions relatives à la preuve posées par les plaideurs, bailleurs et locataires, à la Cour dans un passé récent. Elles font ressortir qu'il est fait une application raisonnée de la règle, plus

complexe que sa formulation lapidaire ne pourrait le donner à penser, *actori incumbit probatio*.

A. Preuve du vice caché affectant la chose louée

Une lecture rapide et purement statistique de la jurisprudence pourrait donner à croire que seul le contrat de vente est susceptible d'être résolu si la chose qui en est l'objet recèle un vice caché. Mais le champ de la garantie des vices rédhibitoires s'étend aussi aux baux.

L'article 1721 du code civil, qui figure parmi les dispositions générales du contrat de louage, lesquelles s'appliquent également, dans la mesure où il n'y est pas dérogé, aux baux régis par les statuts locatifs spéciaux, dispose en effet qu'«il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail».

La rareté des litiges fondés sur cette disposition peut sans doute être expliquée par la circonstance que les locataires confrontés à un vice de la chose louée sont moins prompts que les acquéreurs à ester, quand il leur suffit de mettre fin au contrat de location pour régler, certes par le vide, la situation.

La Cour de cassation a néanmoins eu plusieurs occasions de préciser, au fil du temps, certains aspects du régime de cette garantie appliquée au bail.

Elle a notamment retenu qu'il incombait au locataire, demandeur à la résiliation ou à l'indemnisation du chef de l'article 1721 du code civil, d'administrer la preuve du vice qu'il déplore (voir, par exemple, Com., 25 janvier 1994, pourvoi n° 91-16.767 ; Com., 4 février 1992, pourvoi n° 88-15.728). Le locataire est ainsi placé sur un pied d'égalité avec l'acquéreur, qui supporte également la charge de la preuve du vice caché (voir, par exemple, Com., 12 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.632, *Bull.* 2004, IV, n° 185).

Par un arrêt récent (3^e Civ., 1^{er} avril 2009, pourvoi n° 08-10.070, *Bull.* 2009, III, n° 71), la troisième chambre civile a été amenée à préciser davantage cette règle probatoire. Le litige était né de l'action en paiement d'une indemnité, fondée sur l'article 1721 du code civil, formée contre son bailleur par le locataire d'un appartement à usage d'habitation dépendant d'un immeuble qui s'était blessé en tombant dans un ascenseur à cause d'un différentiel entre le niveau du sol et celui, légèrement plus bas, du plancher de l'engin. Le bailleur tentait de s'exonérer en répliquant que son locataire ne démontrait pas le défaut d'entretien régulier de l'ascenseur. La cour d'appel a été approuvée d'avoir accueilli l'action du locataire en retenant qu'il incombait seulement à celui-ci de rapporter la preuve du dysfonctionnement, du vice, de l'appareil (en l'occurrence, la montée incomplète), mais pas de démontrer, au surplus, un défaut d'entretien imputable au bailleur («Mais attendu qu'il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail ; qu'ayant retenu, à bon droit, que la victime n'avait pas à prouver que le bailleur n'avait pas fait le nécessaire pour l'entretien de l'ascenseur mais à démontrer que l'appareil présentait un dysfonctionnement à l'origine de son préjudice ... »).

Le régime des garanties des vices cachés applicable à la location paraît dès lors se rapprocher de celui applicable à la vente. Il ressort en effet de cet arrêt qu'une fois

la preuve du vice rapportée par l'acquéreur, il revient au vendeur de prouver l'existence d'une des causes exonératoires admises, parmi lesquelles la force majeure (voir, par exemple, Com., 25 novembre 1997, pourvoi n° 95-14.603, *Bull.* 1997, IV, n° 308).

B. Preuve du caractère manifestement sous-évalué du loyer

L'un des traits caractéristiques des statuts locatifs spéciaux est d'organiser impérativement, pour éviter que le locataire ne soit accablé par un loyer trop onéreux, le contrôle – statuts des baux d'habitation et des baux commerciaux –, voire l'encadrement pur et simple – statut des baux ruraux – du loyer.

Pour ce qui concerne le statut des baux d'habitation, l'encadrement ressort notamment de la disposition de l'article 17, c, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs selon laquelle : « Lors du renouvellement du contrat, le loyer ne donne lieu à réévaluation que s'il est manifestement sous-évalué ». Ce texte prévoit un système de réévaluation à trois étages (en bref, il incombe au bailleur de proposer au locataire un nouveau loyer. En cas de désaccord, les parties au bail devront se présenter devant la commission de conciliation, puis, en cas de désaccord persistant, devant le juge d'instance).

S'il était établi depuis longtemps, en jurisprudence, que l'éventuelle sous-évaluation était appréciée souverainement par le juge du fond (voir, par exemple, 3^e Civ., 1^{er} mars 1995, pourvoi n° 92-16.919, *Bull.* 1995, III, n° 63 ; 3^e Civ., 17 avril 1996, pourvoi n° 94-14.185), la Cour n'a eu que tardivement l'occasion de préciser quelle partie doit, en cas de différend, prouver que le loyer est (ou n'est pas) sous-évalué pour obtenir la réévaluation (ou y échapper).

Par un arrêt du 12 octobre 2011 (pourvoi n° 10-21.214, *Bull.* 2011, III, n° 164), la troisième chambre civile a retenu que la charge de cette preuve reposait sur le bailleur (« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 12 mars 2010), que la société civile immobilière Hyéroise (la SCI), propriétaire d'un logement donné à bail aux époux X..., a, le 30 janvier 2006, notifié aux locataires une proposition de renouvellement moyennant un loyer réévalué ; que les preneurs n'ayant pas accepté le nouveau loyer, elle a saisi la commission départementale de conciliation puis les a assignés en fixation du prix du bail renouvelé ; [...]. Mais attendu qu'ayant retenu, à bon droit, qu'il appartient au bailleur de rapporter la preuve que le loyer en cours est manifestement sous-évalué [...] »).

Cette position paraissait aller d'elle-même : dans la mesure où c'est, par hypothèse, le bailleur qui se plaint de la sous-évaluation et met en œuvre le dispositif de réévaluation, il était logique et équitable d'exiger de lui qu'il fasse la démonstration de la faiblesse du loyer qu'il dénonce. Elle supposait, pour reprendre une formule employée plus haut, non pas de déroger mais d'adopter une conception raisonnée de la règle *Actori incumbit* : en effet, tel que l'article 17 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 précitée est rédigé, il est possible que le juge du bail soit saisi, même si cela reste rare en pratique (dans l'arrêt de 2011, le juge avait été saisi par le bailleur), par le locataire.

C. Preuve du paiement du loyer

La troisième chambre civile est régulièrement conduite à rappeler qu'il appartient au preneur de prouver qu'il a bien payé les loyers qu'il prétend avoir acquittés, que ce soit à l'occasion d'une action en résiliation pour défaut de paiement des loyers intentée

par le bailleur ou, plus généralement, au moment du règlement des comptes entre les parties en fin de bail (voir, par exemple, 3^e Civ., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-15.206; 3^e Civ., 9 mars 2010, pourvoi n° 07-18.269).

Ce n'est là qu'une application particulière d'une règle plus générale selon laquelle «il appartient à celui qui prétend s'être libéré de sa dette d'en justifier» (voir, par exemple, Com., 16 juin 1981, pourvoi n° 80-12.740, *Bull.* 1981, IV, n° 278).

D. Baux dérogatoires : preuve de l'opposition au maintien dans les lieux

Les baux dérogatoires (sous-entendu au champ d'application ordinaire) sont, quel que soit le statut locatif, une matière sensible : très courus par les propriétaires, souvent réticents, c'est peu dire, à voir s'appliquer un ensemble de règles impératives généralement destinées à protéger leur cocontractant, ces baux sont souvent contestés, à la première occasion, par des locataires désireux de bénéficier de ces mêmes règles.

Le statut des baux commerciaux compte plusieurs variétés de baux dérogatoires parmi lesquels celui de l'article L. 145-5 du code de commerce.

Il ressort de ce texte que les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du locataire, conclure un bail dérogeant aux dispositions du statut des baux commerciaux à la condition que la durée totale du bail, ou des baux successifs, ne soit pas supérieure à deux ans, mais aussi que si, à l'expiration du bail dérogatoire, le locataire reste – et est laissé – en possession des lieux, il s'opère un nouveau bail soumis de plein droit au statut.

Souvent, le contentieux entre les parties au bail se cristallise au moment crucial où le bail de deux ans (au plus) s'achève.

S'il advient, selon le texte, que le locataire reste dans les lieux loués sans opposition du bailleur, il pourra revendiquer l'application du statut des baux commerciaux. Le litige porte alors souvent sur le point de savoir si le bailleur s'est effectivement opposé au maintien de son locataire (étant précisé que la jurisprudence est en ce sens que, pour être efficace, l'opposition doit être intervenue antérieurement à la date d'expiration du bail dérogatoire : 3^e Civ., 27 octobre 1993, pourvoi n° 91-19.593 ; 3^e Civ., 25 juin 2003, pourvoi n° 02-12.545). Sur quel cocontractant pèse, en ce cas, la charge de la preuve de l'opposition – ou de la non-opposition – du bailleur ?

Par un arrêt du 4 mai 2010 (pourvoi n° 09-11.840), la troisième chambre civile a retenu que cette charge pesait sur le bailleur («Attendu qu'ayant exactement retenu qu'aux termes de l'article L. 145-5, alinéa 2, du code de commerce, le preneur bénéficiaire d'un bail dérogatoire qui, à l'expiration de sa date contractuelle initiale, était resté et avait été laissé en possession, bénéficiait d'un nouveau bail soumis aux dispositions des articles L. 145-1 et suivants du même code et qu'il appartenait au bailleur souhaitant échapper à ce mécanisme de manifester, avant la date contractuelle d'expiration du bail, sa volonté de ne pas poursuivre sa relation contractuelle avec le locataire, la charge de la preuve de cette manifestation de volonté lui incombant... »).

Dans la mesure où, la plupart du temps, le juge du bail commercial est saisi par le locataire désireux de voir reconnaître que l'ancien bail dérogatoire est devenu bail commercial, la solution dégagée par la Cour de cassation paraît nettement s'inscrire à l'encontre de la règle de l'article 1315 du code civil.

Mais cette dérogation peut être doublement justifiée. D'une part, on voit mal comment le locataire pourrait pratiquement rapporter la preuve de ce que le bailleur ne s'est pas opposé à son maintien dans les lieux loués, soit la preuve d'une passivité. Or, on sait que l'impossibilité de prouver un fait négatif est une circonstance susceptible de justifier la mise à l'écart de la règle *Actori incumbit* (voir J. Larguier, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, p. 1). D'autre part, on ne peut nier que la position retenue par la troisième chambre reflète la logique d'un statut qui, tourné vers le locataire, postule que soit imparté un vaste champ au bail commercial.

E. Preuve de la consistance d'un préjudice

Les parties au bail ne sont pas les seules victimes potentielles des manquements, commis par l'une d'elles, aux règles régissant cette convention. L'article L. 143-2 du code de commerce, dépendant du statut des baux commerciaux, en donne une bonne illustration.

Selon ce texte, le bailleur qui entend poursuivre la résiliation du bail doit notifier sa demande aux éventuels « créanciers inscrits », parmi lesquels ceux qui bénéficient d'un nantissement sur le fonds de commerce du locataire. Cet avertissement est parfaitement justifié car il importe que ces créanciers, par hypothèse fortement impliqués dans la bonne marche des affaires du locataire, sachent au plus vite que celui-ci est menacé de perdre son commerce.

À l'occasion d'une action en responsabilité (nécessairement délictuelle en l'absence de lien contractuel) élevée par un créancier de la sorte contre un bailleur qui avait manqué de lui notifier l'avertissement prévu par la loi, la troisième chambre civile a été conduite à prendre position sur l'étendue de la preuve du préjudice. Le juge d'appel avait retenu que ce créancier, qui, dans l'ignorance de ce qu'une action en résiliation du bail était en cours, avait continué de prêter des deniers au locataire, éprouvait incontestablement un préjudice ayant consisté en une perte de chance de réaliser sa garantie, et avait néanmoins rejeté sa demande indemnitaire, en tant qu'il n'en démontrait pas suffisamment l'ampleur exacte (précisément, la cour d'appel reprochait à ce prêteur de ne pas établir quelle était la valeur du fonds de commerce perdu, sur lequel son droit de gage avait vocation à s'exercer). Cette décision a été cassée au motif qu'en refusant « d'évaluer le dommage dont elle avait constaté l'existence en son principe », la cour d'appel avait violé l'article 1382 du code civil (3^e Civ., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.775).

D'une portée plus générale que la seule matière des baux commerciaux, cet arrêt introduit une distinction au sein de ce que l'on pourrait appeler « la preuve du préjudice », en droit de la responsabilité.

– Il est bien établi que le demandeur à l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle, doit prouver l'**existence** du préjudice qu'il déplore (voir, par exemple, pour la responsabilité contractuelle : 2^e Civ., 11 septembre 2008, pourvoi n° 07-20.857, *Bull.* 2008, II, n° 191 ; pour la responsabilité délictuelle : 1^{re} Civ., 30 mars 2005, pourvoi n° 02-11.289).

C'est là une banale application de la règle *Actori incumbit* au droit de la responsabilité.

– Une fois la preuve de l'existence du préjudice administrée, il incombe au juge – et tel est l'apport de l'arrêt ici rapporté – de rechercher, en usant éventuellement des

mesures d'instruction que le droit processuel met à sa disposition (désignation d'un technicien, injonction de production de pièces...), quelle est son exacte **étendue**.

Il est à noter que le Conseil d'État a adopté également une telle distinction parmi les éléments du préjudice (voir CE, 15 novembre 2010, n° 330867, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* : « Considérant qu'il ressort des termes de l'arrêt attaqué que la cour, après avoir reconnu l'existence d'une illégalité fautive de nature à engager la responsabilité de l'État, s'est bornée, sans mettre en doute l'existence d'un préjudice causé aux requérants par les arrêtés illégaux, à relever que les modalités de son évaluation proposées par le GIE Garde Ambulancière 80 et autres ne permettaient pas d'en établir le montant; qu'en rejetant ainsi l'intégralité des conclusions indemnitaires dont elle était saisie, en raison de ce qu'elle n'était pas en mesure d'établir l'importance du préjudice indemnisable, alors qu'il lui revenait, le cas échéant, de faire usage de ses pouvoirs d'instruction pour que soit précisée l'étendue de ce préjudice, la cour administrative d'appel n'a pas complètement rempli la mission juridictionnelle qui était la sienne et commis une erreur de droit »).

Cette position, qui est fondée sur l'office du juge, fait évidemment peser sur celui-ci une charge certaine, pour l'obliger à se livrer à une recherche qui n'aurait pas lieu si le demandeur à l'indemnisation devait aussi prouver l'étendue de son préjudice.

Mais il est à penser que cette charge ne sera, en pratique, pas si lourde qu'on pourrait le craindre, étant observé, d'une part, que le demandeur à l'indemnisation prouvera très souvent (mais pas toujours comme l'illustre l'arrêt de 2011 précité) d'emblée à la fois l'existence et la consistance de son préjudice et, d'autre part, que le juge serait fondé à rejeter la prétention d'un demandeur qui ferait preuve d'une passivité telle que les mesures d'instruction destinées à déterminer l'étendue du préjudice resteraient infructueuses.

F. Preuve de créances du bailleur venant en déduction du dépôt de garantie

La restitution au locataire sortant de son dépôt de garantie peut être encore l'occasion, pour les parties au bail finissant, de se quereller.

Il arrive, en effet, que le bailleur invoque, pour s'opposer à la restitution de tout ou partie de ce dépôt, que le locataire reste lui devoir, à un titre quelconque (arriérés de loyer et de charges, dégradation du bien loué...), des sommes pour lesquelles il entend faire jouer une compensation.

Dans le cadre du bail d'habitation, cette attitude, à la condition de correspondre à la réalité des faits, peut se réclamer du troisième alinéa de l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ainsi rédigé : « Il [le dépôt de garantie] est restitué dans un délai maximal de deux mois à compter de la restitution des clés par le locataire, déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur et des sommes dont celui-ci pourrait être tenu, aux lieu et place du locataire, sous réserve qu'elles soient dûment justifiées ».

Par un arrêt du 15 février 2012 (pourvoi n° 11-13.014, *Bull.* 2012, III, n° 28), la troisième chambre civile a jugé qu'en cas de contestation, il incombe au bailleur de démontrer que son locataire lui doit des sommes susceptibles d'être compensées avec le dépôt de garantie.

Déroger à la règle *Actori incumbit*, sachant qu'en règle générale, le litige naît de la demande en restitution du dépôt de garantie formée par le locataire ?

Outre que le bailleur qui entend faire jouer une compensation de la sorte peut être regardé, en dépit de sa position de défendeur, comme un demandeur reconventionnel (face à la demande principale de restitution du dépôt de garantie intentée par le locataire), il est à constater que la loi prescrit au juge de vérifier que la créance dont excipe le bailleur est « justifiée ». Or seul ce dernier a la capacité d'apporter une telle justification.

G. Preuve de la mise à disposition du locataire des justificatifs de charges

La détermination du redevable des charges engendrées par un immeuble à usage d'habitation donné à bail pose parfois un problème.

Pour ce qui concerne les charges dites récupérables, l'article 23 de la loi du 6 juillet 1989 précitée dispose qu'elles sont « exigibles [par le bailleur] sur justification ».

Ce texte prévoit un système de régularisation de ces charges, dans lequel le bailleur doit communiquer au locataire le décompte définitif des charges et tenir à sa disposition les pièces justificatives de ces charges. Mais qui, du locataire ou du bailleur, doit être en mesure de justifier de ce que cette procédure préalable à la régularisation a été – ou n'a pas été – respectée ?

Il ressort de deux arrêts récents de la troisième chambre civile que cette preuve est assumée par le bailleur (3^e Civ., 1^{er} avril 2009, pourvoi n° 08-14.854, *Bull.* 2009, III, n° 76 : « Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 22 mai 2007), que les époux X..., locataires d'un logement appartenant aux époux Y..., se sont opposés à la demande en paiement de charges formée par les bailleurs et ont sollicité le remboursement des charges qu'ils avaient acquittées ; Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que les bailleurs produisent un décompte de leur créance ainsi que le détail des charges locatives établi par le cabinet Isoardy pour les années 1994 à 2004 inclusivement, qu'il ressort de ces documents non contredits par les autres pièces du dossier que les locataires sont redevables d'un arriéré de loyers et charges de 2 714,34 euros ; Qu'en statuant ainsi, sans constater que les bailleurs avaient tenu à la disposition des locataires, fût-ce devant elle, les pièces justificatives des charges locatives que ceux-ci réclamaient, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; 3^e Civ., 8 décembre 2010, pourvoi n° 09-71.124, *Bull.* 2010, III, n° 216).

Il est conforme à la règle posée par l'article 1315 du code civil que le bailleur, « demandeur à la régularisation », doive être en mesure de justifier des charges qu'il entend faire payer au locataire.

H. Preuve de la réalité des prestations facturées (en cas de clause de mise à disposition)

Dans la logique du droit commun, et ainsi de l'article 1315 du code civil, il incombe au prestataire de services de justifier de la réalité des prestations qu'il facture.

Dans certains secteurs d'activité, il est impossible de prouver par la seule production de la convention signée des parties l'obligation de payer dont une partie entend se prévaloir. Ainsi, en matière de location de véhicules, il est impossible de prouver, par le seul contrat, l'obligation de payer la chose fournie. Si le principe de l'obligation de

payer a bien sa source dans le contrat de location, l'objet de cette obligation, c'est-à-dire le prix à payer, dépend de la durée de mise à disposition du véhicule. Par conséquent, pour prouver, conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article 1315 du code civil, l'obligation de payer qu'il invoque, le prestataire doit prouver qu'il a effectivement mis le véhicule à disposition sur la période facturée.

Dans une affaire où les parties s'opposaient, exclusivement, sur la durée des mises à disposition facturées, dans le cadre d'un contrat de location qui prévoyait une mise à disposition «à la demande du client», la chambre commerciale a censuré une cour d'appel qui avait condamné le client à payer la somme réclamée par le loueur au titre de factures impayées en retenant que ce client avait pratiqué des retenues en déduisant des prestations non exécutées «sans verser d'élément pour les justifier», alors qu'en présence d'une contestation sur certains jours de location effective il incombait au prestataire d'en établir la réalité (Com., 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.799). Il est en effet délicat d'imposer au client d'établir un fait négatif, en l'occurrence le fait de ne pas avoir utilisé le véhicule sur une certaine période.

§ 4. Droit bancaire

En matière bancaire, la chambre commerciale a régulièrement l'occasion de veiller à l'application de l'article 1315 du code civil et à la répartition de la charge de la preuve entre les parties, laquelle est souvent transmise d'une partie à l'autre au fur et à mesure de l'avancement du débat. Elle s'est également prononcée sur l'étendue du risque que subit celui qui supporte la charge de la preuve.

A. Répartition de la charge de la preuve

En application de l'alinéa 1, aux termes duquel «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver», la chambre commerciale énonce que c'est à l'emprunteur qui invoque la nullité de la stipulation d'intérêt qu'il appartient de démontrer l'existence d'une erreur sur le taux effectif global (Com., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-17.397, *Bull.* 2011, IV, n° 77).

Pour illustrer l'application de l'alinéa 2, aux termes duquel «réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation», peut être citée la jurisprudence selon laquelle, en cas de perte ou de vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire au sens de l'article L. 132-3 du code monétaire et financier d'en rapporter la preuve. Mais, cette jurisprudence, classique en ce qu'elle fait supporter la charge de la preuve de l'existence de la faute lourde à celui qui s'en prévaut pour s'exonérer de son obligation de paiement, a aussi défini ce que n'est pas la faute lourde (la circonstance que la carte a été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute : Com., 2 octobre 2007, pourvoi n° 05-19.899, *Bull.* 2007, IV, n° 208 ; 1^{re} Civ., 28 mars 2008, pourvoi n° 07-10.186, *Bull.* 2008, I, n° 91 ; Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-13.571 ; Com., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.534), alourdissant, certes, pour la banque le risque résultant de la charge de la preuve, mais dispensant le titulaire de la carte de supporter la charge de la preuve, quasi impossible, de son absence de faute lourde. Une telle jurisprudence paraît tout à fait adaptée à l'ingéniosité des fraudeurs qui parviennent

à percer les données informatiques confidentielles pour découvrir le code de la carte sans que le titulaire ait commis aucune imprudence.

L'attribution de la charge de la preuve n'est toutefois pas toujours opérée en fonction de l'identité de celui qui se prévaut d'un fait : ainsi, la charge de la preuve de la contre-passation d'un effet de commerce ne repose pas nécessairement sur celui qui se prévaut de la contre-passation, mais au contraire sur celui qui fonde sa demande sur l'effet de commerce. Ainsi, la banque, qui invoque un effet de commerce pour en demander paiement, supporte la charge de la preuve de l'absence de sa contre-passation en compte, celle-ci valant paiement (Com., 4 juin 1985, pourvoi n° 84-11.977, *Bull.* 1985, IV, n° 177), mais uniquement lorsqu'elle a lieu avant la clôture du compte. En effet, effectuée après la clôture du compte courant ou après le redressement ou la liquidation judiciaire du remettant (Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 00-10.366), la contre-passation ne vaut plus paiement et ne fait pas perdre au banquier escompteur la propriété de l'effet litigieux impayé et ses recours cambiaires. Dès lors, il appartient à la banque, qui sollicite de l'avaliste paiement de billets à ordre qu'elle a contre-passés au compte courant du débiteur principal, d'établir que cette contre-passation a eu lieu après la clôture du compte et ne vaut dès lors plus paiement (Com., 15 février 2011, pourvoi n° 10-30.102). De telles solutions rejoignent les cas dans lesquels (L. Ruet, « Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial », *RTD com.* 1991, p. 151) l'imputation du risque de preuve est fondée sur l'appréciation par le juge du caractère normal ou anormal de la situation. En effet, faire supporter à la banque, qui fonde sa demande en paiement sur un effet de commerce, la charge de la preuve que celui-ci peut encore être opposé utilement et non pas imposer au débiteur cambiaire celle de prouver qu'il aurait déjà été payé par l'effet d'une contre-passation résulte manifestement, d'une part, du fait que la contre-passation des effets de commerce est une pratique très courante, de sorte qu'il doit être certain qu'elle n'ait pas eu lieu pour que la demande en paiement puisse être accueillie et, d'autre part, du fait que la banque est la partie ayant le plus de facilité à apporter cette preuve.

Au contraire, lorsque le titulaire d'un compte agit en responsabilité à l'encontre de la banque au motif qu'elle a contre-passé de manière tardive des effets de commerce, il supporte la charge de la preuve (Com., 21 février 2012, pourvoi n° 10-27.625). En effet, dans un tel cas, c'est bien lui qui invoque, au soutien d'une demande en paiement, tant l'existence de la contre-passation que son caractère tardif.

B. Transmission de la charge de la preuve

L'un des domaines dans lesquels s'illustre particulièrement la transmission de la charge de la preuve d'une partie à l'autre selon l'état d'avancement du débat est celui de l'obligation de mise en garde de la banque dans la fourniture de crédit : ainsi, il appartient à l'emprunteur ou à la caution qui invoque le manquement d'une banque à son obligation de mise en garde d'apporter la preuve de la disproportion de son engagement par rapport à ses capacités financières (Com., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-14.533) ou d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi du crédit (Com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-11.270; Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-15.796; Com., 15 février 2011, pourvoi n° 09-16.526), condition de l'existence de l'obligation de mise en garde de la banque. En revanche, il appartient à la banque, qui soutient être dispensée de cette obligation, de prouver que l'emprunteur ou la caution est averti(e) (Com., 17 novembre

2009, pourvoi n° 08-70.197, *Bull.* 2009, IV, n° 144). Dans un tel cas, il appartient alors à l'emprunteur ou à la caution – averti(e) – d'établir que la banque avait, sur ses revenus et son patrimoine ou ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles, des informations que lui-même (elle-même) aurait ignorées (Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-18.619, *Bull.* 2002, IV, n° 136; Com., 8 mars 2011, pourvoi n° 09-12.830), condition de l'existence de l'obligation de mise en garde de la banque à l'égard de ses clients avertis.

Lorsqu'est établie la preuve de l'existence de l'obligation de mise en garde de la banque, il appartient alors à cette dernière de prouver avoir rempli son obligation (Com., 17 novembre 2009, pourvoi n° 08-70.197, *Bull.* 2009, IV, n° 144; Com., 11 décembre 2007, pourvoi n° 03-20.747, *Bull.* 2007, IV, n° 260). Sur ce point, l'attribution de la charge de la preuve est la même que celle dégagée pour l'obligation d'information en matière médicale (1^{re} Civ., 25 février 1997, pourvoi n° 94-19.685, *Bull.* 1997, I, n° 75) et reprise pour l'obligation d'information de la banque (Com., 13 septembre 2011, pourvoi n° 10-18.980) ou du vendeur professionnel (1^{re} Civ., 28 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.913, *Bull.* 2010, I, n° 215), ainsi que pour l'obligation de conseil de la banque (Com., 22 mars 2011, pourvoi n° 10-13.727, *Bull.* 2011, IV, n° 48, *Bull. Joly Bourse* n° 7, 1^{er} juillet 2011, p. 435, note 209 par M. Cohen-Branche) lorsque cette dernière y est tenue. Une telle attribution de la charge de la preuve au débiteur de l'obligation évite d'imposer au créancier la charge de la preuve du fait négatif de l'absence d'exécution de l'obligation, la fameuse « preuve diabolique ».

Par contre, lorsque l'octroi abusif d'un crédit de démarrage est invoqué au soutien d'une action en responsabilité dirigée contre une banque, la chambre commerciale n'adopte pas la même solution, en ce qu'elle n'impose pas à celui qui s'en prévaut la charge de la preuve de ce caractère abusif. Elle a ainsi décidé que c'est sans inverser la charge de la preuve qu'une cour d'appel a pu décider que la responsabilité d'une caisse était engagée, après avoir relevé qu'elle avait accordé un prêt à une société, avant toute activité, pour en permettre le démarrage, sans que lui fussent présentés des éléments comptables prévisionnels, et retenu qu'elle n'était pas en mesure d'apprécier l'adaptation de ce crédit aux capacités financières de la société, appréciations faisant ressortir son comportement fautif (Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-25.904, *Bull.* 2012, IV, n° 76).

Un autre exemple est celui de l'application de l'article 2314 du code civil déchargeant la caution en cas de perte du bénéfice de subrogation. Pour pouvoir invoquer ce texte, la caution doit établir la perte de la possibilité d'être subrogée dans un droit préférentiel, et ce par le fait fautif du créancier, tandis que pour éviter la déchéance de ses droits, il appartiendra à celui-ci d'établir que la subrogation, devenue impossible, n'aurait pas pu être efficace (Com., 27 février 1996, pourvoi n° 94-14.313, *Bull.* 1996, IV, n° 68) ou que la perte alléguée du droit préférentiel n'a causé aucun préjudice à la caution (Com., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-17.789; Com., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.113) ou encore que cette perte ne provient pas de son fait exclusif (Com., 5 février 2008, pourvoi n° 07-10.796).

C. *Quantum des intérêts perdus*

Le risque auquel s'expose celui supportant la charge de la preuve est de succomber en sa prétention ou son moyen de défense. Parfois, la succombance n'est que partielle : par exemple, après le prononcé d'une déchéance du droit aux intérêts, s'est posée la

question de savoir qui devait établir le montant des intérêts dont était déchu la banque et quelle pouvait être la conséquence de l'absence de production d'un document sollicité avant dire droit par le juge qui, dans le cadre de son office, essayait de déterminer le montant de la créance due par le débiteur : c'est au créancier qui agit en paiement d'établir le montant de sa créance, dans toutes ses composantes (Com., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-12.504). Si le juge ne peut refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance de preuve que le créancier lui soumettrait (2^e Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 07-10.484; 3^e Civ., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-11.911; Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.264), il peut rejeter la demande de la partie qui s'abstiendrait de produire le document qu'il a sollicité, s'il en résulte que le montant de la créance ne peut être établi (Com., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-11.486; Com., 26 mai 2004, pourvoi n° 01-15.378) ou retenir que le seul document produit par le créancier, qui ne satisfait pas aux exigences de l'arrêt avant dire droit ordonnant la production d'un décompte détaillé, ne lui permet de faire droit à la demande qu'à concurrence d'une certaine somme (Com., 5 juin 2012, précité).

Section 2 – En matière fiscale

Les dispositions applicables en matière fiscale procèdent à une répartition de la charge de la preuve entre, d'une part, l'administration et, d'autre part, le contribuable (§ 1). Lorsque le montant dû par ce dernier fait l'objet d'un redressement, la charge de la preuve repose alors essentiellement sur l'administration (§ 2).

§ 1. Principes généraux de répartition de la charge entre contribuable et administration fiscale

De manière générale, la charge de la preuve incombe, en matière fiscale, soit à l'administration, soit au contribuable, selon la manière dont l'imposition litigieuse a été établie, ainsi que cela résulte des articles L. 191 à L. 195 A du livre des procédures fiscales et d'une jurisprudence essentiellement due à la juridiction administrative.

L'article L. 191 édicte ainsi le principe selon lequel, « lorsque l'imposition a été établie selon la procédure forfaitaire, la charge de la preuve incombe au contribuable qui demande la réduction de l'imposition ».

L'article L. 192 énonce quant à lui que « lorsque l'une des commissions visées à l'article L. 59 est saisie d'un litige ou d'une rectification, l'administration supporte la charge de la preuve en cas de réclamation, quel que soit l'avis rendu par la commission. Toutefois, la charge de la preuve incombe au contribuable lorsque la comptabilité comporte de graves irrégularités et que l'imposition a été établie conformément à l'avis de la commission. La charge de la preuve des graves irrégularités invoquées par l'administration incombe, en tout état de cause, à cette dernière lorsque le litige ou la rectification est soumis au juge. Elle incombe également au contribuable à défaut de comptabilité ou de pièces en tenant lieu, comme en cas de taxation d'office à l'issue d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle en application des dispositions des articles L. 16 et L. 69 ».

En application de ce texte, la chambre commerciale a considéré que les irrégularités qui entachent la procédure suivie devant la commission départementale de conciliation

au regard des dispositions des articles L. 55 à L. 61 et L. 192 du livre des procédures fiscales et qui affectent la validité de l'avis émis par la commission ont pour seul effet de laisser la preuve à la charge de l'administration (Com., 15 décembre 1986, pourvoi n° 85-12.270, *Bull.* 1986, IV, n° 239), ou encore que, dès lors que la commission départementale de conciliation, prévue à l'article 1653 A du code général des impôts, ne rend pas un avis en se déclarant incompétente, l'administration fiscale n'a pas à supporter la charge de la preuve en cas de réclamation (Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 10-18.471, *Bull.* 2011, IV, n° 119).

L'article L. 193 prévoit encore que « dans tous les cas où une imposition a été établie d'office la charge de la preuve incombe au contribuable qui demande la décharge ou la réduction de l'imposition ». La chambre commerciale a ainsi retenu « qu'ayant relevé que les trois exemples de cessions d'emplacements de stationnement intervenues dans le même quartier à l'époque des impositions, fournies par l'administration fiscale, ne pouvaient être écartés sur le fondement d'une "incohérence" dès lors que l'expert n'étayait ses affirmations sur aucune vente de locaux comparables ni aucune étude de vente d'emplacements de stationnement, le Tribunal a ainsi fait ressortir que Mme X... ne rapportait pas la preuve qui lui incombait, en application de l'article L. 193 du livre des procédures fiscales, s'agissant d'une imposition établie par voie de taxation d'office, d'éléments de comparaison de nature à remettre en cause les évaluations de l'administration » (Com., 22 février 2000, pourvoi n° 97-17.821, *Bull.* 2000, IV, n° 37). Elle a également rappelé qu'il incombait au contribuable d'apporter la preuve du caractère exagéré de l'imposition établie par taxation d'office en matière d'impôt de solidarité sur la fortune, relativement à l'évaluation de la valeur d'un immeuble (Com., 7 mars 2000, pourvoi n° 97-15.564, *Bull.* 2000, IV, n° 52). Par ailleurs, la charge de la preuve incombe au contribuable dans les principaux cas suivants : lorsque l'imposition a été établie avec son accord, soit d'après les bases indiquées dans la déclaration qu'il a souscrite ou dans l'acte qu'il a présenté, soit avec son accord exprès ou tacite (notamment après procédure de rehaussement) ; lorsque l'intéressé invoque certaines situations entraînant par elles-mêmes un allègement de l'impôt (par exemple, charges de famille) ; en matière de droits d'enregistrement, lorsque l'imposition a été établie en application d'une présomption légale. Ainsi, pour des exemples d'application de ces règles par la chambre commerciale : lorsque l'imposition contestée a été établie sur la base d'un acte notarié enregistré, la charge de la preuve de l'application du taux réduit de l'article 710 du code général des impôts incombe au contribuable (Com., 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-13.127, *Bull.* 2001, IV, n° 17) ; le juge inverse la charge de la preuve en faisant droit à une demande de restitution de droits d'enregistrement établis selon le contenu d'un acte de cession faisant apparaître une « convention de successeur », au motif que l'administration n'a pas démontré que l'activité des deux sociétés en cause était identique, condition nécessaire à l'applicabilité de l'article 720 du code général des impôts, mais s'il appartient à l'administration de démontrer le bien-fondé de l'application de l'article 720 dudit code en matière de convention de successeur, il incombe au redevable qui demande la restitution des droits perçus sur une telle convention d'établir la différence d'activité exercée par les deux contractants (Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-13.995) ; la circonstance que le contribuable n'ait pas répondu à la notification de redressements dans le délai de trente jours ne fait pas obstacle à ce qu'il obtienne la décharge de l'imposition en démontrant le caractère excessif (Com., 27 février 1990, pourvoi n° 88-13.934, *Bull.* 1990, IV, n° 57).

Enfin, l'article L. 195 A fait peser sur l'administration la preuve de la mauvaise foi et des manœuvres frauduleuses, « en cas de contestation des pénalités fiscales appliquées à un contribuable au titre des impôts directs, de la taxe sur la valeur ajoutée et des autres taxes sur le chiffre d'affaires, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière et du droit de timbre ».

Il convient de souligner que la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré, comme le Conseil d'État l'avait fait par arrêt du 12 mars 1980 (CE, 12 mars 1980, n° 15168, publié au *Recueil Lebon*) que ces règles gouvernant la preuve ne sont pas des règles de procédure qui seraient applicables aux instances en cours, mais au contraire des règles qui touchent le fond du droit (Com., 7 novembre 1989, pourvoi n° 88-15.282, *Bull.* 1989, IV, n° 281).

Par ailleurs, tous les modes de preuve sont admis, à condition toutefois de respecter le caractère écrit de la procédure (Com., 5 janvier 1988, pourvoi n° 86-12.749, *Bull.* 1988, IV, n° 3, à propos de la preuve de l'achèvement de travaux, où il est relevé que l'exclusion de la preuve testimoniale n'interdit pas aux juges du fond de constater les faits selon des présomptions graves, précises et concordantes invoquées dans les mémoires produits par les parties ou selon des attestations annexées à ces mémoires; Com., 4 décembre 1990, pourvoi n° 88-18.566, *Bull.* 1990, IV, n° 307, au sujet de la preuve, par l'administration, de la fictivité d'une quittance de paiement; Com., 10 février 1998, pourvoi n° 96-12.941, *Bull.* 1998, IV, n° 67, où il est dit que, contestant l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit, il incombait à une société, qui demandait la décharge des droits d'établir, par tous moyens de preuve compatible avec le caractère écrit de la procédure, que les cessions qu'elle avait consenties à une autre société n'étaient pas constitutives d'abus de droit, c'est-à-dire qu'elles présentaient, outre l'intérêt de la dispenser du paiement de droits de mutation, un intérêt d'ordre économique ou commercial; Com., 14 mars 2006, pourvoi n° 04-11.647, *Bull.* 2006, IV, n° 68, par lequel la chambre commerciale rappelle que l'exclusion de la preuve testimoniale n'interdit pas aux juges de constater les faits selon des attestations annexées aux mémoires produits par les parties).

§ 2. Dispositions spécifiques à certains redressements

L'article L. 55 du livre des procédures fiscales permet à l'administration fiscale, lorsqu'elle constate une insuffisance, une inexactitude, une omission ou une dissimulation dans les éléments servant de base au calcul des impôts, droits, taxes, redevances ou sommes quelconques dues en vertu du code général des impôts ou de l'article L. 2333-55-2 du code général des collectivités territoriales, de procéder aux rectifications correspondantes, qui sont alors effectuées suivant la procédure de rectification contradictoire définie aux articles L. 57 à L. 61 A.

Et de manière générale, la preuve incombe à l'administration, lorsque la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires ou la commission départementale de conciliation n'ont pas été saisies du litige; lorsque la commission départementale de conciliation a été saisie du litige, quel que soit le sens de l'avis rendu; lorsque la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires a été saisie du litige et que la comptabilité présentée est régulière ou que la comptabilité présentée étant gravement irrégulière, l'administration n'a pas suivi l'avis de cet organisme; lorsque le service invoque le fait que le contribuable n'a

pas présenté sa comptabilité ou que celle-ci comporte de graves irrégularités; enfin, lorsque l'administration a usé des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales sans prendre l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit ou n'a pas suivi cet avis.

Outre les exemples déjà évoqués, on trouve des arrêts de la chambre commerciale faisant application de ces règles, trop nombreux pour être repris dans leur intégralité, mais parmi lesquels il est possible de citer : Com., 11 février 1992, pourvoi n° 89-14.079, *Bull.* 1992, IV, n° 65 (où il est rappelé que l'administration fiscale, qui notifie un redressement au conjoint survivant au titre de la réintégration dans la succession de son époux d'une récompense à la charge de la communauté légale ayant existé entre eux, pour le profit tiré des produits de ventes de biens propres au conjoint prédécédé, doit rapporter la preuve, qui incombe à celui qui demande la récompense, de la réalité et de l'étendue du profit tiré par la communauté d'une utilisation des produits de chacune des ventes des biens propres litigieux, cette preuve devant être rapportée par l'administration dès la notification du redressement); Com., 25 février 1992, pourvoi n° 90-15.244, *Bull.* 1992, IV, n° 93 (il appartient à l'administration d'établir, dès la notification du redressement, le bien-fondé de ses prétentions tendant à la déchéance du régime de faveur obtenu par le contribuable, et alors que le jugement relève que l'administration ne verse aux débats aucun document relatif à la situation de fait, le tribunal a inversé la charge de la preuve); Com., 15 juillet 1992, pourvoi n° 90-12.066, *Bull.* 1992, IV, n° 273 (dont il résulte que la mise en œuvre de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales est exclusive de la taxation d'office, en raison de ses conditions d'application, des garanties accordées au contribuable et des sanctions prévues, et que viole les articles L. 55 et L. 64 du livre des procédures fiscales le tribunal qui rejette l'opposition d'un contribuable à l'avis de mise en recouvrement émis à son encontre pour obtenir le paiement d'une taxation d'office, alors que l'administration fiscale entendait en l'espèce rétablir le véritable caractère d'une opération réalisée par le contribuable et se prévalait ainsi des dispositions du second de ces textes); par un raisonnement *a contrario*, Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 10-18.471, *Bull.* 2011, IV, n° 119 (ayant constaté que la commission de conciliation s'était déclarée incompétente, une cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci n'avait pas rendu d'avis et que l'administration n'avait pas à supporter la charge de la preuve).

Parmi les exemples on peut encore relever :

– en matière d'évaluation de la valeur vénale d'un bien, qu'il appartient à l'administration d'apporter la preuve de l'insuffisance du prix ou de l'évaluation (Com., 19 juin 1990, pourvoi n° 89-10.394, *Bull.* 1990, IV, n° 184; Com., 28 janvier 1992, pourvoi n° 89-19.385, *Bull.* 1992, IV, n° 42; Com., 12 février 2008, pourvoi n° 07-10.242, *Bull.* 2008, IV, n° 37 : dès lors que, pour évaluer la valeur vénale d'immeubles indivis ayant le statut de monuments historiques, la comparaison n'est pas possible en l'absence de marché de biens similaires en fait ou en droit, l'administration peut utiliser d'autres méthodes, comme celle de l'abattement); qu'en revanche, la charge de la preuve incombe au contribuable lorsque l'imposition a été établie d'après les bases indiquées dans la déclaration qu'il a souscrite ou dans l'acte qu'il a présenté (voir, par exemple, Com., 12 février 2002, pourvoi n° 99-10.647, non publié, mais visé expressément par l'administration fiscale dans sa documentation de base, d'où il se déduit que c'est au contribuable de démontrer que la valeur déclarée par lui n'était pas la valeur vénale réelle de

l'immeuble litigieux compte tenu de la situation de fait et de droit dans laquelle l'immeuble se trouvait avant la survenance du fait générateur de l'impôt);

– que, lorsque l'administration entend, sur le fondement de l'article 750 du code général des impôts, réintégrer à l'actif successoral imposable des sommes retirées des comptes bancaires du *de cuius*, il lui incombe de rapporter la preuve de ce que les sommes litigieuses ont été conservées par le défunt jusqu'au jour de son décès (Com., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-21.160, *Bull.* 2012, IV, n° 135 : il appartient à l'administration fiscale de démontrer que les sommes retirées des comptes du défunt ont été conservées dans son patrimoine jusqu'au jour de son décès, de sorte que la cour d'appel, qui a imposé au redevable d'établir la destination de ces sommes, a inversé la charge de la preuve ; Com., 1^{er} juin 1993, pourvoi n° 91-17.682 ; Com., 1^{er} avril 1997, pourvoi n° 95-13.257, *Bull.* 1997, IV, n° 92 ; Com., 19 septembre 2006, pourvoi n° 03-16.962 ; Com., 23 septembre 2008, pourvoi n° 07-17.065), la Cour de cassation précisant que cette preuve peut se faire par tous moyens, notamment par présomptions, les juges du fond appréciant souverainement, aux termes d'un examen concret, la pertinence des éléments produits par les parties (Com., 23 septembre 2008, précité). La preuve de la conservation des sommes par le *de cuius* peut ainsi résulter d'un faisceau d'indices concordants tels que le bref délai entre les retraits et le décès (Com., 13 décembre 1994, pourvoi n° 93-12.797), la disproportion des sommes retirées avec le train de vie habituel du défunt (même arrêt) ou encore l'absence d'emploi connu des sommes retirées par le défunt (Com., 4 juillet 1995, pourvoi n° 94-10.368). Les contribuables, lorsqu'ils entendent alléguer des faits démontrant le défaut de conservation des sommes en cause par le défunt, ont alors à prouver ces faits conformément à l'article 9 du code de procédure civile, le juge se prononçant sur la pertinence et la crédibilité respective des thèses en présence et des arguments avancés et pouvant ainsi décider si les présomptions avancées par les parties sont ou non opportunes (Com., 12 janvier 1999, pourvoi n° 97-11.707).

Section 3 – En droit privé de la santé

Le droit de la responsabilité appliqué aux questions de santé est à l'origine de nombreuses règles relatives à l'attribution de la charge de la preuve qu'il s'agisse de la preuve concernant des infections nosocomiales (§ 1), de la preuve du dommage causé par un produit défectueux (§ 2) ou de la preuve de la délivrance de l'information médicale (§ 3).

§ 1. Infections nosocomiales : preuve du lien causal entre hospitalisation et pathologie constatée

La Cour de cassation avait mis à la charge des établissements de santé privés et des professionnels de santé une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale, dont ils ne pouvaient s'exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère ([établissement de santé] 1^{re} Civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-14.254, *Bull.* 1999, I, n° 220 ; [médecin] 1^{re} Civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-15.818, *Bull.* 1999, I, n° 222).

Le législateur de 2002 a entériné cette jurisprudence, mais uniquement à l'égard des établissements de santé, la responsabilité des médecins ne pouvant être engagée, conformément au droit commun, que pour faute.

Dans les deux régimes successifs, issus de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, et de la loi n° 2002-1577 du

30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale, il incombe aux patients de démontrer le caractère nosocomial de l'infection, ce qui, en l'absence de définition donnée par le législateur, revient à établir qu'elle a été contractée au sein de l'établissement, même si l'intervention n'a fait qu'activer des germes déjà présents dans l'organisme (1^{re} Civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-17.491, *Bull.* 2006, I, n° 191 ; 1^{re} Civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-10.812, *Bull.* 2007, I, n° 233). Cette preuve peut être faite par tous moyens (1^{re} Civ., 27 mars 2001, pourvoi n° 99-17.672, *Bull.* 2001, I, n° 87), y compris par des présomptions graves, précises et concordantes (1^{re} Civ., 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-13.791, *Bull.* 2008, I, n° 245), dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond (1^{re} Civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-12.066, *Bull.* 2005, I, n° 276 ; 26 mai 2011, pourvoi n° 10-17.446 ; 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-67.465, pour une méningite contractée par un nouveau-né pendant son séjour à la maternité).

Un important allègement a été mis en œuvre par un arrêt du 17 juin 2010 (1^{re} Civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-67.011, *Bull.* 2010, I, n° 137) selon lequel, « lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection ».

§ 2. Produits de santé défectueux : preuve du lien causal entre usage du produit ou exposition au produit et pathologie constatée

La question de l'indemnisation des victimes de produits de santé défectueux (la question du matériel que le médecin utilise pour l'exercice d'une activité, très complexe en raison de la jurisprudence de la CJUE et qui touche au fond du droit, n'est pas ici traitée) s'est posée à l'occasion de nombreux scandales sanitaires : contaminations transfusionnelles par le virus du sida (VIH) ou de l'hépatite C (VHC), encéphalopathies dues à l'administration d'hormones de croissance, scléroses en plaques survenues après un vaccin contre l'hépatite B, malformations attribuées au contact avec le diéthylstilbestrol (DES, commercialisé principalement sous le nom de Distilbène) pendant la période de gestation, ou, en dernier lieu, graves pathologies pulmonaires dues à la prise de benfluorex (commercialisé sous le nom de Mediator). Les litiges auxquels ils donnent lieu obéissent à des régimes juridiques complexes, du fait notamment de la transposition tardive de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, de sorte que la jurisprudence a dû interpréter le droit de la responsabilité à la lumière de ce texte, avant sa transposition.

La preuve de la causalité, qui incombe, selon le droit commun de la responsabilité, à la victime du dommage, est particulièrement délicate, compte tenu du caractère multifactoriel des dommages de santé. Le législateur est parfois intervenu pour en alléger la charge, notamment s'agissant des procédures amiables devant les fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH (FITH) (loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991), dont les obligations ont été transférées à l'office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 ou par l'article L. 1221-14 du code de la santé publique pour les victimes du VHC. On ajoutera les dispositifs relatifs aux vaccinations obligatoires (article L. 3111-9 du code de

la santé publique), à la vaccination contre la grippe A (article L. 3131-1), à l'hormone de croissance (article L. 1142-22) ou au benfluorex (articles L. 1142-24-1 et suivants issus de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011).

Mais il est revenu à la jurisprudence d'instaurer une présomption de causalité, en particulier, depuis des arrêts de 2001 et de 2002, en matière de fourniture de produits sanguins contaminés (1^{re} Civ., 9 mai 2001, pourvois n° 99-18.161 et n° 99-18.514, *Bull.* 2001, I, n° 130). Selon cette jurisprudence, lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine dont la responsabilité est recherchée de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis étaient exempts de tout vice (voir aussi 1^{re} Civ., 17 juillet 2001 [2 arrêts], pourvoi n° 00-10.299, *Bull.* 2001, I, n° 234 et pourvoi n° 00-10.883, *Bull.* 2001, I, n° 234; 1^{re} Civ., 18 juin 2002, pourvoi n° 01-00.381, *Bull.* 2002, I, n° 169; 1^{re} Civ., 10 juillet 2002, pourvoi n° 01-02.132, *Bull.* 2002, I, n° 198).

Hors cette présomption de causalité, la jurisprudence a admis que la preuve du défaut du produit, et du lien de causalité entre le dommage et ce produit, pouvait être apportée par des présomptions de l'homme (1^{re} Civ., 5 avril 2005, pourvois n° 02-11.947 et n° 02-12.065, *Bull.* 2005, I, n° 173; 1^{re} Civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-16.648, *Bull.* 2006, I, n° 35).

Une question particulièrement délicate s'est cependant présentée dans des situations d'incertitude scientifique, où le lien entre le produit et la pathologie n'avait pas été démontré par des études validées. La causalité juridique pouvait-elle être établie là où la causalité médicale ne l'était pas? C'est ainsi que de nombreux arrêts concernent des personnes qui, à la suite d'un vaccin contre l'hépatite B, avaient contracté une sclérose en plaques, et parfois d'autres maladies neurologiques.

Dans un premier temps, la Cour de cassation avait estimé que, dans cette situation, le lien de causalité entre le dommage et le produit ne pouvait être prouvé, ce qui revenait à débouter systématiquement les victimes (1^{re} Civ., 23 septembre 2003, pourvoi n° 01-13.063, *Bull.* 2003, I, n° 188).

Puis elle a retenu, opérant un revirement, qu'il incombait aux juges du fond de rechercher si les éléments de preuve apportés par les victimes constituaient des présomptions graves, précises et concordantes (1^{re} Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 05-20.317, *Bull.* 2008, I, n° 148 et pourvoi n° 06-10.967, *Bull.* 2008, I, n° 149), les juges ne pouvant se limiter à une approche purement probabiliste déduite de l'absence de lien scientifique et statistique entre la vaccination et le développement de la maladie (pourvoi n° 05-20.317 précité). Ils ne peuvent non plus exiger en l'espèce une causalité certaine (1^{re} Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781, *Bull.* 2009, I, n° 141).

Ce progrès pour les droits des victimes a été en grande partie neutralisé par le régime de la preuve par présomptions, laquelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, de sorte que les pourvois contre les décisions de cour d'appel ayant estimé le lien causal non établi sont en général voués à l'échec : voir, par exemple, pour un syndrome de Guillain-Barré apparu après vaccination contre l'hépatite B, 1^{re} Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.449, *Bull.* 2009, I, n° 11; pour des cas de scléroses en plaques après vaccination contre l'hépatite B, 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-14.493 (un autre arrêt du même jour, 1^{re} Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-11.073, *Bull.* 2009, I,

n° 176, approuve la cour d'appel d'avoir retenu le lien de causalité); 1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.097, *Bull.* 2009, I, n° 185; 1^{re} Civ., 25 novembre 2010, pourvoi n° 09-16.556, *Bull.* 2010, I, n° 245; 1^{re} Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.289; 26 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.195. L'arrêt du 25 novembre 2010 précité, publié au *Rapport*, approuve la cour d'appel ayant estimé « qu'en l'absence de consensus scientifique en faveur d'un lien de causalité entre la vaccination et les affections démyélinisantes, le fait que [la personne vaccinée] ne présentait aucun antécédent personnel ou familial et le fait que les premiers symptômes étaient apparus quinze jours après la dernière injection ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes en sorte que n'était pas établie une corrélation entre l'affection de [la personne vaccinée] et la vaccination ».

La jurisprudence judiciaire se démarque désormais de celle du Conseil d'État qui contrôle, au regard des éléments de fait, tels le bref délai entre la vaccination et la date des premiers symptômes, voire l'aggravation de symptômes antérieurs lorsque la pathologie s'est « à la suite de la vaccination, développée avec une ampleur et à un rythme qui n'étaient pas normalement prévisibles au vu des atteintes que présentait la personne antérieurement à celle-ci », l'absence d'erreur de droit dans l'appréciation de la causalité par les premiers juges (CE, 13 février 2012, n° 331348; CE, 17 février 2012, n° 331277).

Les affaires dites du Distilbène posent en outre avec acuité la question du risque de la preuve pour les victimes. En effet, s'il ne fait aucun doute, sur le plan scientifique, que certaines malformations utérines ou certains types de cancers dont sont atteintes des femmes, actuellement en âge de procréer, sont en relation directe avec le DES, il existe une difficulté majeure pour ces victimes du fait qu'elles ne disposent pas des documents nécessaires pour démontrer que cette molécule a bien été prescrite à leur mère pendant la grossesse, sous la forme de la spécialité précitée, ou d'une autre, distribuée par un autre laboratoire et également sur le marché à la même époque.

Après qu'un arrêt du 7 mars 2006 (1^{re} Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-16.179, *Bull.* 2006, I, n° 142) a retenu la responsabilité du fabricant pour avoir manqué à son obligation de vigilance, deux arrêts du 24 septembre 2009 ont jeté les bases d'une solution équilibrée. S'il appartient en effet à la victime de prouver qu'elle a été exposée au médicament litigieux, preuve qui n'est pas rapportée dès lors que la cour d'appel a constaté que le DES n'était pas la seule cause possible de la pathologie dont elle souffrait (1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-10.081, *Bull.* 2009, I, n° 186; voir, depuis, 1^{re} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-15.759), la première chambre civile retient que, dès lors que le DES a bien été la cause directe de la pathologie tumorale, et partant, que la demanderesse a été exposée *in utero* à la molécule litigieuse, il appartient alors à chacun des laboratoires ayant mis sur le marché un produit contenant la molécule litigieuse de prouver que son produit n'est pas à l'origine du dommage (1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.305, *Bull.* 2009, I, n° 187; 1^{re} Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.837, *Bull.* 2010, I, n° 22).

§ 3. Preuve de l'information médicale

La Cour de cassation, qui faisait traditionnellement peser sur le patient la preuve du défaut d'information médicale (1^{re} Civ., 21 février 1961, pourvoi n° 59-10.825, *Bull.* 1961, I, n° 115), a jugé, par un revirement spectaculaire, au visa de l'article 1315 du code civil, qu'il appartenait au médecin, tenu d'une obligation particulière d'information quant

aux risques inhérents à l'acte médical, de rapporter la preuve de son exécution (1^{re} Civ., 25 février 1997, pourvoi n° 94-19.685, *Bull.* 1997, I, n° 75). Il a été rapidement précisé que cette preuve pouvait être rapportée par tous moyens (1^{re} Civ., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-19.609, *Bull.* 1997, I, n° 278).

Le législateur devait ensuite reprendre la jurisprudence à son compte dans l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, désormais visé dans les arrêts les plus récents de la première chambre civile, afin de marquer le fondement légal de la responsabilité encourue, substitué au fondement contractuel mis en place par la jurisprudence antérieure.

Si le professionnel de santé ne peut se prévaloir de simples allégations (1^{re} Civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-70.221), ni du seul délai qui s'est écoulé entre deux consultations (1^{re} Civ., 28 octobre 2010, pourvoi n° 09-13.990), la Cour de cassation a jugé qu'une cour d'appel pouvait se fonder sur les circonstances de l'intervention pour retenir que le praticien avait rempli son obligation d'information, lorsqu'il résultait de l'expertise et de ses constatations que la patiente, atteinte de séquelles après une intervention d'arthrodèse des vertèbres en janvier 2005, avait déjà subi une telle intervention par le même chirurgien avec un résultat favorable, qu'elle était suivie par lui depuis l'année 2000, que les douleurs lombaires étant réapparues en 2002, elle l'avait revu à cette époque puis à de très nombreuses reprises avant que soit posée l'indication chirurgicale, face à la résistance de la symptomatologie au traitement médical et à la rééducation après trois années d'essai, que chaque consultation était suivie d'une lettre du chirurgien adressée au médecin traitant, qu'il avait prescrit une IRM lombaire et que l'intervention n'avait été programmée qu'après une nouvelle consultation (1^{re} Civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18.928, *Bull.* 2012, I, n° 130). Lorsque la patiente, parfaitement informée des risques liés à sa séropositivité, a dissimulé son état à l'établissement où elle devait accoucher, aucune faute ne peut être établie à l'égard de ce dernier (1^{re} Civ., 20 janvier 2011, pourvoi n° 09-68.042).

Section 4 – En droit de la sécurité sociale

Dans de nombreux cas, la question de l'attribution de la charge de la preuve oppose l'organisme de sécurité sociale et le cotisant ou redevable. Le contentieux du redressement des cotisations de sécurité sociale (§ 1), celui du recouvrement de l'indu (§ 2) et celui de la preuve de la date d'une décision (§ 3) l'attestent. Dans d'autres litiges, ce sont les rapports entre le salarié et l'employeur qui soulèvent des questions d'attribution du risque de la preuve. Tel est par exemple le cas s'agissant de la charge de la preuve d'une faute inexcusable (§ 4).

§ 1. Preuve en matière de redressement des cotisations de sécurité sociale

En cas de redressement des cotisations de sécurité sociale, deux questions probatoires peuvent notamment se poser, celle d'une prise de position de l'administration (A) et celle d'une comptabilité du redevable susceptible d'être écartée (B).

A. Preuve du silence circonstancié de l'agent de contrôle

Pour faire échec à un redressement dûment fondé des cotisations et contributions à sa charge, le redevable peut opposer, lors d'un contrôle effectué par l'organisme de

recouvrement, l'approbation de la pratique suivie au sein de son entreprise par le représentant de l'organisme lors d'un précédent contrôle. Initialement formulée par la Cour de cassation, cette faculté découle aujourd'hui des dispositions insérées dans le corps de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale (dernier alinéa) par le décret n° 99-434 du 28 mai 1999. Elle est ouverte non seulement lorsque le redevable peut exciper d'une approbation expresse de sa pratique, résultant, par exemple, des termes mêmes des rapports et documents établis lors du précédent contrôle, mais également lorsqu'il est établi, compte tenu des documents et éléments dont disposait l'agent chargé du précédent contrôle, que ce dernier était en mesure de relever les irrégularités commises par le redevable. C'est toutefois au redevable qu'il appartient de rapporter la preuve du silence circonstancié de l'agent chargé du précédent contrôle et, au premier chef, des documents et pièces effectivement en sa possession (pour des applications récentes, voir 2^e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-17.126; 2^e Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.783, *Bull.* 2010, II, n° 23; 2^e Civ., 16 février 2012, pourvoi n° 11-10.690).

B. Preuve de l'insuffisance de la comptabilité de l'assuré

Lorsqu'elle procède au redressement des cotisations et contributions dues par un employeur ou par un travailleur indépendant, l'URSSAF doit, en principe, évaluer les bases des cotisations et prélèvements et calculer le montant des sommes dues en fonction des éléments produits par le redevable. Elle peut toutefois écarter la comptabilité du redevable lorsque celle-ci s'avère inexistante, lacunaire, insuffisante ou insincère, et procéder à l'évaluation d'office des bases du redressement. C'est à l'organisme de recouvrement qu'il appartient de rapporter la preuve des défauts affectant la comptabilité du redevable; à défaut, le redressement opéré sur des bases forfaitaires est entaché de nullité (Soc., 6 février 1997, pourvoi n° 95-15.194; Soc., 27 juin 1996, pourvoi n° 94-14.199; Soc., 23 novembre 2000, pourvoi n° 98-22.035 [1^{er} moyen, 2nde branche], *Bull.* 2000, V, n° 389; Soc., 23 mai 2002, pourvoi n° 00-17.257; 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 05-11.840, *Bull.* 2006, II, n° 234); lorsque le bien-fondé du recours à l'évaluation d'office est établi, c'est en revanche au redevable qu'incombe la preuve du caractère erroné ou exagéré des bases retenues par l'organisme de recouvrement (Soc., 22 mars 1979, pourvoi n° 77-14.319, *Bull.* 1979, V, n° 271; Soc., 23 février 1995, pourvoi n° 92-18.385 [2nd moyen], *Bull.* 1995, V, n° 74, *D.* 1996, somm., p. 43, obs. X. Prétot).

§ 2. Preuve en cas de recouvrement de l'indu

Issues des dispositions de l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, plusieurs fois modifiées et étendues, les dispositions de l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale habilite les organismes d'assurance maladie à recouvrer directement auprès du professionnel ou de l'établissement de santé les indus nés du non-respect des règles de tarification et de facturation des actes, soins et prestations pris en charge au titre des prestations en nature par les régimes d'assurance maladie. La procédure conduit, après contrôle exercé, selon le cas, par les services de l'organisme lui-même, par le service du contrôle médical ou encore par les services de l'agence régionale de santé et discussion contradictoire, à la notification d'un indu par voie de mise en demeure, suivie, le cas échéant, d'une contrainte selon les règles applicables pour le recouvrement forcé des cotisations de sécurité sociale.

La mise en œuvre de ces dispositions a conduit la Cour de cassation à préciser, à raison de l'application des nouvelles règles de tarification et de facturation (classification commune des actes médicaux [CCAM], tarification à l'activité [T2A], liste des produits et prestations de santé [LPPS]), les points suivants :

- c'est à l'organisme d'assurance maladie, auquel revient l'initiative de la demande d'indu, qu'il revient de rapporter la preuve du non-respect des règles de tarification et de facturation par le professionnel ou l'établissement (Soc., 2 avril 1998, pourvoi n° 96-17.055, *Bull.* 1998, V, n° 197 et 8 février 2001, pourvoi n° 99-17.453, *Bull.* 2001, V, n° 51; 2^e Civ., 21 septembre 2004, pourvoi n° 03-30.118, *Bull.* 2004, II, n° 405);
- le professionnel ou l'établissement de santé peut discuter des éléments de preuve produits par l'organisme : la seule circonstance que le compte rendu d'examen ne figure pas au dossier médical du patient ne suffit ainsi pas à fonder une demande de répétition de l'indu (Soc., 17 janvier 2002, pourvoi n° 00-16.162);
- l'appréciation des éléments de fait et de preuve ressortit au pouvoir souverain des juges du fond (2^e Civ., 2 novembre 2004, pourvoi n° 03-30.363; 2^e Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-10.170).

Il appartient d'ailleurs, plus généralement, au juge du fond, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve soumis par les parties, de s'assurer du bien-fondé de la tarification et de la facturation des actes, soins et prestations litigieux, sans qu'il en résulte, ce faisant, une inversion de la charge de la preuve (2^e Civ., 7 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.661; 2^e Civ., 16 décembre 2010, pourvois n° 09-17.188 et n° 09-17.215 [deux arrêts]; 2^e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-16.179, *Bull.* 2011, II, n° 51; 2^e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-16.140; 2^e Civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-21.579). La qualification même des actes au regard de la règle tarifaire est soumise en revanche au contrôle de la Cour de cassation (voir, par exemple, 2^e Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-14.544, *Bull.* 2010, II, n° 92; 2^e Civ., 10 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.924).

§ 3. Preuve de la date de notification d'une décision

Si la jurisprudence met logiquement à la charge de l'organisme de sécurité sociale, lorsque celui-ci entend se prévaloir de la forclusion découlant de l'expiration des délais impartis pour la saisine des juridictions du contentieux général, la preuve de la date de la notification de la décision, ainsi que des mentions qui doivent y être portées (2^e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-70.315, *Bull.* 2011, II, n° 60), aucune décision n'est intervenue, semble-t-il, sur la manière d'administrer la preuve de la réception de la décision de l'organisme lorsque la notification de celle-ci n'a pas fait l'objet d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

§ 4. Preuve de la faute inexcusable

Même s'il bénéficie d'une présomption d'imputabilité de l'accident au travail (article L. 411-1 du code de la sécurité sociale), le demandeur à l'action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur doit établir la faute de ce dernier (A) ainsi que le lien de causalité (B) entre cette faute et l'accident du travail [ou la maladie professionnelle] dont il a été victime.

A. Obligation de sécurité de résultat et éléments constitutifs de la faute

À la définition de la faute inexcusable résultant de l'arrêt «Veuve X...» de 1941 (Cass. ch. réunies, 15 juillet 1941, *D.*, recueil critique, 1941, p. 117, note A. Rouast), la Cour de cassation a substitué, en interprétation de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale et en application de l'article 1147 du code civil, une «obligation non plus de moyen, mais de résultat, pesant sur l'employeur en matière de sécurité» (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17^e éd., 2011, n° 903). La Cour de cassation, depuis ses arrêts «amiante» du 28 février 2002, indique en effet qu'«en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat» et que «le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver» (Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 00-10.051, *Bull.* 2002, V, n° 81, *D.* 2002, p. 2696, note X. Prétot). Par conséquent, la simple survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle suffit à démontrer la non-réalisation de l'obligation de résultat.

Il ressort de cette jurisprudence que sont exigées deux conditions cumulatives pour retenir la faute inexcusable de l'employeur : un acte ou une omission volontaire (1) ainsi que la conscience du danger de l'employeur (2), éléments devant être établis par le demandeur à l'action en faute inexcusable de l'employeur (3).

1. Acte ou omission volontaire de l'employeur

La sécheresse de la formule des arrêts «amiante» du 28 février 2002 aurait pu indiquer que l'omission fautive n'avait plus à présenter un caractère volontaire, le juge se contentant d'une faute matérielle ou objective, déduite du simple constat que le préjudice (accident ou maladie) s'était produit. Mais la Cour de cassation a rappelé «qu'il incombait [à la victime] de prouver que son employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel [était exposé le salarié] n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver» (2^e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-30.984, *Bull.* 2004, II, n° 394; 2^e Civ., 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-14.327; voir aussi, 2^e Civ., 27 juin 2002, pourvoi n° 01-20.138; 2^e Civ., 27 janvier 2004, pourvoi 02-30.693, *Bull.* 2004, II, n° 25, *Dr. soc.* 2004, p. 436, note X. Prétot).

Il en résulte que la jurisprudence est encore loin d'admettre une présomption de faute inexcusable de l'employeur, seule la conscience du danger restant indispensable pour fonder le manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17^e éd., 2011, n° 903). Cette conscience est, certes, souvent déduite de l'omission de prendre les mesures nécessaires pour protéger le salarié, ou, plus largement, du non-respect des réglementations en matière de sécurité (2^e Civ., 12 mai 2003, pourvoi n° 01-21.071, *Bull.* 2003, II, n° 141; 2^e Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 02-30.979). En revanche, s'il y a conformité à la réglementation, absence d'anomalies de matériels utilisés ou encore, si les salariés, étant expérimentés, ont utilisé des techniques habituelles et éprouvées, la conscience du danger est écartée, et partant, la faute inexcusable n'est pas caractérisée (2^e Civ., 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° 02-30.542, *Bull.* 2003, II, n° 219).

2. Conscience du danger que devait avoir l'employeur

Cette exigence ne vise pas une connaissance effective du danger, la Cour de cassation se bornant à constater que l'employeur « ne pouvait ignorer » celui-ci (Soc., 21 décembre 1965, pourvoi n° 62-11.277, *Bull.* 1965, V, n° 965 ; Soc., 3 décembre 1998, pourvoi n° 96-17.500) ou ne pouvait pas ne pas en avoir conscience. Appréciant cette condition *in abstracto*, elle se réfère, à partir d'un faisceau d'éléments de fait (accidents antérieurs, formation...) à un entrepreneur avisé ou averti, soulignant les qualités professionnelles qu'un tel responsable doit posséder, ainsi que les initiatives qu'il doit prendre (2^e Civ., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-14.175). Les arrêts « amiante » du 28 février 2002 ne remettent pas, là encore, en cause cette condition essentielle. En effet, le manquement à l'obligation de sécurité de résultat issue du contrat de travail ne présente le caractère d'une faute inexcusable que lorsque « l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en protéger ».

À ce titre, le juge est invité à rechercher si, « compte tenu notamment de son importance, de son organisation, de la nature de son activité et des travaux auxquels était affecté son salarié, [l'employeur] n'aurait pas dû avoir conscience du danger auquel il était exposé » (2^e Civ., 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-18.689, *Bull.* 2008, II, n° 167).

3. Preuve de la faute inexcusable par le demandeur à l'action

Faisant une application parfaitement orthodoxe de l'article 1315 du code civil, la jurisprudence exige de la victime ou de ses ayants droit la démonstration de la faute inexcusable (Soc., 8 janvier 1959, pourvoi n° 57-50.086, *Bull.* 1959, IV, n° 46, p. 40). Dans le prolongement des arrêts « amiante », la Cour de cassation affirme invariablement qu'« il incombe [au salarié créateur de l'obligation de sécurité] de prouver que son employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (2^e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-30.984, *Bull.* 2004, II, n° 394). Doit donc être établi le fait que l'employeur a manqué à son obligation de sécurité de résultat (2^e Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 06-21.025). Tel n'est pas le cas, s'agissant de la maladie professionnelle, lorsque l'origine exacte de l'affection pourtant certaine dont souffrait le salarié n'a pu être caractérisée (2^e Civ., 22 mars 2005, pourvoi n° 03-20.044, *Bull.* 2005, II, n° 74) ou, s'agissant de l'accident du travail, lorsque les circonstances de l'accident restent indéterminées (2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-20.778).

B. Nécessité d'un lien de causalité

Depuis les arrêts du 28 février 2002, la Cour de cassation a abandonné la théorie de la causalité adéquate au profit de celle, plus large, de l'équivalence des conditions. Désormais, « il est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident survenu au salarié [...], il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage » (Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 00-18.359, *Bull.* 2002, V, n° 336 ; Ass. plén., 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7, *JCP* 2005, éd. S, 1056, note P. Morvan ; 2^e Civ., 2 mai 2007, pourvoi n° 06-12.260).

Il incombe donc au salarié, agissant sur le terrain de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, de rapporter au moins un indice selon lequel l'accident ou la maladie dont il souffre trouve son origine dans l'exécution de son travail, en particulier dans une « anomalie du matériel » utilisé (Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 01-20.445, *Bull.* 2002, V, n° 335), qui peut découler de sa non-conformité à la réglementation.

Dans cette perspective, l'indétermination des causes de l'accident empêche de tisser le moindre lien de causalité (2^e Civ., 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° 02-30.542, *Bull.* 2003, II, n° 219). Dans le même sens, est en principe écartée la faute inexcusable de l'employeur lorsque les circonstances exactes de l'accident ne sont pas établies et qu'aucun manquement lié à l'accident n'est imputable à l'employeur (Soc., 11 avril 2002, pourvoi n° 00-16.754; Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 01-20.445, *Bull.* 2002, V, n° 335).

En définitive, l'absence de conscience du danger, tout autant que l'indétermination des causes de l'accident, constituent des échappatoires qui sont laissées ouvertes par la formulation même de l'attendu de base des arrêts du 28 février 2002, repris à nouveau par l'assemblée plénière en 2005 (Ass. plén., 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, *Bull.* 2005, Ass. plén. n° 7, *JCP* 2005, éd. S, 1056, note P. Morvan; *D.* 2005, p. 2375, note Y. Saint-Jours; *Dr. soc.* 2005, p. 1067, note X. Prétot).

Section 5 – En droit du travail

En droit du travail, la charge de la preuve est répartie entre d'une part le salarié ou ses représentants (syndicats, institutions représentatives du personnel) et d'autre part l'employeur. S'il arrive fréquemment que ce dernier doive supporter la preuve de faits dont il est en pratique le détenteur (§ 1), il est fréquent que le droit social opère une répartition de la charge probatoire entre le salarié-demandeur et l'employeur-défendeur. Il en va ainsi notamment s'agissant de la preuve du harcèlement (§ 2), des discriminations (§ 3), et de l'accomplissement d'heures supplémentaires (§ 4).

§ 1. Preuve dans le contentieux des élections professionnelles

La loi organise, en matière d'élections professionnelles en entreprise, une répartition des rôles entre les différents acteurs, qui a une influence directe sur la répartition de la charge de la preuve en cas de contentieux.

C'est en effet à l'employeur qu'incombe la responsabilité de l'initiative et de l'organisation des élections en entreprise (articles L. 2314-2 et L. 2324-3 du code du travail). Mais cette organisation doit se faire en concertation et sous l'entier contrôle des organisations syndicales, lesquelles sont à double titre intéressées au bon déroulement du processus :

- d'abord, parce qu'ayant le monopole de présentation des candidats au premier tour, elles sont les acteurs directs du processus électoral (articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du code du travail). Ce monopole traditionnel de présentation des candidats au premier tour a été contesté, sous forme d'une question prioritaire de constitutionnalité, que la Cour de cassation n'a pas estimée suffisamment sérieuse pour être transmise (Soc., 18 janvier 2011, QPC n° 10-40.054);
- mais aussi, parce qu'elles ont pour mission générale de veiller au respect des droits collectifs des salariés de l'entreprise, et qu'à ce titre, elles doivent veiller à ce que la

mise en place des institutions représentatives du personnel se fasse dans le respect des conditions légales.

La jurisprudence en a déduit que l'action en contestation du processus électoral devait être très largement ouverte aux organisations syndicales, à qui est reconnu un intérêt à agir dans ce domaine dès lors qu'elles ont des adhérents dans l'entreprise concernée, et ce, même si elles ne remplissent pas les conditions pour présenter des candidats aux élections professionnelles. Une seule limite est posée à l'action des syndicats : ils ne peuvent plus contester le déroulement des élections s'ils ont participé à la négociation du protocole préélectoral et présenté des candidats sans émettre de réserves particulières (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-60.201, *Bull.* 2011, V, n° 61). C'est dire l'importance de la vigilance que doivent exercer en amont les syndicats.

Pour exercer leur droit de participation à la négociation préélectorale, et leur devoir de vigilance sur l'organisation du scrutin, les organisations syndicales doivent disposer d'un certain nombre d'éléments d'information internes à l'entreprise. Or l'employeur détient seul toutes ces informations, et les syndicats n'ont d'autres moyens d'en avoir connaissance que par son intermédiaire. La jurisprudence a dès lors mis à la charge de l'employeur une obligation générale d'information, à l'égard des syndicats, sur toutes les données internes pouvant avoir une incidence sur les modalités d'organisation du scrutin. Ce qui est le cas notamment :

- des éléments permettant de déterminer le périmètre efficace dans lequel doivent se dérouler les élections (caractérisation de l'établissement distinct) ;
- des effectifs de l'entreprise, ce qui inclut de connaître non seulement le nombre de salariés employés dans l'entreprise, mais la nature de leur contrat (temps partiel, durée déterminée), et l'existence de salariés mis à disposition ;
- des catégories de salariés employés dans l'entreprise, pour décider de la composition des collèges électoraux et de la répartition des sièges et des électeurs entre ces collèges.

De cette obligation fondamentale de l'employeur de fournir aux organisations syndicales, pour la loyauté des opérations électorales, les informations qu'il détient de façon exclusive, sans que puisse être opposée une confidentialité liée à la nature de ces informations (Soc., 20 mars 2002, pourvoi n° 00-60.315, *Bull.* 2002, V, n° 95), la jurisprudence a tiré trois conséquences :

1° Le simple fait pour l'employeur de n'avoir pas communiqué aux organisations syndicales les éléments d'information qu'il détenait et qui étaient nécessaires pour que ces dernières puissent exercer leur contrôle vicie le scrutin à la base. Il en résulte que l'annulation des élections peut être demandée alors même que l'employeur s'offre de prouver qu'il a organisé correctement les opérations électorales (Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-60.530, *Bull.* 2009, V, n° 130).

2° Lorsque les organisations syndicales agissent en justice pour contester le déroulement des opérations électorales, la charge de la preuve des informations qui sont de nature à démontrer que le processus est conforme à la situation de l'entreprise incombe à l'employeur (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-60.434, *Bull.* 2008, V, n° 219, *D.* 2009, p. 590, note L. Camaji) : il appartient à l'employeur responsable de l'organisation de l'élection de fournir aux organisations syndicales les éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de l'électorat.

3° Mieux encore, s'agissant des salariés mis à disposition, auxquels la loi donne à choisir entre voter dans leur entreprise d'origine et voter dans l'entreprise d'accueil lorsqu'ils remplissent certaines conditions (articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du code du travail), la jurisprudence a mis à la charge de l'employeur, en sa qualité de responsable des élections, non seulement la fourniture de tous les éléments en sa possession, mais également la recherche de ces éléments, s'il n'en dispose pas, auprès de ses entreprises prestataires, si nécessaire en demandant judiciairement la production par ces entreprises. Et ce, afin de pouvoir mettre ensuite les organisations syndicales en mesure d'en disposer (Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.400, *Bull.* 2010, V, n° 114. Sur ce mécanisme très particulier, voir M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le Guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2^e éd., 2011, n° 331.81 et s.).

Il résulte de ces décisions une approche particulièrement pragmatique de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de preuve, qui pourrait se résumer par la formule suivante : la preuve incombe à celui qui la détient, ou même, à celui qui, ne l'ayant pas, est cependant seul en mesure de l'obtenir. Cet aménagement du droit de la preuve, qui ne tient plus compte de l'auteur de la demande en justice, mais de la réalité pratique, vise à permettre l'efficacité de l'application de la norme juridique en tenant compte des éléments de fait spécifiques à la matière des élections professionnelles.

§ 2. Preuve en matière de harcèlement

C'est l'article L. 1154-1 du code du travail qui précise les modalités de la répartition de la charge de la preuve en cas de litige relatif aux harcèlements moral et sexuel tels que prévus par les articles L. 1152-1 et L. 1153-1 du code du travail : « Le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Applicable désormais aux deux harcèlements, moral et sexuel, ce régime probatoire est d'abord issu des directives de l'Union européenne : la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail considère, dans son article 2, les harcèlements liés au sexe d'une personne comme des discriminations. La directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, instaure, par son article 4, un régime particulier de la charge de la preuve : « dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

La notion de harcèlement sexuel dans les relations de travail, et son interdiction, ont été introduites dans le droit interne par la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code

du travail et le code de procédure pénale. Mais aucune disposition relative à la charge de la preuve n'a été adoptée à cette occasion. Ce n'est finalement qu'à l'occasion de la transposition 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, et notamment de son article 10 relatif à la charge de la preuve, par la loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002, qu'il a été décidé d'introduire l'article L. 122-52 du code du travail qui fixe le régime de la preuve applicable tant pour le harcèlement moral que pour le harcèlement sexuel. Cet article a connu enfin, avant recodification à l'article L. 1154-1, une modification, introduite par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, visant à remplacer la locution « présenter des faits » par « établir des faits » conformément à la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

– Jusqu'à ses arrêts du 24 septembre 2008 (pourvoi n° 06-45.747, pourvoi n° 06-45.579, pourvoi n° 06-43.504, *Bull.* 2008, V, n° 175 [3 arrêts] et pourvoi n° 06-46.517, *Bull.* 2008, V, n° 177), la chambre sociale laissait la caractérisation d'un harcèlement sexuel ou moral à l'appréciation souveraine des juges du fond. Rares sont donc les arrêts antérieurs à cette date manifestant l'existence d'un contrôle opéré par la chambre sur le régime probatoire appliqué par les juges du fond dans ces affaires (voir, par exemple, Soc., 9 avril 1998, pourvoi n° 96-44.214, s'agissant d'un harcèlement sexuel ou Soc., 27 octobre 2004, pourvoi n° 04-41.008, *Bull.* 2004, V, n° 267, pour un harcèlement moral).

Toutefois, s'agissant du harcèlement sexuel, un contrôle de qualification s'est peu à peu instauré par le biais du contrôle opéré classiquement sur la notion de faute grave (Soc., 19 avril 2000, pourvoi n° 98-40.583), surtout dès lors que la chambre a jugé que le harcèlement sexuel commis par un salarié constituait nécessairement une faute grave (Soc., 19 avril 2000, pourvoi n° 98-40.583 précité et Soc., 5 mars 2002, pourvoi n° 00-40.717, *Bull.* 2002, V, n° 83).

– Les conditions de mise en œuvre du régime probatoire prévu à l'article L. 1154-1 du code du travail ont été modifiées par l'arrêt rendu le 10 novembre 2009 (pourvoi n° 08-41.497, *Bull.* 2009, V, n° 248; voir également, Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-30.463, *Bull.* 2011, V, n° 261 et pourvoi n° 10-10.687, *Bull.* 2011, V, n° 259) sur la question de savoir si le harcèlement moral pouvait, ou non, être caractérisé indépendamment de l'intention de son auteur. En répondant positivement à cette question, la chambre sociale s'en est tenue à une stricte interprétation de l'article L. 1152-1 du code du travail qui vise « les agissements répétés de harcèlement moral qui ont 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 ». Elle a ainsi ouvert la voie à la reconnaissance de ce que certains nomment le « harcèlement managérial » ou « institutionnel » (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-45.321, *Bull.* 2009, V, n° 247). Encore faut-il que le salarié qui s'en plaint ait personnellement et effectivement subi des agissements répétés de harcèlement moral (voir, également, Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-19.748, *Bull.* 2010, V, n° 242). La chambre a par ailleurs précisé que, conformément au texte de l'article L. 1152-1 du code du travail, un seul agissement ne permettait pas de caractériser le harcèlement moral (Soc., 9 décembre 2009, pourvoi n° 07-45.521, *Bull.* 2009, V, n° 280), qu'aucune contrainte de temps n'entraîne dans la définition du harcèlement moral (Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 08-43.152, *Bull.* 2010, V, n° 111), et qu'enfin, s'il

était nécessaire de faire apparaître une dégradation des conditions de travail du salarié, il n'était pas nécessaire que l'une ou l'autre des conséquences sur le respect des droits ou de la dignité, sur l'altération de la santé ou sur la compromission de l'avenir professionnel soit réalisée (« susceptible de » selon le texte), *a fortiori*, toutes ensemble.

S'agissant du harcèlement sexuel, la chambre n'a guère eu l'occasion de préciser la définition de l'article L. 1153-1, avant sa modification par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. Cependant, par deux arrêts récents (Soc., 19 octobre 2011, pourvoi n° 09-72.672, *Bull.* 2011, V, n° 236 et Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-12.930, *Bull.* 2012, V, n° 9), il a été retenu une conception large du harcèlement sexuel qui, selon la chambre, peut être caractérisé lorsqu'il concerne des personnes avec lesquelles le harceleur est en contact en raison de son travail, même si les agissements, à proprement parler, de harcèlement, sont commis en dehors du lieu et du temps de travail.

– Ces précisions relatives au contenu même des définitions du harcèlement moral et sexuel, se sont accompagnées d'une explicitation par la chambre sociale de l'office du juge.

La notion de harcèlement, qu'il soit moral ou sexuel, suppose l'existence d'agissements répétés, sauf dans la conception du harcèlement « discrimination » retenue par les directives de l'Union européenne. C'est donc en prenant en compte l'ensemble de ces agissements que le juge peut porter une appréciation sur la question de savoir s'ils sont de nature à permettre de présumer l'existence d'un harcèlement. Il appartient donc au juge, d'abord, de ne retenir que les faits qui sont matériellement établis, puis de dire si ces éléments pris dans leur ensemble laissent présumer l'existence d'un harcèlement. Si tel est le cas, c'est à l'employeur de démontrer que ces agissements sont étrangers à tout harcèlement. Enfin, au vu de ces explications, le juge forme sa conviction et retient ou non la qualification de harcèlement moral ou sexuel. Ce mode opératoire exclut que le juge se prononce séparément sur chacun des éléments avancés par le salarié, car ce qui permet de caractériser le harcèlement, c'est bien l'appréciation portée sur l'ensemble des agissements, telle ou telle mesure ne conduisant pas nécessairement à la même analyse selon qu'elle est examinée indépendamment des autres agissements ou qu'elle est regardée comme un élément d'un tout. Cette façon de procéder n'est pas étrangère au juge du travail qui l'utilise déjà, par exemple, pour décider de l'existence ou non d'un contrat de travail (Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.766, *Bull.* 2011, V, n° 30 et Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.766, *Bull.* 2012, V, n° 170). C'est ainsi qu'il ne saurait être reproché à un salarié qui, se fondant sur un ou plusieurs certificats médicaux, fait état d'une dégradation de son état de santé, de ne pas établir le lien entre son état de santé et le harcèlement moral qu'il prétend avoir subi. Le juge prendra en compte cette dégradation de l'état de santé attestée par le certificat médical, l'analysera avec l'ensemble des autres éléments établis par le salarié, et il décidera si l'ensemble de ces éléments permet de présumer l'existence d'un harcèlement moral (Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-43.219, *Bull.* 2009, V, n° 120).

– La chambre sociale a enfin été conduite à préciser le champ d'application de ce régime probatoire ainsi que la conséquence à tirer par le juge de la reconnaissance du harcèlement moral en matière de licenciement.

Par un arrêt du 7 février 2012 (pourvoi n° 10-17.393, *Bull.* 2012, V, n° 56), il a été jugé que les dispositions de l'article L. 1154-1 du code du travail ne sont pas applicables

lorsque survient un litige relatif à la mise en cause d'un salarié auquel sont reprochés des agissements de harcèlement moral. Ainsi, en matière disciplinaire, c'est le régime probatoire de l'article L. 1333-1 qui s'applique, l'employeur ne pouvant se prévaloir du régime de la preuve prévu par l'article L. 1154-1 pour justifier la sanction.

Par un arrêt du 29 juin 2011 (pourvoi n° 09-69.444, *Bull.* 2011, V, n° 168), la chambre sociale a décidé que, dans l'hypothèse où il est établi qu'un salarié a été victime d'un harcèlement moral et que le comportement qui lui est reproché constituait une réaction au harcèlement qu'il subissait, le juge n'a pas à examiner les autres motifs de licenciement et, conformément aux dispositions des articles L. 1152-2 et 3 du code du travail, doit prononcer la nullité du licenciement.

§ 3. Preuve en matière de discrimination

L'ancien article L. 122-45 du code du travail, tel qu'issu de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, disposait : « En cas de litige relatif [à l'existence d'une discrimination directe ou indirecte], le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

L'article L. 1134-1 du code du travail issu de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations a conservé la même rédaction, sauf à faire référence expresse, pour ce qui concerne la définition de la discrimination indirecte, à cette loi. Ce régime probatoire est conforme à l'article 4 de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe et à l'article 10 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. Il se situe clairement dans le prolongement de la jurisprudence de la chambre sociale, qui, par deux arrêts (Soc., 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-42.940, *Bull.* 1999, V, n° 447 et Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-45.258, *Bull.* 2000, V, n° 126), en matière de discrimination en raison du sexe et de discrimination syndicale, avait fait application d'un tel équilibre dans la répartition de la charge de la preuve.

Naturellement, ce régime probatoire est circonscrit à la matière civile, ainsi que la chambre criminelle vient une nouvelle fois de le rappeler dans un arrêt récent (Crim., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-83.816, *Bull. crim.* 2012, n° 95) en énonçant, au visa de l'article L. 412-2 du code du travail devenu l'article L. 2145-5 dudit code, de l'article préliminaire du code de procédure pénale et de l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « les articles susvisés du code du travail, concernant le délit de discrimination syndicale, n'instituent aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale; qu'il résulte des deux derniers textes visés que tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de sa culpabilité incombe à la partie poursuivante [...] [; que, dès lors,] en statuant ainsi, par des motifs impliquant un renversement de la charge de la preuve, alors qu'il lui appartenait de rechercher l'existence d'une relation de causalité entre les mesures

jugées discriminatoires et l'appartenance ou l'activité syndicale de la partie poursuivante, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus énoncés».

Contesté sur le fondement de l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'il faisait peser sur une partie au procès une charge probatoire disproportionnée au regard de celle pesant sur son adversaire, portant ainsi atteinte au principe d'égalité des armes, notamment dans l'hypothèse d'une intervention de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) au procès, le régime probatoire institué par l'article L. 1134-1 du code du travail a été jugé conforme à ce principe « eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée » (Soc., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-41.959, *Bull.* 2010, V, n° 28), dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement aux observations de la HALDE et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-40.628, *Bull.* 2010, V, n° 124; voir également Soc., 2 février 2011, QPC n° 10-20.415). La chambre sociale a enfin considéré qu'il appartenait au juge de concilier l'application d'une loi d'amnistie avec le régime probatoire prévu par la loi en matière de discrimination, dans le respect des droits de la défense et en veillant au respect de la vie privée des tiers, s'agissant notamment des mesures d'instruction qu'il peut décider (Soc., 15 février 2011, QPC n° 10-40.063).

La jurisprudence de la chambre sociale a précisé en quoi consistait la part de la charge de la preuve supportée par le salarié, elle a « intégré » le raisonnement des juges européens s'agissant de la notion de discrimination indirecte et des justifications que l'employeur peut apporter à certaines discriminations constatées, enfin, elle a détaillé, comme en matière de harcèlement, ce qu'était l'office du juge dans ce domaine :

La chambre veille au strict respect de l'équilibre de la charge de la preuve entre les parties, singulièrement en ce qui concerne les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination que le salarié doit apporter.

– Elle a d'abord fait un sort particulier aux discriminations en raison de l'état de santé, en jugeant que le licenciement pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement, sans que cette inaptitude ait été régulièrement constatée par le médecin du travail conformément à l'article R. 4624-31 du code du travail, constituait une discrimination en raison de l'état de santé, ce qui emportait la nullité du licenciement (Soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-41.325, *Bull.* 2004, V, n° 139). Dans ce domaine, il suffit donc que le salarié établisse l'existence d'une absence ou d'une irrégularité de la constatation de son inaptitude pour que la discrimination soit retenue. En l'absence de constatation d'une inaptitude, l'affectation sur un nouveau poste de travail d'une salariée, du fait de son état de santé, après un arrêt de travail pour maladie, alors même que le médecin du travail l'avait déclarée apte à son poste, constitue une mesure discriminatoire prohibée (Soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-71.542, *Bull.* 2011, V, n° 81).

– Si le salarié qui se prétend victime d'une discrimination doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il n'a pas à supporter la charge de la preuve. La chambre sociale veille à ce que le régime probatoire produise tous ses effets en s'assurant que les juges du fond prennent en compte les éléments fournis par le salarié, dès lors qu'ils sont matériellement établis. Ainsi juge-t-elle que le licenciement d'un salarié, chef de rang dans un restaurant, au motif que son statut au service de la clientèle ne permet pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme

qu'il est, permet de caractériser la discrimination en raison de l'apparence physique rapportée au sexe, en l'absence de toute justification étrangère à toute discrimination (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.213, *Bull.* 2012, V, n° 12). De même, le fait de demander au moment de l'embauche, à un salarié qui se prénomme Mohamed, de se faire appeler Laurent, suffit, en l'absence de tout motif étranger à une discrimination, à caractériser la discrimination directe en raison de l'origine (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-42.286, *Bull.* 2009, V, n° 245). En matière de discrimination syndicale, le salarié qui établit notamment que son coefficient de carrière n'a pas évolué depuis sa désignation comme délégué syndical présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination sans qu'il ait à se comparer à d'autres salariés (Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 06-45.939, *Bull.* 2009, V, n° 119). C'est également le cas lorsque le salarié, délégué syndical, fait valoir que certaines de ses fiches d'évaluation font mention d'une disponibilité réduite du fait de ses fonctions syndicales (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-16.655, *Bull.* 2012, V, n° 8).

– Il arrive même dans des cas exceptionnels que la chambre sociale considère que la mesure de l'employeur, contestée par le ou les salariés, est en elle-même discriminatoire, sans qu'aucune justification puisse être accueillie : ainsi la chambre énonce-t-elle qu'« est discriminatoire l'attribution par l'employeur d'une prime aux salariés selon qu'ils ont participé ou non à un mouvement de grève » (Soc., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-40.144, *Bull.* 2010, V, n° 119).

L'introduction en droit interne, par la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, de la notion de discrimination indirecte, a suscité quelques contentieux qui ont permis à la chambre de préciser ce que le demandeur doit présenter comme éléments pour qu'ils laissent supposer l'existence d'une discrimination indirecte. Constitue une telle discrimination, selon l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs prohibés (appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou à une race, religion, convictions, âge, handicap, orientation sexuelle ou sexe), un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. Cependant, si cette définition se rapporte aux motifs énoncés par la loi de 2008, la discrimination indirecte concerne l'ensemble des motifs énoncés à l'article L. 1132-1 du code du travail.

– Il faut donc d'abord que la mesure, le critère ou la pratique, entraîne un désavantage pour des personnes par rapport à d'autres personnes, en d'autres termes qu'une population spécifique soit défavorisée par rapport à une autre population. Ayant eu à statuer sur le plafonnement du montant de l'indemnité de licenciement à partir de douze ans d'ancienneté prévu par une convention collective, la chambre sociale a estimé que cette mesure n'avait pas pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge (Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-43.945, *Bull.* 2009, V, n° 118). En revanche, dans deux autres affaires, la chambre sociale a retenu l'existence d'un désavantage pour certaines personnes par rapport à d'autres, s'agissant, d'une part, du refus d'affiliation à l'Association générale des institutions de retraite des cadres (AGIRC) des assistants sociaux de la Mutualité sociale agricole (Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21.489, *Bull.*

2012, V, n° 168) et, d'autre part, de l'impossibilité pour des salariés à temps partiel de bénéficier d'une allocation de retraite supplémentaire prévue par un régime de retraite complémentaire, celle-ci n'étant accessible qu'aux seuls salariés ayant été rémunérés au moins deux cents heures par trimestre pendant quinze ans (Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-23.013, *Bull.* 2012, V, n° 206). Dans les deux cas, les demandeurs avaient apporté des éléments qui établissaient qu'une population particulière subissait le désavantage, en l'occurrence les femmes car elles représentaient la très grande majorité des salariés écartés de l'affiliation à l'AGIRC et des salariés à temps partiel du GIE Pari mutuel Hippodrome privés du bénéfice de l'allocation de retraite supplémentaire.

– Il faut ensuite vérifier si un but légitime peut justifier la discrimination indirecte et si les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Dans les deux cas, c'est le défaut de justification par l'employeur qui a conduit la chambre sociale à retenir l'existence d'une discrimination indirecte (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, précités).

Cette spécificité du régime probatoire de la discrimination indirecte en ce qu'il impose d'apprécier les justifications à cette discrimination apportées par l'employeur, qui résulte du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la CJUE, se retrouve dans quelques cas de discrimination, principalement ceux de l'âge et du handicap (articles L. 1133-2 et L. 1133-4 du code du travail). C'est effectivement sur des discriminations en raison de l'âge que la chambre sociale a eu à se prononcer. L'article L. 1133-2 du code du travail dispose que «les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés». Comme le suggère la rédaction même de cet article, si la justification par un but légitime paraît devoir être accueillie de manière très large – bien qu'elle ne puisse se borner à des motifs très généraux, comme l'a jugé la chambre, en l'occurrence la mise à la retraite d'office était «destinée à apporter à l'entreprise publique une souplesse durable dans la gestion de ses effectifs en fonction de l'évolution de son organisation et de son activité» (Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10.465, *Bull.* 2011, V, n° 50; voir également Soc., 9 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.143, *Bull.* 2012, V, n° 254) – c'est de nouveau sur les moyens utilisés pour atteindre le but légitime que la justification est plus délicate. Ainsi la chambre a-t-elle estimé qu'il ne suffisait pas que l'objectif soit légitime, en l'occurrence le bon fonctionnement de la navigation aérienne et la sécurité des voyageurs et des salariés, pour écarter la discrimination à propos de la limite d'âge de soixante ans imposée pour l'activité de pilote (Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-45.307, *Bull.* 2010, V, n° 105). Et, statuant encore dans une affaire relative à la limite d'âge de soixante ans qui s'imposait à l'époque des faits aux pilotes, elle a jugé que la cour d'appel avait exactement décidé que cette limitation de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public n'étant susceptible de permettre l'embauche que de cent trente à cent cinquante pilotes en 1995, alors que le nombre de jeunes pilotes déjà formés et sans emploi était de mille deux cents, la mesure «ne constituait pas un moyen approprié et nécessaire dans le cadre d'une politique de l'emploi» (Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.795, *Bull.* 2012, V, n° 205).

Si la méthode comparative n'est pas indispensable pour permettre au demandeur de présenter des éléments qui laissent supposer l'existence d'une discrimination directe (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-42.849, *Bull.* 2009, V, n° 246; Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-14.067, *Bull.* 2011, V, n° 166), il l'utilisera souvent pour mettre en évidence la différence de traitement qu'il subit. Dans cette hypothèse, la chambre a jugé que le champ de comparaison concernait les salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, ce dernier étant défini selon les critères précisés à l'article L. 3221-4 du code du travail (Soc., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-40.021, *Bull.* 2010, V, n° 158). Pour que la comparaison soit pertinente sur la durée, lorsqu'il s'agit de faire apparaître un éventuel retard de carrière, il faut encore que les salariés concernés aient une ancienneté comparable et qu'ils aient été recrutés à des qualifications identiques ou très proches. Il appartient alors au juge du fond d'apprécier si le panel de comparaison ainsi constitué par le salarié et, parfois, par l'employeur, permet d'établir une différence de traitement.

– Sollicité, ou de sa propre initiative, le juge apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié, et laissant supposer l'existence d'une discrimination, que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-42.697, *Bull.* 2009, V, n° 33).

Enfin, comme pour la caractérisation du harcèlement moral ou sexuel, la chambre sociale a jugé qu'en application des articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail, lorsque le salarié présente plusieurs éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, ce qu'il n'est pas contraint de faire, une discrimination pouvant résulter d'un seul acte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-15.792, *Bull.* 2011, V, n° 166).

§ 4. Preuve des heures de travail accomplies

Selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Ces dispositions, introduites par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, instaurent un partage de la charge de la preuve entre l'employeur et le salarié.

– Très vite, la chambre a estimé que cette rédaction interdisait au juge de se prononcer sur les seuls éléments apportés par le salarié à l'appui de sa demande (Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 94-43.502, *Bull.* 1996, V, n° 224 et Soc., 3 juillet 1996, pourvoi n° 93-41.645, *Bull.* 1996, V, n° 261; voir, également, Soc., 30 septembre 2003, pourvoi n° 02-42.730, *Bull.* 2003, V, n° 248 et, plus récemment, Soc., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-45.932, *Bull.* 2007, V, n° 71) en énonçant qu'il résultait de ce texte que la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties et que le juge ne peut, pour rejeter une

demande d'heures supplémentaires, se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié, qu'il doit examiner les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et que l'employeur doit lui fournir. En effet, cet aménagement de la charge de la preuve repose sur le fait que c'est principalement l'employeur qui détient, ou doit détenir, les éléments permettant de justifier des horaires réalisés par le salarié. Il détermine les horaires de travail, il les contrôle. La chambre a d'ailleurs eu l'occasion de juger que l'employeur doit être en mesure de fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié dans la limite de la prescription quinquennale (Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 07-41.418, *Bull.* 2008, V, n° 82).

– Mais certains juges du fond ont interprété ce texte en estimant qu'il appartenait au salarié d'expliciter sa demande, en indiquant exactement les heures supplémentaires effectuées – une simple indication moyenne des heures prétendument effectuées n'étant pas suffisante – afin de permettre à l'employeur de fournir lui-même les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés. D'abord réticente à accepter cette « chronologie » du régime probatoire (Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-42.200, *Bull.* 2001, V, n° 160), la chambre sociale a par la suite légèrement infléchi sa jurisprudence en décidant qu'il appartenait au salarié de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande (Soc., 25 février 2004, pourvoi n° 01-45.441, *Bull.* 2004, V, n° 62). Mais étayer n'étant pas prouver, il n'était pas envisageable, sauf à rendre sans effet l'aménagement de la charge de la preuve en matière d'heures de travail accomplies, que les exigences des juges du fond quant à la valeur probante desdits documents apportés par le salarié soient trop fortes. C'est pourquoi il a semblé pertinent à la chambre sociale de s'en tenir à une exigence de précision de ces documents. Ce qui importe, c'est que les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande soient suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments (Soc., 24 novembre 2010, pourvoi n° 09-40.928, *Bull.* 2010, V, n° 266);

La preuve étant libre en matière prud'homale, le salarié comme l'employeur peuvent produire tous documents, attestations... utiles, le juge en appréciant librement la valeur et la portée (Soc., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-44.666, *Bull.* 2001, V, n° 108).

– La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ayant introduit dans le code du travail la possibilité pour l'employeur, lorsqu'un accord collectif le prévoit, de conclure avec le salarié une convention de forfait en jours sur l'année (article L. 3121-39 du code du travail), la chambre, en l'absence de texte, a adapté les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail à l'hypothèse d'un litige portant sur le nombre de jours effectués par le salarié (Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-41.377, *Bull.* 2009, V, n° 200).

– La nécessité de respecter cet aménagement de la charge de la preuve a conduit la chambre sociale à prohiber certaines pratiques qui pourraient avoir pour effet d'élu-der son application :

Il a été ainsi décidé que le juge, saisi d'une demande en paiement d'heures supplémentaires, ne peut y substituer une condamnation à des dommages-intérêts (Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-42.552, *Bull.* 2005, V, n° 69), ni procéder à une évaluation entièrement forfaitaire du nombre d'heures réalisées;

De même, les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail excluent la possibilité de réparer une perte de chance de prouver le nombre d'heures supplémentaires effectuées (Soc., 15 octobre 2002, pourvoi n° 00-40.728, *Bull.* 2002, V, n° 315);

Enfin, la quantification préalable du temps de travail nécessaire, par exemple pour réaliser une tournée de distribution de prospectus, prévue par une convention collective, ne saurait à elle seule satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du code du travail. Le salarié qui soutient que le temps réellement passé à effectuer le travail demandé est supérieur au temps retenu en application de cette quantification préalable doit pouvoir faire valoir ses éléments devant le juge, et ce dernier peut recourir à une expertise s'il l'estime nécessaire avant de statuer sur la demande du salarié (Soc., 16 juin 2010, pourvoi n° 08-42.758, *Bull.* 2010, V, n° 144).

Section 6 – En matière pénale

La question de la charge de la preuve devrait être simplement réglée en matière pénale par le principe général de la présomption d'innocence. Il devrait en résulter que, en toute occasion, l'accusateur doit supporter le fardeau probatoire et l'accusé bénéficier du doute. En pratique, cependant, une application sans exception d'un tel principe rendrait difficile la caractérisation de certaines infractions et le droit pénal admet par exception des renversements ponctuels de la charge de la preuve (§ 1). Parfois, plutôt que de renverser le fardeau probatoire pesant sur l'accusation, la jurisprudence a fait le choix de l'alléger en facilitant l'admission de la preuve de tel ou tel élément caractérisant une infraction (§ 2).

§ 1. Présomption d'innocence et renversement ou aménagement de la charge de la preuve

La technique du renversement de la charge de la preuve répond à une nécessité pratique née, dans certaines hypothèses telles que le caractère fugace de la commission de l'infraction ou la disparition rapide de ses traces, de la difficulté à rapporter la preuve selon la règle commune qui, similaire en droit civil, est, dans la matière pénale, fondée sur le principe de la présomption d'innocence. Cette difficulté a conduit le législateur, et dans une moindre mesure la jurisprudence, à aménager des présomptions qui tendent à tenir pour avérée la constitution de l'élément matériel ou de l'élément moral de l'infraction poursuivie, renversant ainsi la charge de la preuve pour la transférer sur la personne mise en cause, au point que la doctrine a pu évoquer de véritables « présomptions de culpabilité » (Ph. Merle, *Les Présomptions légales en droit pénal*, thèse Nancy, 1968, LGDJ, 1970; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 16^e éd., 2011, p. 323), qu'il a fallu corrélativement encadrer.

Le Conseil constitutionnel a admis leur conformité à la Constitution en considérant, après avoir rappelé le principe de la présomption d'innocence qui les interdit, qu'elles « peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas un caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité » (Cons. const., 16 juin 1999, décision 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 ; *D.* 1999, p. 589, note Y. Mayaud ; *Rev. dr. pub.* n° 5, 1999, p. 1287, chr. F. Luchaire ; *JCP* 2000, éd. G, I, 201 (§ 22), obs. B. Mathieu et M. Verpeaux).

La Cour européenne des droits de l'homme les a admises, l'article 6 § 2 de la Convention commandant aux États de « les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, requête n° 10519/83 ; voir, dans le même sens, CEDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang c. France*, requête n° 13191/87). Mais elle recherche concrètement si leur application est compatible avec la présomption d'innocence (voir F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thémis droit, PUF, 5^e éd., 2009, p. 378).

Quant à la Cour de cassation, elle en a reconnu la conventionnalité dès lors qu'elles « permettent d'apporter la preuve contraire et laissent entiers les droits de la défense » (Crim., 6 novembre 1991, pourvoi n° 91-82.211, *Bull. crim.* 1991, n° 397 ; voir aussi Crim., 9 avril 1992, pourvoi n° 91-80.672, *Bull. crim.* 1992, n° 155 ; Crim., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 99-84.764, *Bull. crim.* 2000, n° 51 ; Crim., 30 janvier 1989, pourvoi n° 86-96.060, *Bull. crim.* 1989, n° 33 ; Crim., 10 février 1992, pourvoi n° 90-83.278, *Bull. crim.* 1992, n° 62 ; et, sur la présomption de responsabilité attachée au chef d'entreprise : Crim., 19 août 1997, pourvoi n° 96-83.944, *Bull. crim.* 1997, n° 285 ; Crim., 3 décembre 1998, pourvoi n° 97-85.615, *Bull. crim.* 1998, n° 332 ; Crim., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-87.590, *Bull. crim.* 2007, n° 138).

La présomption, qu'elle soit législative ou jurisprudentielle, obéit toujours à la même technique qui consiste, à partir d'une situation de fait précisément caractérisée, à en inférer une réalité que l'on est incapable de démontrer immédiatement, l'élément matériel ou l'élément moral de l'infraction, au point que la doctrine a pu évoquer « une véritable *dispense de preuve directe* de l'infraction considérée » (C.-J. Berr, H. Trémeau, *Le Droit douanier communautaire et national*, Economica, 7^e éd., 2006, n° 965). C'est cette mécanique probatoire qu'utilisent diverses dispositions législatives dont on va, à défaut de pouvoir prétendre à l'exhaustivité, reprendre quelques exemples relativement à l'élément matériel puis à l'élément moral.

Les présomptions s'attachent le plus souvent à la réalité de l'élément matériel et de son imputation à une personne qui, dès lors considérée comme l'auteur de l'infraction reprochée, doit rapporter la preuve de sa non-implication (Crim., 19 décembre 1988, *JCP* 1989, II, 21368, note J. Pannier).

Ainsi, le code pénal considère comme établi l'élément matériel du proxénétisme et son imputation à telle personne, dès lors qu'il est établi que, vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou étant en relations habituelles avec une telle personne, elle ne peut justifier de ressources correspondant à son train de vie (article 225-6 du code pénal), une telle présomption n'ayant pas été jugée incompatible avec l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir R. Koering-Joulin, « Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 849).

De même, après avoir présumé auteurs de recel les personnes incapables de justifier de ressources correspondant à leur train de vie alors qu'elles ont autorité sur des

mineurs se livrant habituellement à des crimes ou délits contre les biens (article 321-6 ancien du code pénal; Crim., 8 février 1989, pourvoi n° 88-83.322, *Bull. crim.* 1989, n° 61; *Rev. sc. crim.* 1989, p. 493, obs. A. Vitu), la loi a établi la même présomption à l'encontre d'une personne qui, en relations habituelles avec un ou plusieurs auteurs de trafic de stupéfiants ou encore un ou plusieurs usagers de ces produits, n'est pas en mesure de justifier de ressources correspondant à son train de vie (article 222-39-1 ancien du code pénal) ou qui, en relations habituelles avec un ou plusieurs participants à une association de malfaiteurs, n'est pas en mesure de justifier de ressources correspondant à son train de vie (article 450-2-1 ancien du code pénal). Finalement, abrogeant ces présomptions pour appréhender différemment la réalité matérielle par ce même raisonnement porteur d'efficacité, la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 a créé un délit autonome de non-justification de ressources ou de l'origine d'un bien, susceptible d'être reproché à tout mis en cause se trouvant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui, soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'une peine d'au moins cinq ans d'emprisonnement dont celles-ci retirent un profit direct ou indirect, soit sont victimes de telles infractions (article 321-6 du code pénal).

Le code des douanes a pareillement usé de cette technique probatoire (voir J. Pannier, « La preuve en matière douanière », *D.* 2009, p. 1552; J. Pannier, *Recueil de jurisprudence douanière 1990-2010*, Economica, 2010), pour édicter des présomptions de fraude aux cas de détention de « marchandises en fraude » (article 392 du code des douanes (voir Crim., 25 janvier 1982, pourvoi n° 81-91.490, *Bull. crim.* 1982, n° 28; Crim., 29 mai 1997, pourvoi n° 95-85.759, *Bull. crim.* 1997, n° 214; Crim., 9 octobre 1997, pourvoi n° 96-82.276, *Bull. crim.* 1997, n° 330; Crim., 5 octobre 2005, pourvoi n° 05-80.758, *Bull. crim.* 2008, n° 252), d'introduction en contrebande de marchandises prohibées à l'entrée ou fortement taxées et de tentative d'exportation en contrebande de marchandises dont la sortie est prohibée dès lors qu'a été franchi un bureau de douane de passage sans remplir l'obligation légale de visa (article 418 du code des douanes; Crim., 30 janvier 1989, pourvoi n° 86-96.060, *Bull. crim.* 1989, n° 33) ou d'importation en contrebande de marchandises visées aux articles 2 ter, 215, 215 bis et ter du même code (article 419 du code des douanes; Crim., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-86.110, *Bull. crim.* 2001, n° 244; Crim., 24 septembre 1998, pourvoi n° 97-81.793, *Bull. crim.* 1998, n° 235), étant précisé que l'abrogation de l'article 369-2 du code des douanes par la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 n'a pas eu pour effet d'entraîner celle de l'article 418 précité (Crim., 16 mars 1989, pourvoi n° 88-84.345, *Bull. crim.* 1989, n° 131; voir aussi Crim., 3 mai 1993, pourvoi n° 92-80.341, *Bull. crim.* 1993, n° 161). Comme l'ont remarqué des auteurs, la présomption de contrebande résulte « du caractère fugace du franchissement de la frontière » et du risque corrélatif d'impunité « faute d'avoir été surpris à temps ». Les présomptions douanières sont fondées sur certains éléments factuels tels que le lieu de découverte et la nature des marchandises (C.-J. Berr, H. Trémeau, *Le Droit douanier communautaire et national*, op. cit., n° 831).

Les difficultés de preuve évoquées étant particulièrement prégnantes dans le domaine de la circulation routière, le code de la route a édicté, à l'encontre de conducteurs de véhicules, des présomptions de deux ordres, de culpabilité et de responsabilité pécuniaire. Par son article L. 121-2, il pose une véritable présomption de culpabilité, selon laquelle le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est auteur d'une infraction à la réglementation sur le stationnement des véhicules ou sur l'acquiescement des péages, « à moins qu'il n'établisse l'existence d'un événement de force majeure ou qu'il

ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction » (Crim., 6 novembre 1991, pourvoi n° 91-82.211, *Bull. crim.* 1991, n° 397), cette présomption ne s'appliquant pas à la personne physique qui représente la personne morale propriétaire du véhicule (Crim., 17 septembre 1996, pourvoi n° 95-85.829, *Bull. crim.* 1996, n° 315 ; voir aussi Crim., 15 septembre 1992, pourvoi n° 91-86.600, *Bull. crim.* 1992, n° 282).

Voulant étendre le mécanisme de la présomption à d'autres infractions d'une gravité plus consistante, par leur nature et leurs sanctions, le législateur l'a, pour prévenir une censure constitutionnelle, limité à la responsabilité pécuniaire du titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule (ou du représentant légal de la personne morale propriétaire : Crim., 26 novembre 2008, pourvoi n° 08-83.003, *Bull. crim.* 2008, n° 240 ; Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-85.931, *Bull. crim.* 2009, n° 10 ; Crim., 30 septembre 2009, pourvoi n° 09-80.178, *Bull. crim.* 2009, n° 163 ; Crim., 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.575, *Bull. crim.* 2010, n° 159). C'est dire que ce propriétaire n'est redevable que de l'amende encourue pour des contraventions aux réglementations, limitativement énumérées, sur les vitesses maximales autorisées, le respect des distances de sécurité entre les véhicules, l'usage de voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et les signalisations imposant l'arrêt des véhicules, à l'exclusion de toute autre (Crim., 28 septembre 2005, pourvoi n° 05-80.347, *Bull. crim.* 2005, n° 242). Présomption logiquement simple, elle peut être anéantie si l'intéressé établit « l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction » (article L. 121-3 du code de la route) (voir Crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-86.777, *Bull. crim.* 2009, n° 32). Elle n'est donc pas applicable au propriétaire d'un véhicule automobile démontrant qu'au temps des faits, il avait loué ledit véhicule (Crim., 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.865, *Bull. crim.* 2010, n° 160) ou encore qu'il ne peut être l'auteur des faits poursuivis à raison des mentions du procès-verbal de constat (Crim., 17 février 2004, pourvoi n° 03-83.794, *Bull. crim.* 2004, n° 43 ; voir J.-P. Céré, « Le visage répressif de la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 sur la violence routière », *D.* 2003, p. 2705) ou d'un témoignage précis (Crim., 1^{er} octobre 2008, pourvoi n° 08-82.725, *Bull. crim.* 2008, n° 200). Au-delà de la mise en œuvre de la responsabilité pécuniaire, la Cour de cassation a rappelé que la déclaration de culpabilité du propriétaire ou du locataire d'un véhicule en cause suppose de rapporter la preuve qu'il le conduisait au moment du constat de la contravention (Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-85.587, *Bull. crim.* 2009, n° 11).

Enfin, confronté à la même difficulté probatoire, le code du travail a posé une présomption simple de travail dissimulé dans des hypothèses factuelles qu'il a énumérées (article L. 8221-4 du code du travail). C'est dire que les enquêteurs n'auront qu'à caractériser l'un de ces éléments pour que le mis en cause doive ensuite, devant la justice, rapporter la preuve contraire de l'absence de travail dissimulé.

Les présomptions peuvent aussi s'attacher à l'existence de l'élément moral, afin de contourner le problème de la preuve d'un élément moral présentant une configuration particulière. Ainsi le droit douanier pose-t-il une présomption d'intérêt à la fraude à l'encontre des personnes énumérées (entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs et, en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude, ou ceux qui ont accompli des actes dans le cadre d'un plan de fraude ou couvert les agissements des fraudeurs...), sauf si elles ont agi « en état de nécessité ou par suite d'erreur invincible », ou de celles qui

ont acheté ou détenu des marchandises « en quantité supérieure à celle des besoins de leur consommation familiale » (articles 399 et 400 du code des douanes) (voir Crim., 20 mai 1969, *JCP* 1970, II, 16288; voir, pour les contraventions, Crim., 11 décembre 2002, pourvoi n° 02-81.345, *Bull. crim.* 2002, n° 225). De même, l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881 édicte une présomption simple de mauvaise foi pour toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire (Crim., 16 mars 1993, pourvoi n° 91-81.819, *Bull. crim.* 1993, n° 115; Crim., 16 mai 1995, pourvoi n° 93-83.690, *Bull. crim.* 1995, n° 175; Crim., 3 juillet 1996, pourvois n° 94-83.195 et 94-82.647 [2 arrêts], *Bull. crim.* 1996, n° 283). En revanche, l'article 227-3 du code pénal ne reprend pas la présomption posée par l'article 357-2 de l'ancien code pénal, ce qui oblige les juridictions de jugement à caractériser l'élément intentionnel de l'abandon de famille (Crim., 28 juin 1995, pourvoi n° 94-84.811, *Bull. crim.* 1995, n° 243).

En conclusion, il faut rappeler que tout autre renversement de la charge de la preuve résulte de l'application, à la matière pénale, de l'adage du droit civil « *Reus in excipiendo fit actor* », qui oblige le prévenu à rapporter la preuve des moyens de défense qu'il soulève.

§ 2. « Allègement » de la charge de la preuve en matière de corruption

L'allègement de la charge de la preuve d'une infraction peut résulter d'une modification des règles de fond. En effet, la preuve est facilitée lorsque le juge étend la catégorie des faits pertinents susceptibles de constituer l'élément légal.

Jusqu'à la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, l'article 432-11 du code pénal incriminant le délit de corruption passive par une personne exerçant une fonction publique en France définissait ce délit comme « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques : 1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat; 2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ».

Une jurisprudence ancienne et constante déduisait de la lettre même de cette incrimination que, pour que le délit de corruption soit constitué, il convenait d'établir que les manœuvres du corrompu, la sollicitation ou l'agrément, étaient antérieures à l'acte de la fonction ou à l'abstention recherchés.

La chambre criminelle énonçait cette solution en ces termes : « Le délit de corruption de fonctionnaire n'est caractérisé que si la convention passée par le corrupteur et le corrompu a précédé l'acte ou l'abstention qu'elle avait pour objet de rémunérer » (Crim., 14 mai 1986, pourvoi n° 85-93.952, *Bull. crim.* 1986, n° 163).

Contrairement aux droits allemand ou italien, la loi française laissait donc impunies les rémunérations données *a posteriori* à titre de remerciements, dont l'attribution n'était pas conditionnée par l'accomplissement d'un acte de la fonction ou facilitée par la fonction. La perception de telles rémunérations pouvait être poursuivie sous la qualification de recel d'abus de biens sociaux ou de recel d'abus de confiance pour le

corrompu. Elle pouvait être sanctionnée sur le plan disciplinaire, mais ne pouvait être incriminée sous la qualification de corruption.

La difficulté d'établir la preuve de l'antériorité du pacte constituait néanmoins un frein important à la répression.

La chambre criminelle s'est donc efforcée de faciliter cette preuve, notamment dans l'hypothèse où l'avantage perçu par le corrompu ne l'a été que postérieurement à l'accomplissement d'un acte de sa fonction.

En premier lieu, la chambre criminelle a précisé que le principe d'antériorité ne s'appliquait qu'à la sollicitation ou à l'agrément, et non aux modalités de leur exécution, et qu'en conséquence la preuve de l'antériorité était faite lorsque l'avantage consenti au corrompu, bien que postérieur à la réalisation de l'acte délictueux, n'était que la réalisation d'une promesse faite antérieurement. Plus exactement, la chambre criminelle énonçait : « il importe peu que les dons, présents ou avantages aient été acceptés par une personne investie d'un mandat électif public postérieurement à l'accomplissement de l'acte de la fonction, le délit de corruption, consommé dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu se renouvelant à chaque acte d'exécution dudit pacte » (Crim., 27 octobre 1997, pourvoi n° 96-83.698, *Bull. crim.* 1997, n° 352).

En second lieu, la chambre criminelle a jugé que, dans l'hypothèse de relations s'échelonnant dans le temps entre le corrompu et le corrupteur, la preuve du caractère d'antériorité de la sollicitation ou de l'offre par rapport à l'accomplissement ou l'abstention de l'acte de la fonction était pleinement établie par la réitération des avantages reçus (Crim., 29 septembre 1993, pourvoi n° 91-82.674, *Bull. crim.* 1993, n° 163) ou par leur caractère régulier (Crim., 18 juillet 1985, pourvoi n° 84-94.954, *Bull. crim.* 1985, n° 269), de telle sorte « qu'ils ont nécessairement précédé les agissements du corrupteur et déterminé le corrompu ».

La loi précitée du 30 juin 2000 a adjoint les termes « à tout moment » dans tous les articles du code pénal qui incriminent la corruption active ou passive. Cette modification législative avait pour objet, selon le rapport n° 2001, fait au nom de la Commission des lois par le député Jacky Darne, enregistré à l'Assemblée nationale le 8 décembre 1999, « de préciser que les infractions de corruption sont constituées quel que soit le moment où le corrupteur a proposé son offre ou son don ».

Faisant prévaloir l'intention du législateur, une partie de la doctrine a interprété cette réforme comme supprimant la nécessité d'établir la preuve de l'antériorité de l'offre ou de la sollicitation par rapport à l'accomplissement de l'acte de la fonction. En revanche, pour certains auteurs, la lettre du texte, qui postulait toujours que la sollicitation ou l'offre ait été agréée pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de la fonction, postulait la survivance de l'exigence d'antériorité, telle qu'elle était interprétée par la Cour.

Pour mettre fin à ces hésitations, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et amélioration de la qualité du droit a réécrit les incriminations de corruption en substituant à l'expression « pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction... » l'expression « pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction... ».

Chapitre 2 – Bénéfice du doute

En principe, le doute n'est pas compatible avec la décision de justice. En effet le juge ne peut, pour motiver sa décision, se fonder sur des motifs dubitatifs ou hypothétiques. Il ne lui est pas davantage possible de refuser de trancher le litige au prétexte que la vérité lui paraît inaccessible et incertaine.

Cependant, en certaines hypothèses, les règles de droit permettent au juge de faire profiter l'une des parties du doute. Ce principe ne s'applique pas uniquement en droit pénal où le doute profite à l'accusé. C'est également un principe d'interprétation que l'on trouve, depuis 1804, à l'article 1162 du code civil qui dispose que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Une règle comparable figure dans le code de la consommation qui prévoit que les contrats s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel.

Dans le champ du droit de la preuve, le code du travail prévoit lui aussi que s'agissant de la cause du licenciement, « si un doute subsiste, il profite au salarié » (article L. 1235-1 du code du travail).

À travers ces exemples, on perçoit qu'il existe un bénéfice du doute, d'abord appliqué à celui qui est pénalement accusé (section 1), ensuite reconnu, dans les litiges civils, à certaines parties et, dans les exemples qui suivent, principalement les victimes (section 2).

Section 1 – Doute à l'égard de l'accusé (matière pénale)

Absent du vocabulaire de la législation criminelle, notamment de l'article 470 du code de procédure pénale, le « bénéfice du doute » ne saurait être une expression reprise d'arrêts publiés de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il n'en est usé, dans de faibles proportions (2,5 pour 100 des décisions de relaxe soumises à la chambre criminelle) que pour retranscrire des décisions de juges du fond, qui qualifient de la sorte un certain type de relaxes ou d'acquittements qui ne procéderaient pas d'une absence d'élément légal ou d'un défaut pur et simple d'implication.

L'expression apparaît en revanche dans la motivation propre des chambres civiles. Ainsi, une décision de la première chambre civile, rendue au visa de l'article 1351 du code civil, énonce que dès lors qu'une personne a été relaxée, fût-ce au bénéfice du doute, du chef du délit de conduite sans permis de conduire, le principe de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal interdit au juge civil de décider que cette personne n'était pas titulaire d'un permis de conduire valable (1^{re} Civ., 30 octobre 1985, pourvoi n° 84-13.271, *Bull.* 1985, I, n° 280; à rapprocher de Soc., 6 janvier 1982, pourvoi n° 80-14.561, *Bull.* 1982, V, n° 1; 1^{re} Civ., 24 mars 1981, pourvoi n° 79-16.118, *Bull.* 1981, I, n° 98; 2^e Civ., 5 janvier 1978, pourvoi n° 76-12.800, *Bull.* 1978, II, n° 7).

Il faut en déduire que le bénéfice du doute est la conséquence opérationnelle de l'impossibilité, pour qui en a la charge, d'apporter la preuve de l'élément matériel ou de l'élément moral de l'infraction et d'emporter ainsi la conviction du juge répressif. L'innocence, n'est plus seulement présomption, mais devient vérité judiciaire. Puisque la preuve n'est pas faite de la culpabilité, la preuve est réputée faite de l'innocence.

L'article préliminaire, III, alinéa 1 et l'article 427 du code de procédure pénale apparaissent alors comme le siège de la matière, pour ce qui concerne en tout cas le niveau de la loi interne (article préliminaire, III, alinéa 1 : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie » – art. 427 : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui »). Si, comme il est de principe en matière pénale (pour les exceptions, voir les hypothèses de présomptions décrites dans la présente partie, titre 1, chapitre 1, section 4; chapitre 2, section 3), le ministère public a la charge de la preuve et si la conscience du juge – l'intime conviction, qui abolit la hiérarchie des preuves – fait la décision, alors le bénéfice du doute est ce qui conduit à innocenter le prévenu ou l'accusé.

Ainsi rattaché à la présomption d'innocence, sans se confondre conceptuellement avec elle cependant, le bénéfice du doute trouve ses racines dans des textes non répressifs ou même *supra*-légaux.

L'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 a consacré la règle en énonçant que tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable. La présomption d'innocence se fonde aussi sur l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948. L'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est devenu à son tour, en 1950, le réceptacle du principe sacré (pour une application « historique » concernant l'autorité politique française, voir CEDH, 10 février 1995, *Allenet de Ribemont c. France* et 7 août 1996, *Allenet de Ribemont c. France* (interprétation), requête n° 15175/89 : la Cour rappelle avec netteté les pouvoirs publics à leurs devoirs de réserve devant l'action judiciaire en condamnant la France pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme; toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie).

En droit interne – mais hors le champ répressif –, l'article 9-1 du code civil décrit la présomption d'innocence pour l'assortir de la possible réparation de ses atteintes : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. » La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse assure la sanction de ces principes concordants en réprimant la diffamation et en introduisant la possibilité pour une personne d'insérer un droit de réponse dans un journal l'ayant présentée comme coupable.

La chambre criminelle veille depuis le XIX^e siècle à une saine application du principe du bénéfice du doute. Elle le proclame sans réticence dans des arrêts innombrables. Mais elle se doit aussi d'inviter les juges du fond à ne pas écarter les preuves réunies, au profit d'un doute qui, certes, ne peut manquer d'ébranler dès le premier regard tout magistrat consciencieux, mais ne doit pas l'empêcher de juger (sur l'aspect

théorique et pratique de la question, voir T. Fossier et F. Lévêque, «Le “presque vrai” et le “pas tout à fait faux” : probabilités et décision juridictionnelle», *JCP* éd. G n° 14, 2 avril 2012, 427).

Ce balancement entre présomption d'innocence et irrésolution du juge ne conduit jamais la chambre criminelle à contrôler la réalité ni la force des éléments de preuve, dont on sait (partie 1, titre 2, chapitre 1, section 8) que l'appréciation est laissée à la souveraineté des juges du fond. Mais la Cour de cassation distingue le doute vrai, dont les juges du fond auront pu montrer les raisons et pu assurer qu'il était insurmontable, et l'insuffisance ou l'erreur de raisonnement. On trouve des exemples parfois anciens de cet effort de la Cour de cassation pour servir avec précision la règle fondamentale du bénéfique du doute, et réguler par conséquent le régime de la preuve.

Ainsi, en l'absence de toute constatation des faits de la cause, le seul énoncé d'un doute sur la mauvaise foi du prévenu, dénué de toute justification, ne saurait suffire à motiver une décision de relaxe (Crim., 17 mai 1939, *Bull. crim.* 1939, n° 115, p. 209; Crim., 23 septembre 2009, pourvoi n° 09-80.018), pas davantage que la seule affirmation de l'inefficacité théorique d'un procédé frauduleux (Crim., 16 juin 2010, pourvoi n° 09-84.758). De même, si les juges apprécient librement la valeur probante des éléments qui sont soumis à leur appréciation et se décident d'après leur intime conviction, on ne saurait admettre qu'après avoir énuméré des éléments de preuve apparemment décisifs, ils se bornent à affirmer, pour prononcer une relaxe, l'existence d'un doute sans en donner aucune justification (Crim., 22 juin 1960, *Bull. crim.* 1960, n° 339, p. 684; Crim., 15 juin 1973, pourvoi n° 72-92.223, *Bull. crim.* 1973, n° 268). Ou encore : il appartient aux juges correctionnels d'ordonner les mesures d'instruction qu'ils estiment utiles à la manifestation de la vérité et qu'ils constatent avoir été omises; faute d'avoir ordonné lesdites mesures, dont elle admet qu'elles eussent été utiles à la manifestation de la vérité, la cour d'appel n'a pu légalement faire état, pour relaxer le prévenu de l'incertitude qui lui paraissait exister en faveur de celui-ci (Crim., 19 mars 1975, pourvoi n° 74-91.220, *Bull. crim.* 1975, n° 84; Crim., 16 octobre 2002, pourvoi n° 02-80.826 – L'exigence de persévérance dans la recherche de la vérité n'est cependant pas sans limites : Crim., 7 décembre 2010, pourvoi n° 09-84.765).

À plus forte raison, le juge du fond qui doute parce qu'il méconnaît la règle se voit sanctionner par la cassation. Le juge correctionnel n'est pas lié par la qualification donnée à la prévention : il ne peut prononcer une décision de relaxe qu'autant qu'il a vérifié que les faits dont il est saisi ne sont constitutifs d'aucune infraction (Crim., 22 janvier 1997, pourvoi n° 95-81.186, *Bull. crim.* 1997, n° 31; Crim., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-84.542). Jugé encore qu'admet une excuse illégale, et méconnaît ses pouvoirs, la cour d'appel qui s'abstient, sous prétexte d'obscurité, de résoudre un point de droit dont elle reconnaît la pertinence et déclare faire profiter l'inculpé, tant de l'incertitude où aurait pu se trouver celui-ci que de la sienne propre (Crim., 21 octobre 1942, *D. A.* 1943, p. 4; voir aussi, relaxe d'un chef d'entreprise sans rechercher si la délégation de pouvoirs qu'il invoquait était valable : Crim., 11 mars 1993, pourvoi n° 91-80.958, *Bull. crim.* 1993, n° 112).

Section 2 – Doute à l'égard de la victime (matière civile)

La reconnaissance du bénéfice du doute existe, en dehors des stricts cas légaux, dans certains contentieux, notamment celui des victimes de contaminations transfusionnelles (§ 1) et des accidents de la circulation (§ 2).

§ 1. Doute et présomption de contamination transfusionnelle par le virus de l'hépatite C

L'article 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dispose : « En cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi [7 mars 2002], le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur. »

L'ordonnance n° 2005-1087 du 2 septembre 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine (article 15) a transféré l'ensemble du contentieux aux juridictions administratives, quelle que soit la date du fait générateur, les juridictions judiciaires saisies antérieurement à la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance (3 septembre 2005) de demandes pour lesquelles elles étaient compétentes le demeurant après cette entrée en vigueur. Ce texte est donc appliqué par les deux ordres de juridiction.

Après avoir estimé que les juges du fond étaient souverains pour apprécier si les éléments apportés par le demandeur permettaient de présumer l'origine transfusionnelle de la contamination, afin que celui-ci puisse se prévaloir de l'existence d'un doute au sens de l'article 102 précité (1^{re} Civ., 13 décembre 2005, pourvoi n° 03-17.547, *Bull.* 2005, I, n° 500), la Cour de cassation a, un temps, contrôlé, en présence d'une incertitude sur l'origine transfusionnelle de la contamination ou l'innocuité des produits, que les juges du fond en faisaient bénéficier la victime (1^{re} Civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-12.948, *Bull.* 2007, I, n° 237 ; 1^{re} Civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-14.606, *Bull.* 2007, I, n° 272 ; 1^{re} Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n° 06-20.346 ; 1^{re} Civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 08-14.729, *Bull.* 2009, I, n° 47).

Toutefois, à la suite de trois arrêts du Conseil d'État du 10 octobre 2003 (n° 249416, *AJDA* 2004, p.128), 19 octobre 2007 (n° 288224) et 29 juin 2009 (n° 285383) ayant retenu « qu'il appartient au demandeur, non pas seulement de faire état d'une éventualité selon laquelle sa contamination par le virus de l'hépatite C provient d'une transfusion, mais d'apporter un faisceau d'éléments conférant à cette hypothèse, compte tenu de toutes les données disponibles, un degré suffisamment élevé de vraisemblance ; que si tel est le cas, la charge de la preuve contraire repose sur le défendeur ; que ce n'est qu'au stade où le juge, au vu des éléments produits successivement par les parties, forme sa conviction que le doute profite au demandeur » et que « la question de savoir si les éléments avancés par le demandeur suffisent pour créer une présomption, si la preuve contraire est apportée par le défendeur et s'il existe un doute devant conduire à

accueillir la demande relève de l'appréciation souveraine des juges du fond», la première chambre civile s'est ralliée à cette méthode, moins favorable à la victime, notamment dans l'hypothèse où elle a été confrontée à d'autres causes de contamination (1^{re} Civ., 30 septembre 2010, pourvoi n° 09-11.192 ; 1^{er} décembre 2011, pourvoi n° 10-25.883 ; 28 juin 2012, pourvoi n° 11-17.568).

Une divergence est à nouveau apparue entre les deux ordres de juridiction, depuis que le Conseil d'État, dans trois arrêts du 19 octobre 2011 (n° 339670, n° 338571, et n° 338686 ; voir aussi CE, 4 juillet 2012, n° 349939 et n° 346483) a infléchi sa jurisprudence en retenant qu'« eu égard à la disposition selon laquelle le doute profite au demandeur, la circonstance que l'intéressé a été exposé par ailleurs à d'autres facteurs de contamination, résultant notamment d'actes médicaux invasifs ou d'un comportement personnel à risque, ne saurait faire obstacle à la présomption légale que dans le cas où il résulte de l'instruction que la probabilité d'une origine transfusionnelle est manifestement moins élevée que celle d'une origine étrangère aux transfusions ».

§ 2. Doute relatif à la catégorie d'appartenance de la victime dans la loi du 5 juillet 1985

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 est fondée sur un droit à indemnisation. La détermination du débiteur de l'indemnisation résulte de l'article 2 de la loi : il s'agit du propriétaire ou du gardien du véhicule impliqué dans l'accident de la circulation au sens de l'article 1^{er}. La jurisprudence applique donc la règle traditionnelle selon laquelle le propriétaire d'un véhicule, comme de toute chose, est présumé en être le gardien, sauf pour lui à rapporter la preuve contraire d'un transfert de la garde matérielle.

La règle est protectrice des victimes parce que la Cour de cassation considère que le doute sur la qualité de conducteur ne profite pas au propriétaire : même s'il n'est pas établi qu'il est conducteur, le propriétaire d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation en est présumé gardien et reste tenu, en cette qualité, d'indemniser les victimes (2^e Civ., 19 juin 2003, pourvoi n° 00-18.991, *Bull.* 2003, II, n° 198).

Ni la force majeure, ni le fait d'un tiers ne peuvent être opposés à la victime (article 2 de la loi n° 85-677), et les fautes des différents types de victimes prévues aux articles 3 et 4, qui ne sont pas des causes d'exonération puisqu'il n'y a ni responsable, ni causalité, sont des causes légales de limitation du droit à indemnisation (à l'exception de la référence, dans l'article 3, à la faute « cause exclusive de l'accident »). D'où la nécessité de déterminer à quelle catégorie appartient la victime, pour connaître le type de faute susceptible de lui être opposée. Le contentieux de l'indétermination de la qualité de conducteur se règle donc suivant les règles de preuve applicables au doute persistant : le doute profite ici à la victime qui, à défaut pour le juge de disposer de suffisamment d'éléments pour dire qu'elle était conductrice, doit la présumer piéton, qualité qui lui est la plus favorable (2^e Civ., 18 février 2010, pourvoi n° 09-12.278).

PARTIE 3 – MODES DE PREUVE

Les éléments que le justiciable peut songer à produire – pour prouver la réalité de la qualité juridique dont il se réclame ou la certitude d'un fait dont les conséquences de droit lui importent – sont infiniment divers : des écrits, émanés de lui-même ou d'un agent ou officier public, rédigés pour faire preuve ou constatant fortuitement une donnée décisive pour l'espèce à juger ; des paroles aussi, la sienne ou celle d'un témoin ; des indices, de la matérialité desquels surgissent des éléments de conviction, précis et concordants. Le but des parties, en revanche, est parfaitement homogène : il s'agit, toujours, par l'application d'une prédétermination de la loi, ou en suscitant la conviction du juge, de « faire preuve » du bien-fondé de leurs allégations-prétentions-demandes ou, à tout le moins, de l'inanité de celles de l'adversaire. Lorsqu'un texte ne vient pas fixer lui-même la crédibilité ou la portée de l'élément produit, il résulte de la jurisprudence que le juge en fera une appréciation souveraine : tout dépend du lieu juridique où l'on se trouve. Du point de vue d'une étude d'efficience, la liberté de la preuve (titre 2) est seconde par rapport à sa valeur probante (titre 1).

TITRE 1 – VALEUR PROBANTE DE L'ÉLÉMENT PRODUIT

Cette valeur probante est à examiner dans son principe (chapitre 1) puis à rechercher dans son intensité (chapitre 2).

Chapitre 1 – Principe de la force probante

L'aptitude d'un élément avancé en justice par une partie à établir la véracité d'une allégation n'est pas toujours laissée à la libre appréciation du juge. Il existe en cette matière des règles qui déterminent la valeur qu'il convient d'attribuer aux preuves produites. Ainsi, le droit ne permet pas, dans un domaine qu'il conviendra de déterminer, qu'une partie se crée un titre à elle-même (section 1). Elle organise encore l'encadrement de la contestation des titres afin que soit respectée la valeur de leur contenu (section 2).

Section 1 – L'adage « Nul ne peut se constituer un titre à soi-même »

L'adage selon lequel « nul ne peut se constituer un titre à soi-même », qui paraît relever du bon sens, comporte une interdiction dont il convient de mesurer la portée (§ 1) et de laquelle il convient d'exclure les faits juridiques (§ 2).

§ 1. Stricte portée de la prohibition

«Nul ne peut se constituer *un titre* à soi-même» : sous une dénomination variable selon les arrêts – adage, maxime, principe, règle – utilisée seule ou en lien avec l'article 1315 du code civil, la formule est normative. Sa rédaction, telle que retenue ici, que l'on trouve notamment chez Pothier (références *in* Mouly-Guillemaud, «La sentence “nul ne peut se constituer de preuve à soi-même”, ou le droit des preuves à l'épreuve de l'unilatéralisme», *RTD civ.* 2007, p. 253 et s., note 18), invite immédiatement à souligner que, si le titre est une preuve, toute preuve n'est pas un titre, malgré quelques glissements rédactionnels erronés. L'exacte portée jurisprudentielle de l'adage ne peut se comprendre sans cette mise au point.

Le *titre* est ce qui, sur le fond du droit, justifie la prérogative sans ouvrir le pouvoir d'appréciation judiciaire : il s'agit du texte, et, souvent en droit privé, de l'acte juridique, sous son double aspect substantiel et instrumentaire, cette preuve littérale parfaite par laquelle est établi le droit subjectif, le juge se contentant de reconnaître et sanctionner les effets de l'acte, après avoir, s'il y a lieu, opéré des interprétations. Le sens énergique, mais étroit, de l'adage est donc que personne ne saurait, par un acte dont il serait le seul auteur, s'autoproclamer propriétaire, acquéreur, créancier, usufruitier, légataire, preneur à bail... (1^{re} Civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 02-19.446). Sinon, si la preuve a été fabriquée par celui qui la produit, elle se confond avec l'allégation de celui-ci, confisquant l'appréciation judiciaire là où elle doit s'exercer. En revanche, l'adage est sans application aux faits juridiques, pour lesquels la preuve se propose par tous moyens, le juge pesant alors souverainement la crédibilité et la portée de chacun.

Il en résulte que ni le principe ni le montant d'une dette contractuelle ne peuvent se déduire valablement de factures, relevés de comptabilité, lettres de relance, mises en demeure émanés exclusivement du demandeur en paiement (1^{re} Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-71.657; 1^{re} Civ., 18 octobre 2005, pourvoi n° 04-14.248; 1^{re} Civ., 30 novembre 2004, pourvoi n° 02-10.314; 1^{re} Civ., 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-20.967; 1^{re} Civ., 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-22.894, *Bull.* 2003, I, n° 9), ni la libération totale du débiteur, de la lettre et du chèque que ce dernier a adressés à celui qui le poursuit en paiement d'impayés prétendus demeurés (1^{re} Civ., 14 mai 2009, pourvoi n° 08-10.457) : c'est là la veine majeure des cassations prononcées. Néanmoins, l'adage intervient dans d'autres cas de figure encore, ainsi, pour censurer le juge qui, saisi de la responsabilité d'une banque suite à des transferts de titres effectués sans autorisation depuis un compte dont le caractère propre ou commun était en discussion, a seulement retenu le certificat du service juridique de l'établissement financier attestant que rien n'établissait le caractère commun du compte (1^{re} Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-20.434); ou le juge qui, pour renvoyer l'utilisateur devant le tribunal administratif en retenant qu'une canalisation ne fait pas partie du réseau d'assainissement affermé à une société, se fonde sur une lettre de l'auteur de cette dernière (1^{re} Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-70.051).

§ 2. Inapplicabilité de la prohibition aux faits juridiques

Il se déduit de l'exact champ d'application de l'adage qu'il est sans aucune incidence sur les modalités par lesquelles le plaideur s'efforce de conserver ou susciter la trace de faits dont la démonstration commande le succès de sa prétention : la preuve du fait juridique est libre, quelle que soit donc la personne dont elle émane (1^{re} Civ., 10 mai 2005, pourvoi n° 02-12.302)... mais la force de conviction sera souverainement

appréciée par le juge. La jurisprudence illustrative est abondante et chatoyante, à travers maints arrêts topiques des diverses chambres de la Cour.

A. Première chambre civile

On ne peut reprocher à une juridiction d'avoir admis la preuve, par n'importe quelle voie appropriée – et même constituée par celui qui y a intérêt – de la délivrance effective d'une information ou du caractère fidèle de la copie d'un document (1^{re} Civ., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-16.944); d'avoir retenu la réalité de versements, d'encaissements-décaissements, de restitutions à partir de relevés et bordereaux de la personne qui s'en prévaut (1^{re} Civ., 4 mai 2012, pourvoi n° 11-15.466; 1^{re} Civ., 1^{er} décembre 2011, pourvoi n° 10-18.793); d'avoir fait usage d'un barème établi par un tiers compétent et produit à l'appui de la demande de chiffrage (ce n'est pas un titre, 1^{re} Civ., 17 février 2004, pourvoi n° 01-14.874), ou de compteurs ou listings ou films ou horodateurs pour établir l'ampleur d'une consommation, la réception d'un message, la matérialité et l'étendue d'un dommage, l'instant précis d'un passage, le juge appréciant l'indépendance du fonctionnement technique des appareils par rapport à la personne qui se prévaut des résultats qu'ils livrent (1^{re} Civ., 7 mars 2000, pourvoi n° 98-12.397, *Bull.* 2000, I, n° 81; 1^{re} Civ., 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-17.553, *Bull.* 2003, I, n° 26; 1^{re} Civ., 13 juillet 2004, pourvoi n° 01-11.729, *Bull.* 2004, I, n° 207). Et le principe est donc violé par refus d'application si le juge, à son seul motif, écarte des attestations de nature à établir un acquiescement implicite à un divorce (1^{re} Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-30.689, *Bull.* 2011, I, n° 112).

B. Deuxième chambre civile

Devant la deuxième chambre civile, la question s'est posée de savoir si un organisme de sécurité sociale peut produire utilement, à l'appui de sa demande de remboursement de prestations indûment perçues, des pièces ainsi qu'un récapitulatif visés et signés, notamment, par son agent comptable. C'est par l'affirmative que, forte des dispositions qui régissent les compétences et attributions ainsi que la responsabilité de l'agent comptable au sein des organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, répond la Cour de cassation : il résulte en effet des articles R. 122-4 et D. 253-11 du code de la sécurité sociale que l'agent comptable d'un organisme de sécurité sociale est chargé, sous sa propre responsabilité et sous le contrôle du conseil d'administration, de l'ensemble des opérations financières et comptables de l'organisme et qu'il est notamment responsable de la tenue de la comptabilité, de l'encaissement des recettes, du paiement des dépenses, de la conservation des pièces justificatives des opérations et des documents comptables et de la sincérité des écritures (2^e Civ., 4 décembre 2008, pourvoi n° 07-18.501, *Bull.* 2008, II, n° 257).

C. Troisième chambre civile

Devant la troisième chambre civile et en matière de bail rural, cette règle est d'autant plus sollicitée que, comme il sera expliqué plus loin (partie 3, titre 2, chapitre 6, section 1) la preuve de cette convention est libre de par la loi, laquelle reconnaît la validité des baux verbaux.

Par un arrêt du 31 mai 2011 (pourvoi n° 10-10.334), la troisième chambre civile a, écartant l'application de cette règle invoquée par le propriétaire des biens exploités, admis que la mention de versements au profit de celui-ci dans les documents comptables de l'exploitant pouvait faire la preuve, corroborée par d'autres éléments, permettant d'établir le caractère onéreux de la mise à disposition et, partant, la soumission de la convention au statut des baux ruraux.

– Inversement, à propos d'un bail d'habitation dont l'existence n'était pas contestée, la troisième chambre a fait application de cette règle pour écarter toute valeur probatoire à un décompte établi par un locataire et invoqué par lui contre son bailleur pour démontrer qu'il avait versé à celui-ci des sommes indues (3^e Civ., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-15.885).

Vite rapprochées, ces deux décisions pourraient paraître d'autant plus contradictoires que le bail est un acte juridique, tandis que le paiement est un fait juridique.

Les situations étaient pourtant différentes.

Dans l'arrêt de 2011, il s'agissait seulement, pour l'aspirant locataire, de démontrer l'existence de versements, peu important leur montant.

Dans l'arrêt de 2007, les écritures invoquées par le locataire étaient rédigées en dehors de toute comptabilité et tendaient à prouver le montant précis de sommes prétendument versées au bailleur.

D. Chambre commerciale

La chambre commerciale a ainsi admis, dans un litige entre sociétés commerciales, qu'une cour d'appel puisse retenir pour établir un fait, parmi d'autres éléments, les attestations produites par l'une des sociétés, émanant de l'un de ses responsables (Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-14.959). Il s'agissait ici, notamment, d'attestations relatant les éléments justifiant l'abandon d'un projet d'achat de plusieurs fonds de commerce, dans le cadre d'une action indemnitaire au titre d'une rupture de pourparlers considérée comme fautive par l'autre société.

Cette même chambre a également censuré une cour d'appel pour avoir écarté des attestations en raison du lien de parenté existant entre leurs auteurs et la partie qui s'en prévalait, sans examiner si le contenu de ces attestations était de nature à emporter la conviction du juge (Com., 25 septembre 2012, pourvoi n° 11-24.232). Il s'agissait ici du témoignage de l'épouse et des enfants du cessionnaire d'un fonds de commerce produit dans un litige l'opposant au cédant et tendant à obtenir la résolution de la vente pour inexécution de l'obligation de délivrance du fonds artisanal cédé.

On observe ainsi qu'il ne s'agit donc pas tant, en matière commerciale, de savoir de qui émane la pièce produite au soutien d'une prétention (sauf lorsque la loi prévoit une irrecevabilité particulière, comme le fait l'article 205 du code de procédure civile, excluant les attestations établies par les descendants dans le cadre des procédures en divorce ou séparation de corps), mais de déterminer si la pièce dont il s'agit présente des garanties suffisantes pour emporter la conviction du juge, à l'instar de ce que prévoyait l'ancien article 109 du code de commerce qui admettait la preuve testimoniale « dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre ».

On peut ainsi relever qu'un autre arrêt de la chambre commerciale, relatif à la preuve d'une poursuite de pourparlers, a validé, en se référant à l'appréciation souveraine des éléments de preuve, un arrêt de cour d'appel ayant retenu qu'une société ne rapportait pas la preuve que les négociations destinées à conclure un nouveau contrat s'étaient poursuivies après le courrier de résiliation, aux motifs que « ses [propres] courriers ne pouva [ient] en tenir lieu, nul ne pouvant se constituer de preuve à soi-même, et les attestations de certains de ses salariés comme le courrier électronique d'un transporteur étant insuffisants » (Com., 31 janvier 2006, pourvoi n° 04-20.683).

Selon la même logique d'efficacité et de rapidité, propre aux échanges commerciaux, l'article L. 123-23 du code de commerce introduit un mode de preuve original en admettant que la comptabilité régulièrement tenue puisse être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. Il en résulte qu'un commerçant peut ainsi justifier ses prétentions par un élément de preuve qu'il peut avoir lui-même établi. Toutefois la loi prévoit certaines garanties en précisant que la comptabilité irrégulièrement tenue ne peut être invoquée par son auteur à son profit.

Dans le cadre de l'application de ce texte, la chambre commerciale a censuré une cour d'appel qui avait retenu qu'une société ne prouvait ni le montant ni le principe de sa créance, « ne produisant que des documents unilatéraux, réclamation, tableau récapitulatif, "extraits de compte", qui n'ont aucune valeur probatoire, cette société n'étant pas un établissement de crédit », sans expliquer en quoi ces extraits de compte ne pouvaient être admis comme moyen de preuve entre deux sociétés commerciales (Com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-21.909, et, déjà en ce sens, Com., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.128)

À l'inverse, et à l'instar des autres éléments de preuve, il peut être rappelé qu'il est toujours loisible aux juges du fond d'écarter une demande en paiement de créance fondée sur des éléments comptables incomplets, tels des extraits comptables comprenant un report de solde injustifié (voir, en ce sens, Com., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-23.079).

Section 2 – Contestation de titre

Elle porte, classiquement, sur l'acte sous seing privé (§ 1) et sur l'acte authentique (§ 2).

§ 1. Contestation de l'acte sous seing privé

A. Déni d'écriture et de signature

Des contestations peuvent naître, au cours d'un procès, sur la force probante d'un document produit par une partie.

Le code de procédure civile organise plusieurs procédures pour le règlement de tels incidents : la vérification d'écriture (articles 285 à 298), le faux (articles 299 à 302), ces procédures pouvant être engagées incidemment ou à titre principal.

La Cour de cassation rappelle régulièrement qu'en présence d'une contestation d'écriture, les juges du fond sont dans l'obligation de procéder à sa vérification, soit eux-mêmes, soit en faisant appel à un expert (1^{re} Civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-16.883 ; 1^{re} Civ.,

20 février 2007, pourvoi n° 06-14.278, *Bull.* 2007, I, n° 76 ; 1^{re} Civ., 28 mars 2008, pourvoi n° 06-18.226, *Bull.* 2008, I, n° 93 ; 1^{re} Civ., 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.268). L'efficacité probatoire de l'acte contesté est donc suspendue jusqu'à ce que la contestation soit tranchée.

À l'issue de ces vérifications, la validité de l'écrit est soit affirmée, soit exclue. Le juge en tire alors les conséquences qui en découlent quant au bien-fondé de la demande.

Le juge n'est toutefois pas tenu de procéder à cette vérification s'il peut statuer sans tenir compte de l'écrit contesté (1^{re} Civ., 29 février 2012, pourvoi n° 10-27.332, *Bull.* 2012, I, n° 45 ; 1^{re} Civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18.438, *Bull.* 2012, I, n° 134).

B. Acte sous seing privé et constat d'huissier

Plus que les autres baux spéciaux, les baux d'habitation donnent naissance à des litiges, souvent âpres, portant sur la réparation des dégradations du bien loué par le locataire.

Les bailleurs, parfois désagréablement surpris de l'état dans lequel se trouve le bien après plusieurs années de jouissance locative, ont assez souvent tendance à chercher à imputer systématiquement cette dégradation à leur locataire, sans faire la part de la vétusté (dont le locataire ne doit pas répondre, ainsi qu'il ressort de l'article 1730 du code civil applicable aux baux d'habitation ; pour une illustration : 3^e Civ., 9 novembre 1977, pourvoi n° 76-12.068, *Bull.* 1977, III, n° 380) et du fait fautif du locataire (qui l'expose à devoir indemniser le bailleur par application de l'article 1732 du code civil également applicable).

La preuve d'éventuelles dégradations locatives, qui, fait juridique, peut être administrée par tous moyens, suppose une comparaison entre les états successifs de l'immeuble au moment de l'entrée en jouissance du locataire et à sa sortie.

Pour éviter des discussions sans fin (et parfois sans issue) sur l'état du bien à la date de conclusion du bail (l'état du bien loué à la sortie du locataire ne fait que très rarement l'objet d'un débat, car dans l'ambiance conflictuelle, les parties ont très vite ce réflexe de faire dresser un constat d'huissier), il est hautement recommandé aux parties de se constituer, au moment de l'entrée en jouissance, une preuve de cet état, à défaut de quoi s'appliquera la présomption de bon état, défavorable au locataire, prévue par l'article 1731 du code civil.

Le plus souvent, cette preuve préconstituée consiste en un état des lieux sous seing privé établi contradictoirement entre les parties comme prescrit par l'article 3 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, texte dont il résulte que le bailleur qui aurait fait obstacle à l'établissement du constat ne pourrait invoquer à son profit la présomption de l'article 1731.

Les énonciations de cet état des lieux dit « d'entrée » peuvent-elles être combattues par l'une ou l'autre des parties en cas de contestation à la sortie du locataire ? Une réponse certainement positive résulte de l'article 1^{er}, alinéa 2, de l'ordonnance n° 45-2592 relative au statut des huissiers de justice réformée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

La troisième chambre civile a, par arrêt du 23 mai 2002 (pourvoi n° 00-13144, *Bull.* 2002, III, n° 110 : «Mais attendu qu'un état des lieux dressé contradictoirement constate une situation de fait jusqu'à preuve contraire»), posé le principe de l'admission de la preuve contraire.

§ 2. Contestation de l'acte authentique

Les actes notariés ont une double spécificité. D'une part, ils ont une force probante supérieure aux actes sous seing privé, d'autre part, ils constituent par eux-mêmes, lorsqu'ils sont revêtus de la formule exécutoire, des titres exécutoires.

Selon l'article 1319 du code civil, l'acte authentique, dont l'acte notarié est une forme, fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Selon la jurisprudence, seuls les faits que l'officier public a énoncés dans l'acte comme ayant été accomplis par lui ou comme s'étant passés en sa présence dans l'exercice de ses fonctions sont revêtus de cette force probante, qui ne peut être combattue que par la procédure d'inscription de faux. En revanche, les énonciations des parties, recueillies par le notaire et ne portant pas sur des faits que celui-ci aurait personnellement constatés, valent jusqu'à preuve contraire (1^{re} Civ., 13 mai 1986, pourvoi n° 84-17.246, *Bull.* 1986, I, n° 122 ; 1^{re} Civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-19.622, *Bull.* 2005, I, n° 399).

Par ailleurs, selon l'article 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, devenu article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire constituent des titres exécutoires permettant le recours à l'exécution forcée contre les débiteurs des obligations qu'ils constatent, sans décision judiciaire préalable. L'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, encore en vigueur, dispose que « tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République » sous réserve du faux. La possibilité pour les notaires de délivrer des actes immédiatement exécutoires a été considérée, par la Cour de cassation, comme ne soulevant pas de question sérieuse de constitutionnalité (2^e Civ., 12 mai 2011, QPC n° 11-40.006).

L'acte authentique est défini à l'article 1317 du code civil comme « celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ».

En ce qui concerne les actes dressés par les notaires, les solennités requises sont énoncées par le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, tel que modifié par le décret n° 2005-973 du 10 août 2005. Ce texte décrit les mentions obligatoires des actes notariés et, plus généralement, les modalités d'établissement de ceux-ci. Ainsi, l'article 10 dispose que les actes sont signés par les parties, les témoins et le notaire. Le décret comporte également un titre consacré aux annexes de l'acte notarié et c'est ce point qui fait souvent difficulté devant la Cour de cassation, le statut juridique des annexes étant sujet à discussion.

L'article 21 du décret, modifié, prévoit que l'acte porte mention des documents qui lui sont annexés. Il ajoute que « les procurations sont annexées à l'acte à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire rédacteur de l'acte » et que « dans ce cas, il est fait mention dans l'acte du dépôt de la procuration au rang des minutes ». Par ailleurs, l'article suivant précise que « lorsque l'acte est établi sur support papier, les

pièces annexées à l'acte sont revêtues de la mention constatant cette annexe et signée du notaire». Il est jugé qu'une pièce ne constitue une annexe à un acte notarié que si elle est revêtue d'une mention constatant cette annexe et signée du notaire (1^{re} Civ., 7 octobre 1997, pourvoi n° 95-11.314, *Bull.* 1997, I, n° 267).

De nombreux pourvois examinés en 2012 ont posé à la Cour de cassation la question de la sanction de l'absence d'annexion de la procuration à l'acte notarié et ont mis en évidence une difficulté d'articulation de textes.

L'article 41 du décret de 1971 précité sanctionne l'inobservation de certaines obligations mentionnées par le décret, en prévoyant que l'acte fait en contravention de certains articles sera nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties et que lorsqu'il sera revêtu de ces signatures, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée. Cet article ne vise pas celui relatif à l'obligation d'annexion des procurations, de sorte qu'il pourrait en être déduit que cette obligation n'est pas sanctionnée.

Néanmoins, l'article 1318 du code civil dispose que l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. C'est sur cette disposition législative que se sont appuyées certaines cours d'appel pour « déclasser » en actes sous seing privé les actes notariés ne comportant pas les procurations en annexe.

L'articulation de ces deux textes n'est pas aisée. La deuxième chambre civile avait déjà eu l'occasion de juger que l'obligation de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique, à moins qu'elles ne soient déposées au rang des minutes du notaire rédacteur, n'était pas sanctionnée par la nullité de l'acte (2^e Civ., 11 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.606). Elle avait, par ailleurs, considéré que l'irrégularité de forme d'une annexe, qui ne comporte pas la mention de son annexion à l'acte notarié, ne privait pas l'acte authentique de son caractère exécutoire (2^e Civ., 10 février 2011, pourvoi n° 10-13.714).

Statuant sur les premiers pourvois soulevant l'application de l'article 1318 du code civil et de l'article 41 du décret de 1971 précité, la Cour de cassation a rendu des décisions qui ont pu paraître contradictoires, la deuxième chambre ayant jugé « qu'il résulte de l'article 1318 du code civil que l'acte notarié, qui ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 8, devenu 21, du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, perd son caractère authentique » (2^e Civ., 7 juin 2012 [5 arrêts], pourvoi n° 11-15.439; pourvoi n° 11-16.107; pourvoi n° 11-19.022; pourvoi n° 11-15.440; pourvoi n° 11-15.112, *Bull.* 2012, II, n° 102) alors que la première chambre avait jugé que « l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang des minutes n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire » (1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-11.925, *Bull.* 2012, I, n° 66). La Cour de cassation a donc décidé de renvoyer des pourvois formulant des moyens similaires en chambre mixte, laquelle, visant les articles 8 et 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, dans leur rédaction applicable à la cause, ensemble l'article 1318 du code civil, a décidé que l'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes « ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique, partant son caractère exécutoire » (Ch. mixte, 21 décembre 2012, pourvoi n° 12-15.063, en cours de publication; voir aussi Ch. mixte, 21 décembre 2012, pourvoi n° 11-28.688, en cours de publication).

Chapitre 2 – Intensité de la force probante

Une force probante particulière est reconnue d'une part aux actes de bornage (section 1) et d'autre part aux procès-verbaux (section 2).

Section 1 – Acte de bornage

La distinction entre l'action en bornage et l'action pétitoire est peut-être encore plus mal comprise des justiciables que celle existant entre l'action pétitoire et l'action possessoire, tant il est fréquent que celui qui intente la première a dans l'idée de voir reconnaître des limites séparatives conformes à son droit de propriété.

Il est vrai que la délimitation des champs respectifs de ces deux actions n'est pas exempte de subtilité : l'action en bornage tend à voir fixer les limites divisaires de fonds sans égard à l'identité de leur propriétaire; l'action pétitoire, à déterminer l'identité du propriétaire d'un fonds, dont les limites exactes importent, à ce stade, finalement assez peu.

Et les auteurs d'une action en revendication d'un fonds qui ignorent cette distinction peuvent être d'autant plus tentés d'invoquer des éléments tirés d'une précédente procédure en bornage, amiable ou judiciaire, qu'ils savent que la preuve du droit de propriété est libre (sur cette liberté, voir partie 3, titre 2, chapitre 5, section 1, § 1).

La troisième chambre civile veille pourtant à tirer les conséquences de cette distinction.

Par un arrêt du 10 novembre 2009 (pourvoi n° 08-20951, *Bull.* 2009, III, n° 247 : «Attendu que pour débouter M. Raymond X... de sa demande en revendication de la propriété de la portion du terrain cadastré AT 528 sur laquelle il a construit un mur et le condamner à sa démolition sous astreinte, l'arrêt retient que la seconde convention de bornage, signée le 20 novembre 2001 par toutes les parties au litige, y compris de M. Raymond X..., s'impose et fait la loi des parties en ce qui concerne les limites de propriétés respectives; Qu'en se fondant exclusivement sur un procès-verbal de bornage, lequel ne constitue pas un acte translatif de propriété, la cour d'appel a violé les textes susvisés»), elle a, en effet, cassé la décision par laquelle une cour d'appel avait rejeté une action en revendication en tant qu'elle se heurtait aux énonciations contraires d'un procès-verbal de bornage amiable établi précédemment.

Il en ressort, ce qui n'est, après tout, guère surprenant, que les actes relatifs au bornage, amiable ou judiciaire, n'ont de force probante qu'à l'égard des limites des propriétés concernées et qu'ils ne peuvent donner titre (ni faire obstacle) à une action en revendication.

Section 2 – Procès-verbaux en matière pénale, douanière et fiscale

En principe, un procès-verbal rédigé par un membre de la police judiciaire ou par un fonctionnaire chargé de constater une infraction ne vaut qu'à titre de «simple renseignement».

La loi attribue néanmoins une force probante particulière à certains procès-verbaux.

En premier lieu, la loi peut prévoir que le procès-verbal vaudra jusqu'à preuve contraire et la loi réglemente alors les conditions dans lesquelles cette preuve contraire pourra être rapportée, soit, le plus souvent, par l'écrit et le témoignage.

En second lieu, la loi peut préciser que le procès-verbal vaudra jusqu'à inscription de faux. Le contenu du procès-verbal ne pourra être contesté que par la mise en œuvre de la procédure d'inscription de faux.

Le fait d'attribuer une force probante renforcée à certains procès-verbaux induit nécessairement une limitation du contradictoire, la discussion des éléments de preuve étant encadrée par la loi. Cette limitation s'explique par le crédit particulier accordé par la loi aux membres de la police judiciaire ou à certains fonctionnaires, crédit encadré au plan pénal par l'article 441-4 du code pénal, qui sanctionne de peines criminelles l'altération frauduleuse de la vérité dans des écrits par ces agents. Elle s'explique aussi par le souci du législateur d'éviter des discussions infinies lorsque les dénégations du prévenu se heurtent aux constatations desdits agents.

§ 1. Procès-verbaux valant jusqu'à preuve contraire

Selon l'article 537 du code de procédure pénale, les procès-verbaux de constat établis en matière contraventionnelle valent jusqu'à preuve contraire. L'article 431 dudit code prévoit qu'en matière délictuelle, les procès-verbaux ne bénéficient de cette force probante renforcée que dans les cas où leurs auteurs « ont reçu d'une disposition spéciale de la loi le pouvoir de constater des délits par des procès-verbaux ou des rapports ».

L'article L. 238 du livre des procédures fiscales attribue également une force probante jusqu'à preuve contraire aux constatations des agents de l'administration des impôts et organise la procédure permettant au justiciable de rapporter la preuve contraire : « La personne qui fait l'objet des poursuites peut demander à apporter la preuve contraire des faits constatés dans le procès-verbal. Lorsque le tribunal accepte la demande, il reporte l'examen de l'affaire en la renvoyant à au moins quinze jours. Lorsque la personne concernée veut faire entendre des témoins, elle en dépose la liste au secrétariat-greffe avec leurs nom, prénoms, profession et domicile dans le délai de trois jours francs à compter de l'audience au cours de laquelle le renvoi a été prononcé ».

Le prévenu a le droit de combattre ces procès-verbaux par tous les moyens légaux de preuve, mais leur force probante ne peut être infirmée sur ses seules dénégations ou allégations. S'il résulte des constats de l'agent verbalisateur que l'infraction est constituée et que la preuve contraire au procès-verbal n'est pas rapportée par l'un des moyens admis par la loi, le juge ne peut relaxer le prévenu au bénéfice du doute au motif que l'infraction ne serait pas suffisamment établie (Crim., 25 avril 1977, pourvoi n° 77-90.125, *Bull. crim.* 1977, n° 134, à propos d'une contravention). Pour exemple, la chambre criminelle juge que lorsqu'un procès-verbal constate, lors d'un inventaire dans les chais d'un négociant en vins, des manquants et des excédents par rapport à la déclaration de stock souscrite à la recette locale des impôts, les juges ne peuvent, en l'absence de toute preuve rapportée contre ces constatations matérielles, relaxer le prévenu du chef de fraude en matière de déclaration de stock de vin, au seul motif d'une imprécision ou d'un manque de rigueur dans les opérations de contrôle, alors qu'aucun procédé n'est imposé aux agents verbalisateurs pour évaluer les quantités de vin se trouvant en stock (Crim., 14 octobre 1991, pourvoi n° 90-84.932, *Bull. crim.* 1991,

n° 339; voir, pour d'autres exemples, Crim., 8 octobre 2008, pourvoi n° 08-81.099, *Bull. crim.* 2008, n° 205; Crim., 24 février 2010, pourvoi n° 09-82.810, *Bull. crim.* 2010, n° 39). Enfin, la chambre criminelle a précisé qu'une attestation écrite ne constituait pas une preuve par écrit ou par témoin au sens de l'article 537 du code de procédure pénale (Crim., 7 février 2001, pourvoi n° 00-84.520, *Bull. crim.* 2001, n° 39; Crim., 25 avril 2001, pourvoi n° 00-87.946, *Bull. crim.* 2001, n° 100).

Une jurisprudence constante et stricte précise le champ de la force probante des procès-verbaux concernés.

En premier lieu, cette force probante renforcée ne s'attache qu'aux constatations effectuées par les agents et non aux appréciations personnelles, reconstitutions et déductions auxquelles elles donnent lieu, qui ne valent qu'à titre de renseignements laissés à l'appréciation des juges du fond (voir les arrêts précités).

En deuxième lieu, seuls les constats effectués personnellement par l'auteur du procès-verbal bénéficient de la valeur probatoire renforcée. Cela ne signifie pas que les constats d'un autre agent soient dépourvus de toute force probante. Ils valent alors à titre de simples renseignements et peuvent suffire à fonder la conviction des juges. Ainsi la chambre criminelle a-t-elle approuvé une cour d'appel ayant déclaré un prévenu coupable d'inobservation de la signalisation imposant l'arrêt absolu, en se fondant sur un procès-verbal établi par des agents ayant rapporté ce qu'ils avaient entendu de leur collègue, agissant dans l'exercice de ses fonctions, et qui leur rendait compte, par liaison radio, de ses propres constatations (Crim., 5 novembre 1996, pourvoi n° 96-80.151, *Bull. crim.* 1996, n° 392; voir également, en matière de contributions indirectes, Crim., 28 octobre 1991, pourvoi n° 90-84.213, *Bull. crim.* 1991, n° 379). De même, les informations fournies par un appareil automatique ne valent qu'à titre de simples renseignements, à moins que la loi n'en dispose autrement, comme en matière de radars automatiques (article L. 130-9, alinéa 1, du code de la route). La chambre juge cependant que « participent personnellement à la constatation d'une contravention d'excès de vitesse et doivent être considérés comme les rédacteurs communs du procès-verbal, même si un seul d'entre eux en est le signataire, aussi bien l'agent qui met en œuvre le cinémomètre que celui qui, placé à une certaine distance, reçoit et consigne les indications [du premier] » (Crim., 2 mai 2002, pourvoi n° 01-86.963, *Bull. crim.* 2002, n° 97; voir aussi Crim., 8 juin 2006, pourvoi n° 06-81.293, *Bull. crim.* 2006, n° 168).

Enfin, la force probante renforcée ne vaut que pour les constatations se rapportant aux infractions que l'auteur du procès-verbal est spécialement habilité à constater, sur l'étendue de la circonscription à laquelle il est affecté (Crim., 4 novembre 1992, pourvoi n° 91-83.265, *Bull. crim.* 1992, n° 354).

§ 2. Procès-verbaux valant jusqu'à inscription de faux

L'article 336 du code des douanes attribue une valeur probatoire différente, d'une part aux constatations matérielles des agents des douanes relatées dans les procès-verbaux, d'autre part aux déclarations et aveux y figurant.

Selon l'article 336, 1°, du code des douanes, lorsqu'ils sont rédigés par deux agents des douanes ou de toute autre administration, les procès-verbaux de douane font foi, jusqu'à inscription de faux, des constatations matérielles qu'ils relatent. Les constatations matérielles sont celles qui sont faites directement par les rédacteurs du procès-verbal.

Tel est le cas d'un procès-verbal qui décrit les déchets se trouvant dans un camion contrôlé par les agents des douanes (Crim., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-86.110, *Bull. crim.* 2001, n° 244).

Aux termes du 2° de l'article précité, lesdits procès-verbaux ne font foi que jusqu'à preuve contraire de « l'exactitude et de la sincérité des aveux et déclarations qu'ils rapportent ». La chambre criminelle interprète strictement la notion de déclarations et juge que, par « déclarations », il faut entendre les propos tenus par le contrevenant sur ses propres agissements, et non les accusations portées à l'encontre des tiers (Crim., 22 décembre 1964, pourvoi n° 64-90.849, *Bull. crim.* 1964, n° 345).

Selon l'article 339 du code des douanes, celui qui veut s'inscrire en faux contre un procès-verbal est tenu d'en faire la déclaration par écrit, en personne ou par un fondé de pouvoir spécial devant notaire, au plus tard à l'audience indiquée par la sommation de comparaître devant le tribunal qui doit connaître de l'infraction. Il doit dans les trois jours suivants faire au greffe dudit tribunal le dépôt des moyens de faux et des noms et qualités des témoins qu'il veut faire entendre, le tout sous peine de déchéance de l'inscription de faux. La chambre criminelle contrôle le strict respect de ces conditions. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel ayant déclaré irrecevable une inscription de faux formée, non à la date indiquée par la sommation à comparaître, mais, ultérieurement, à l'audience à laquelle l'affaire a été renvoyée par suite de la non-comparution du prévenu (Crim., 7 mars 1996, pourvoi n° 94-84.553, *Bull. crim.* 1996, n° 108). Est également jugée irrecevable l'inscription de faux faite, non devant les premiers juges, avant toute défense au fond, mais pour la première fois en cause d'appel (Crim., 6 mars 1989, pourvoi n° 88-83.000, *Bull. crim.* 1989, n° 102).

Si l'inscription de faux est régulièrement faite contre un procès-verbal constatant la fraude et que les moyens de faux, s'ils étaient prouvés, auraient pour effet de faire disparaître la fraude à l'égard de l'inscrivant, le procureur de la République fait les diligences nécessaires pour qu'il soit statué sans délai sur cette inscription (article 340 du code des douanes). Le tribunal saisi de l'infraction peut surseoir à statuer au jugement de l'infraction jusqu'au jugement de l'inscription de faux.

TITRE 2 – LIBERTÉ QUANT À L'ÉLÉMENT PRODUIT

Nombreux sont les arrêts et les thèmes par lesquels s'illustre la liberté faite au plaideur de prouver par tous moyens.

Chapitre 1 – En droit civil des obligations

En droit civil, la liberté de preuve peut être précisée quant à la preuve de la cause de l'obligation (section 1) et à celle du paiement libératoire (section 2).

Section 1 – Preuve de la cause de l'obligation

En vertu de l'article 1131 du code civil, « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

L'article 1132 du code civil, en ce qu'il dispose que la convention est valable quoique la cause n'en soit pas exprimée, met la preuve du défaut ou de l'illicéité de la cause à la charge de celui qui l'invoque (1^{re} Civ., 19 juin 2008, pourvoi n° 06-19.056, *Bull.* 2008, I, n° 175 ; 1^{re} Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-14.625, *Bull.* 2009, I, n° 203 ; 1^{re} Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.581, *Bull.* 2010, I, n° 7).

La Cour de cassation a eu récemment matière à préciser les modes de preuve que peut invoquer le débiteur qui conteste le bien-fondé d'une demande en paiement reposant sur l'existence d'une reconnaissance de dette.

La jurisprudence distingue selon que la cause du contrat – la remise des fonds lorsque l'engagement résulte d'un contrat de prêt – est ou non exprimée dans l'acte : – si l'acte ne contient aucune indication quant à la cause de l'engagement qu'il contient, la preuve de l'absence de cause pourra se faire par tous moyens dès lors qu'il ne s'agit pas de prouver contre un écrit mais de combattre la présomption instituée par l'article 1132 du code civil (1^{re} Civ., 9 février 2012, pourvoi n° 11-13.778).

Dans l'affaire visée, la débitrice contestait avoir reçu l'intégralité de la somme réclamée. Dès lors que la cause de son engagement n'était pas mentionnée dans la reconnaissance de dette, il lui appartenait d'établir, par tous moyens, que la somme litigieuse ne lui avait été remise qu'en partie.

– au contraire, si l'acte précise la cause de l'obligation du débiteur, la preuve de la fausseté de la cause doit être administrée par un autre écrit (1^{re} Civ., 23 février 2012, pourvoi n° 11-11.230, *Bull.* 2012, I, n° 36).

Dans cette espèce, la reconnaissance de dette mentionnait que la créance invoquée avait pour contrepartie l'exécution de travaux pour le compte de la débitrice. Pour établir la fausseté partielle de la cause exprimée dans l'acte, la cour d'appel s'était appuyée sur des attestations et lettres produites par l'intéressée et sur une mesure d'expertise judiciaire ordonnée par ses soins. L'arrêt précité du 23 février 2012 censure cette décision et pose en principe que la preuve de la fausseté de la cause exprimée à l'acte doit être administrée par écrit, dans les conditions de l'article 1341 du code civil.

Cette solution n'est pas nouvelle.

La Cour de cassation avait déjà fait application de cette règle dans une hypothèse où un débiteur reconnaissait, dans l'acte, avoir perçu les sommes litigieuses (1^{re} Civ., 8 avril 2009, pourvoi n° 07-20.652). Le pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir retenu que l'existence des paiements ne pouvait être remise en cause par de simples présomptions avait ainsi été rejeté (voir, dans le même sens, 1^{re} Civ., 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-16.236).

Si l'existence d'une fausse cause est démontrée, il incombe ensuite au bénéficiaire de la reconnaissance de dette, en application de l'article 1315 du code civil, de prouver que sa créance repose sur une autre cause licite, à défaut de quoi il doit succomber dans ses prétentions (1^{re} Civ., 20 décembre 1988, pourvoi n° 87-13.270, *Bull.* 1988, I, n° 369 ; 1^{re} Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-11.618).

Section 2 – Preuve du paiement libératoire

Classiquement analysé comme étant un acte juridique (voir cependant l'analyse contraire du professeur Nicole Catala, *La Nature juridique du paiement*, LGDJ, 1961, n° 168-169), le paiement était soumis à l'exigence de la preuve écrite (1^{re} Civ., 5 octobre 1976, pourvoi n° 75-12.099, *Bull.* 1976, I, n° 282 ; 1^{re} Civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 98-23.083, *Bull.* 2002, I, n° 101).

Rompant avec cette jurisprudence, la première chambre civile de la Cour de cassation pose désormais en principe que « la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens » (1^{re} Civ., 6 juillet 2004, pourvoi n° 01-14.618, *Bull.* 2004, I, n° 202 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2005, pourvoi n° 03-18.109 ; 1^{re} Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-13.705).

L'arrêt précité du 6 juillet 2004 était analysé par certains auteurs comme consacrant la nature hybride du paiement qui, sous son aspect de versement d'une somme d'argent, constitue un simple fait, alors que, sous celui de la constatation de la volonté du créancier de tenir le versement pour satisfaisant, c'est un acte juridique (Ph. Malaurie, P. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, 3^e éd., 2007, n° 1088, note 57).

Un autre auteur interprétait cet arrêt comme le signe d'une libéralisation des règles de preuve correspondant à la voie préconisée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription qui, dans son nouvel article 1231, prévoit que « le paiement se prouve par tous moyens » (G. Loiseau, « Réflexion sur la nature juridique du paiement », *JCP* 2006, éd. G, I, 171 ; *JCP* éd. G n° 42, 18 octobre 2010, 1040, chronique « Régime de l'obligation », § 15).

Au-delà de ce débat théorique, la qualification retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation tend à un assouplissement souhaitable des règles de preuve en ce qu'elle rend admissible tous les moyens de preuve, quelle que soit la valeur du litige. La rigueur de la preuve écrite était d'ailleurs souvent assouplie par les juges du fond, qui admettaient largement l'impossibilité morale de se préconstituer un écrit pour admettre d'autres moyens de preuve.

Il convient d'observer que le revirement amorcé par l'arrêt du 6 juillet 2004 a été suivi par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui, dans un arrêt non publié du 17 décembre 2009 (pourvoi n° 06-18.649), retient que « [...] la preuve du paiement peut être rapportée par tous moyens [...] » sans se prononcer toutefois sur la qualification juridique du paiement.

Par un nouvel arrêt publié du 16 septembre 2010 (pourvoi n° 09-13.947, *Bull.* 2010, I, n° 173), la première chambre civile de la Cour de cassation maintient sa jurisprudence et censure une cour d'appel qui, pour rejeter une demande en paiement, avait retenu que le créancier ne produisait aucun écrit ou commencement de preuve par écrit au soutien de son action et ne versait aux débats que des attestations.

Chapitre 2 – En droit de la famille

La liberté de la preuve appelle des développements s'agissant du divorce (section 1) et des dispositions testamentaires (section 2).

Section 1 – Fait invoqué à l'appui du divorce

L'article 259 du code civil dispose : « Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux. »

Dans le chapitre relatif à l'admissibilité des modes de preuve (voir partie 4, titre 2, chapitre 2), la recevabilité de certains supports de preuve sera examinée : rapports d'enquête de détectives privés, analyses sanguines, tests ADN, courriels ou SMS.

Dans le présent chapitre, seule la prohibition des attestations et témoignages des descendants, ajoutée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce à l'article 259 précité du code civil, sera envisagée.

Ce récent ajout pourrait apparaître d'ailleurs comme faisant double emploi avec l'article 205 du code de procédure civile qui disposait déjà, *in fine* : « Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps. »

La Cour a toujours fait preuve d'une grande rigueur s'agissant de la prohibition du témoignage des descendants, il s'agit de l'une des rares limites posées à la liberté de la preuve en matière de faute, cause du divorce.

La Cour a élargi l'interdiction aux **déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce**. Ainsi, les déclarations des enfants faites devant les services de police dans le cadre d'une enquête pénale étrangère à l'instance en divorce ne peuvent être prises en considération (1^{re} Civ., 1^{er} février 2012, pourvoi n° 10-27.460, *Bull.* 2012, I, n° 16 : « attendu qu'il résulte de l'article 205 du code de procédure civile que les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps ; que cette prohibition s'applique aux déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce ; que, dès lors, c'est à bon droit que l'arrêt retient que les déclarations des enfants recueillies lors de l'enquête de police ne peuvent être prises en considération » ; voir aussi 1^{re} Civ., 4 mai 2011, pourvoi n° 10-30.706, *Bull.* 2011, I, n° 79).

La Cour a aussi étendu l'interdiction de témoigner, qui trouve sa justification dans le difficile conflit de loyauté où se trouveraient placés les enfants, à **leurs conjoints, leurs concubins et même à leurs conjoints divorcés**. Cette extension de l'interdiction a notamment été énoncée dans les arrêts suivants :

– pour le conjoint du descendant : « attendu que la prohibition, édictée par l'article 205 du nouveau Code de procédure civile, de l'audition des descendants d'un époux, sur les griefs invoqués à l'appui d'une demande en divorce, s'applique aux conjoints de ces descendants » (2^e Civ., 30 septembre 1998, pourvoi n° 96-21.110, *Bull.* 1998, II, n° 250) ;

- pour le conjoint divorcé du descendant : « attendu qu'en écartant l'attestation du conjoint divorcé d'un descendant, la cour d'appel a fait une exacte application de l'alinéa 2 de l'article 205 du nouveau code de procédure civile » (1^{re} Civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-14.686, *Bull.* 2006, I, n° 71);
- pour le concubin du descendant : « attendu que le concubin d'un descendant ne peut être entendu sur les griefs invoqués par des époux à l'appui d'une demande en divorce » (2^e Civ., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-13.833, *Bull.* 2001, II, n° 94).

Tous les enfants sont concernés, qu'ils soient légitimes, naturels ou nés de précédentes unions.

La Cour a enfin précisé qu'étaient également concernés par cette interdiction **les témoignages directs mais aussi les témoignages indirects**.

Ainsi, doit être écartée des débats, en application de l'article 205 du code de procédure civile, l'attestation émanant de la mère de l'épouse relatant les propos tenus par ses petits-enfants sur le comportement de leur père à l'égard d'une autre femme (1^{re} Civ., 3 novembre 2004, pourvoi n° 03-19.079, *Bull.* 2004, I, n° 239).

De même, l'attestation d'un ami du fils de l'épouse doit être écartée en application des articles 259 du code civil et 205 du code de procédure civile (1^{re} Civ., 31 mars 2010, pourvoi n° 09-14.700).

Enfin, la remise par un descendant à sa mère, dans le cadre d'une procédure de divorce, d'une lettre de son père rédigée quatre ans auparavant, est assimilable à un témoignage prohibé visé par l'article 205 du code de procédure civile (2^e Civ., 5 juillet 2001, pourvoi n° 99-15.244, *Bull.* 2001, II, n° 129 : « Attendu que la remise par un descendant d'une lettre d'un parent relative aux torts du divorce équivaut au témoignage prohibé par l'article 205 du nouveau Code de procédure civile »).

La Cour a donc, de façon continue, adopté une interprétation élargie de la notion de descendants, n'hésitant pas à inclure dans cette catégorie des personnes n'ayant pas de lien d'alliance. Il s'agit de la principale restriction à la liberté de la preuve en matière de divorce.

Section 2 – Contenu des dispositions testamentaires

Un testament, pour être valable, suppose nécessairement un écrit dans l'une des formes de l'article 969 du code civil, ou dans celle prévue par la Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international. Le testament verbal est nul (Cass. Req., 19 novembre 1867, *D.* 1868, 1, p. 216).

Lorsque l'acte original, l'instrument testamentaire, qui constitue en principe la preuve littérale du titre, ne peut être présenté, la preuve de la réalité du testament, c'est-à-dire celle de son existence et de son contenu, peut néanmoins se faire par tous moyens si sont remplies les conditions dérogatoires aux modes de preuve littérale que prévoit l'article 1348, alinéa 1^{er}, du code civil, dont l'application au testament est admise depuis longtemps par la Cour de cassation (Cass. civ., 12 décembre 1859; *D.* 1860, 1, p. 334).

Il en est ainsi seulement lorsque le titre a été perdu par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure (voir, par exemple, Cass. Req., 1^{er} août 1927, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 895), ce

que ne constitue pas la perte de l'original par l'avocat auquel il avait été remis (1^{re} Civ., 12 novembre 2009, pourvoi n° 08-17.791, *Bull.* 2009, I, n° 227).

Ainsi, il appartient à celui qui se prévaut d'un testament qu'il ne peut présenter d'établir l'existence du titre disparu et du cas fortuit ou de la force majeure qui a provoqué sa disparition, ce qu'il peut faire par tous moyens. Ce n'est que s'il rapporte cette preuve qu'il sera admis à prouver librement le contenu de l'acte, c'est-à-dire les dernières volontés du défunt.

La copie reproduction fidèle et durable de l'original permet-elle d'échapper aux règles régissant la preuve littérale du testament comme le prévoit l'article 1348, alinéa second, du code civil ?

La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de l'affirmer, mais elle a précisé que seule la partie à l'acte (et s'agissant d'un acte unilatéral, seul le testateur est partie) ayant perdu l'original ou le dépositaire, est en droit de pallier ainsi l'absence du titre original, de sorte qu'un prétendu légataire n'ayant jamais été dépositaire de l'original du testament l'instituant ne rapporte pas la preuve de son legs par la production d'une copie de celui-ci (1^{re} Civ., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-16.447, *Bull.* 2005, I, n° 197).

Si la copie est admise, il y a lieu de penser que les contestations qui auraient pu être soulevées contre l'original, authenticité de l'écriture ou de la signature par exemple, sont recevables, et on ne voit pas ce qui les ferait échapper au régime des preuves afférentes à ces contestations.

Chapitre 3 – En droit des actes de commerce

Le principe de la liberté de preuve en matière commerciale est ancien : un édit de Charles IX de 1563 instituant les juridictions consulaires admettait déjà la preuve par témoin (D. Houtcieff, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 2^e éd., 2008, § 338). Le code de commerce de 1807 l'a consacré – non sans quelques hésitations – en ces termes : « Les achats et les ventes se constatent : Par actes publics, Par actes sous signature privée, Par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties, Par une facture acceptée, Par la correspondance, Par les livres des parties, Par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre » (article 109). La Cour de cassation a interprété cette disposition comme établissant une liberté de preuve totale (Civ., 17 mai 1892, *D.P.* 1892, 1, p. 603). Elle a en outre très tôt précisé qu'il était possible de prouver par tous moyens même contre un acte écrit (Cass. Req., 25 nov. 1903, *D.P.* 1904, 1, p. 332). L'article 109 modifié par la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques, devenu L. 110-3 du code de commerce en vertu de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, est désormais plus explicite en disposant que : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. » Ce principe se justifie par les exigences de rapidité et de simplicité qu'impose la vie des affaires (section 1). Sa pérennité ou continuité apparente s'accompagne toutefois d'un mouvement d'atténuation de son particularisme voire de sa force, dont on présentera les principales illustrations (section 2). Certains modes de preuve que sont les livres comptables et les

factures, expressément évoqués par l'ancien article 109 du code de commerce de 1807, font aujourd'hui l'objet d'une réglementation spécifique (section 3). Enfin il faut signaler le particularisme du bail commercial entre commerçants (section 4).

Section 1 – Principe de la liberté des preuves

La loi du 12 juillet 1980 précitée a restreint le domaine d'application de l'ancien article 109 en exigeant que l'acte en cause ait été accompli par un commerçant. La jurisprudence antérieure se contentait en effet de l'existence d'un acte de commerce (Com., 5 octobre 1993, pourvoi n° 91-12.372, *Bull.* 1993, IV, n° 310). Les conséquences de cette restriction sont importantes. Ainsi la règle est-elle inapplicable à un cautionnement donné par le gérant d'une société à responsabilité limitée (SARL) (Com., 21 juin 1988, pourvoi n° 86-10.128, *Bull.* 1988, IV, n° 212) ou par le président d'une société anonyme (SA) (Com., 26 novembre 1990, pourvoi n° 89-12.277, *Bull.* 1990, IV, n° 301). Il faut en effet que l'acte ait été passé par un commerçant (Com., 10 novembre 2009, pourvoi n° 06-12.779) ayant agi dans l'exercice ou dans l'intérêt de son commerce (Com., 19 janvier 1993, pourvoi n° 90-16.380, *Bull.* 1993, IV, n° 21).

En ce qui concerne les actes mixtes, conclus entre un commerçant et un non-commerçant, la preuve se fait par tous moyens contre la personne qui est intervenue en qualité de commerçant et dans l'intérêt de son commerce (Com., 20 mai 1980, pourvoi n° 78-15.932, *Bull.* 1980, IV, n° 210; Com., 21 juin 1994, pourvoi n° 92-18.630, *Bull.* 1994, IV, n° 232). On peut ainsi prouver par tous moyens contre une société commerciale (3^e Civ., 6 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.206; 1^{re} Civ., 29 septembre 2004, pourvoi n° 01-16.376). Mais la règle cesse en revanche de jouer lorsque le défendeur n'est pas commerçant (Com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-17.823), sauf à faire application des règles de droit commun et notamment des exceptions à l'exigence d'un acte écrit en cas d'impossibilité de se procurer une telle preuve, règles dont peut se prévaloir un commerçant à l'égard de ses clients (Com., 12 octobre 1982, pourvoi n° 81-12.727, *Bull.* 1982, IV, n° 312). En outre, le principe de la liberté de preuve peut ponctuellement voir son domaine étendu en présence d'un usage le consacrant dans une matière non commerciale à proprement parler. Il en va ainsi en matière agricole, dans laquelle il existe un usage qui autorise les parties à conclure verbalement les ventes d'aliments pour le bétail (Com., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-72.426, *Bull.* 2011, IV, n° 50). En revanche, conformément à la lettre de l'article L. 521-1 du code de commerce, la Cour de cassation a considéré que le principe de la liberté de preuve du gage commercial était également applicable lorsqu'il s'agit de prouver contre un non-commerçant s'il a été constitué en garantie des engagements d'un commerçant envers un autre commerçant (Com., 23 octobre 1984, pourvoi n° 83-14.044, *Bull.* 1984, IV, n° 278; Com., 2 octobre 2001, pourvoi n° 98-17.770).

Les dispositions de l'article L. 110-3 du code de commerce font exception à celles de l'article 1341 du code civil (voir, par exemple, Com., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-16.480). La preuve d'un acte passé entre une SA, société commerciale par sa forme, et un commerçant, échappe donc aux prescriptions de l'article 1341 (Com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-17.823; s'agissant d'une SARL : Com., 10 mars 2004, pourvoi n° 02-15.256). On peut également prouver par témoins ou présomptions contre un acte écrit (Com., 21 novembre 1995, pourvoi n° 93-20.893).

La règle fait aussi échec aux articles 1325, 1326 et 1328 du code civil. L'article 1326 n'est pas applicable au cautionnement souscrit par un commerçant dès lors que celui-ci a agi dans l'exercice ou l'intérêt de son commerce (Com., 12 mai 1998, pourvoi n° 95-15.355, *Bull.* 1998, IV, n° 150). Il en va de même des dispositions de l'article 1328 qui conditionnent l'existence d'une date certaine pour les actes sous seing privé (Com., 17 mars 1992, pourvoi n° 90-10.694, *Bull.* 1992, IV, n° 121), ainsi que de celles de l'article 1325 qui régissent le nombre d'originaux d'un acte sous seing privé qui doivent être préconstitués (Com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.549). On peut enfin prouver par tous moyens l'existence d'un contrat de transport même en l'absence de lettre de voiture (Com., 27 mars 2007, pourvoi n° 05-21.326).

Les modes de preuve admis en matière commerciale sont très variés. On peut ainsi prouver par témoins, présomption, aveu et serment. Toutefois, la force probante des éléments de preuve – même libre – reste soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, ainsi qu'à l'exigence de loyauté. Dans un arrêt du 9 février 2010, par exemple, la chambre commerciale a rappelé que le juge du fond était libre d'apprécier la crédibilité des témoignages qui lui étaient présentés (pourvoi n° 08-18.067). En matière commerciale, davantage peut-être que dans d'autres, les progrès accomplis dans le domaine informatique et les moyens de communication sont pris en compte par la jurisprudence. C'est notamment en cette matière qu'ont été admis comme mode de preuve les microfilms auxquels la pratique bancaire avait fait appel pour régler ses problèmes d'archivage des chèques, ce qui a conduit à la reconnaissance par le législateur de la copie fidèle et durable (article 1348, alinéa 2, issu de la loi du 12 juillet 1980 précitée). La preuve d'un acte de commerce peut être aussi rapportée par télécopie, dès lors qu'ont été vérifiées, ou ne sont contestées, ni son intégrité ni l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné (Com., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-14.251, *Bull.* 1997, IV, n° 315), ou photocopie (1^{re} Civ., 30 mai 2000, pourvoi n° 98-16.519, *Bull.* 2000, I, n° 164), ce raisonnement étant transposable aux courriels ou messages écrits téléphoniques dits « SMS » (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, *Bull.* 2007, V, n° 85). L'informatique offre en effet des garanties importantes de conservation des preuves (voir, par exemple, Com., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-13.039). Depuis la réforme du droit de la preuve initiée par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, le juge du fond s'est vu toutefois reconnaître une grande liberté pour apprécier la valeur probante des supports électroniques en toute matière (article 1316-2 du code civil).

La chambre commerciale a régulièrement l'occasion de faire application du principe selon lequel les faits se prouvent par tous moyens, dans des domaines variés.

Pour ne retenir qu'un exemple des plus originaux, on peut évoquer un arrêt rendu en matière de contrefaçon le 3 mai 2012 (Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.508, *Bull.* 2012, IV, n° 89) où la chambre a approuvé une cour d'appel d'avoir dit que les constats établis par les agents de l'agence pour la protection des programmes (APP) relatifs à la constatation de faits qui ne relèvent pas de leur champ de compétence, s'étendant aux infractions liées au droit d'auteur, à ses droits voisins et aux droits des producteurs de données, étaient nuls et que, si un acte nul ne saurait produire aucun effet juridique, les constats établis par les agents de l'APP à la demande de la société Louis Vuitton Malletier, concernant des faits qui seraient constitutifs d'une atteinte au droit des marques, constituaient des éléments de preuve permettant de retenir sa

compétence puis la responsabilité des sociétés eBay, dans la mesure où, la preuve de faits juridiques pouvant être rapportée par tous moyens, la cour d'appel avait pu retenir que les constatations de l'APP valaient à titre de simple renseignement.

Section 2 – Atténuation du particularisme probatoire

Le particularisme du droit de la preuve entre commerçants s'estompe. En effet, le régime probatoire appliqué aux particuliers tend à s'en rapprocher au travers, notamment, de l'interprétation large des exceptions à l'article 1341 du code civil ou de l'admission de la preuve électronique. En outre, le droit commercial voit se multiplier des règles spécifiques de forme. Ces règles participent de l'essor d'un nouveau formalisme contractuel qui entend protéger les commerçants à l'occasion de certains actes graves, ou lorsque ceux-ci se trouvent dans une relation d'affaires potentiellement dissymétrique.

Ce formalisme touche le plus souvent à la validité de l'acte mais a nécessairement des répercussions sur l'administration de la preuve. Est ainsi nul l'engagement de caution, pris par acte sous seing privé par une personne physique envers un créancier professionnel, qui ne comporte pas la mention manuscrite exigée par l'article L. 341-2 du code de la consommation (Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-11.616, *Bull.* 2009, IV, n° 56). En l'espèce, le non-respect de ce formalisme ne pouvait pas, selon la chambre commerciale, être compensé par l'aveu judiciaire de la caution. De même, les articles L. 330-3, R. 330-1 et R. 330-2 du code de commerce relatifs à l'engagement d'exclusivité en matière commerciale imposent la remise au bénéficiaire de l'exclusivité d'un document lui permettant de connaître l'état du réseau dans lequel il va s'insérer et l'étendue de ses engagements (voir, pour une illustration récente de l'impact de cette législation sur la question de la preuve, Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 02-12.366).

Il existe désormais un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles un écrit est exigé comme condition d'existence de l'acte passé. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut relever le cas de la vente de fonds de commerce (article L. 141-1 du code de commerce), de la vente de navire (article 10 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967), de la cession de brevets ou de marques (article L. 613-8 du code de la propriété intellectuelle pour la cession de brevets, et article L. 714-1 pour les marques). De même, les articles 1835 du code civil et L. 225-15 du code de commerce imposent la constitution par écrit des sociétés en vue de leur immatriculation. Le droit cambiaire est également très formaliste et illustre le fait que la liberté de preuve en matière commerciale doit aussi composer avec l'exigence de sécurité juridique, tout aussi nécessaire à la vie des affaires.

Section 3 – Réglementation spécifique des livres comptables et factures émises par les commerçants

Il existe des modes de preuve propres à la matière commerciale, qui concernent pour l'essentiel les livres de commerce, les documents comptables et les factures. L'article L. 123-23 du code de commerce précise que les livres de commerce font preuve entre commerçants (Com., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-12.273 ; Com., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.128). Les livres de commerce sont constitués d'un livre-journal, d'un grand livre et d'un livre d'inventaire (article R. 123-173 du code de commerce). La

notion de documents comptables est plus large et comprend tous les documents comptables que sont notamment le bilan et le compte de résultat. Un commerçant peut se prévaloir à l'égard d'un autre commerçant de sa comptabilité si celle-ci est régulière. Le juge conserve toutefois le pouvoir d'apprécier cette régularité et la valeur probante de ces documents en application de l'article L. 110-3 du code de commerce (Com., 17 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.957). Des listings informatiques relatant des mouvements comptables ont ainsi été admis à titre de preuve dans un litige entre deux sociétés (Com., 20 mai 2008, pourvoi n° 07-13.556), la cour d'appel ayant également pris en compte les relations d'affaires ayant existé entre les parties.

Les articles 1329 et 1330 du code civil interdisent, dans certaines limites, aux commerçants de prouver par leurs moyens contre les non-commerçants, mais autorisent, sous certaines conditions, que ces documents fassent preuve contre eux. Afin de préserver le secret des affaires, la communication à une partie ou à un tiers des documents comptables est en outre strictement réglementée par l'alinéa 3 de l'article L. 123-23 du code de commerce, auquel peut toutefois faire échec la production forcée ordonnée par le juge sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile (2^e Civ., 6 mai 1999, pourvoi n° 96-10.631, *Bull.* 1999, II, n° 81).

S'agissant des factures, l'article L. 441-3 du code de commerce rend leur établissement obligatoire et précise les mentions qu'elles doivent comporter. Ce formalisme concerne pour l'essentiel le respect des obligations fiscales des commerçants, mais ces factures peuvent être produites à l'occasion d'un litige. Une facture équivaudra dans un litige à un acte sous seing privé lorsqu'elle aura été acquittée ou signée (Com., 19 février 2008, pourvoi n° 06-19.310; Com., 25 février 2003, pourvoi n° 00-20.956), mais demeure soumise à l'appréciation souveraine du juge du fond et risque d'être parfois insuffisante en l'absence de tout autre élément (Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-15.968; Com., 17 novembre 2009, [deux arrêts] pourvois n° 08-20.957 et n° 08-20.958; Com., 20 mai 2008, pourvoi n° 07-13.556 précité; Com., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-14.898).

Section 4 – Bail commercial entre commerçants

L'article L. 110-3 du code de commerce aménage à l'encontre des commerçants un régime de preuve dérogatoire. Aux termes de ce texte : «À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi.»

Cette règle dérogatoire profite notamment souvent aux bailleurs de locaux commerciaux en cas de litige avec leur locataire. Si, en effet, ces bailleurs n'ont pas toujours la qualité de commerçants, les locataires ont, par hypothèse, cette qualité (étant rappelé que l'article L. 145-1 du code de commerce subordonne le bénéfice du statut des baux commerciaux à qui est inscrit au registre du commerce et des sociétés).

Elle a pour conséquence que le bailleur sera en droit de prouver par tous moyens son droit contre son cocontractant, alors même que les règles communes de preuve seraient plus exigeantes.

Mais lorsque le bailleur est lui-même commerçant, la liberté de preuve devient bilatérale.

Un arrêt de la troisième chambre civile en date du 29 novembre 2005 (pourvoi n° 04-11.321, *Bull.* 2005, III. 2005, n° 228) constitue une bonne illustration de ce nouvel équilibre probatoire qui s'installe lorsque les deux parties au bail sont commerçantes :

Le bailleur de la cause avait délivré à son locataire un congé avant que d'exercer ce que la pratique appelle le « droit de repentir » organisé par l'article L. 145-58 du code de commerce (soit le droit de renoncer au bénéfice du congé pour ne pas payer au locataire l'indemnité d'éviction à laquelle il peut prétendre par principe en cas de non-renouvellement).

Le locataire réclamait néanmoins le paiement de l'indemnité arguant de ce qu'il avait contracté un nouveau bail pour d'autres locaux avant que l'acte par lequel le bailleur avait exercé son droit de repentir ne lui parvienne.

Pour résister à cette prétention, le bailleur invoquait, avec succès devant la cour d'appel, les dispositions de l'article 1328 du code civil desquelles il aurait normalement dû résulter que le nouveau bail n'avait pas acquis date certaine avant que lui-même ne notifie l'exercice de son droit de repentir.

Mais c'était oublier là les dispositions de l'article L. 110-3 du code de commerce, qui permettent de s'affranchir des exigences du droit commun de la preuve (« Attendu que, pour déclarer opposable à la société Logistic l'exercice du droit de repentir notifié par la bailleuse le 21 décembre 1998, l'arrêt retient qu'aucun des éléments sur lesquels se fonde la société locataire pour établir l'antériorité du nouveau bail conclu par elle ne répond aux exigences de l'article 1328 du Code civil ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'à l'égard des commerçants la date d'un acte de commerce peut être prouvée par tous moyens, la cour d'appel a violé le texte susvisé »).

Chapitre 4 – En droit des assurances

En droit des assurances, le contrat est l'objet d'un débat probatoire qu'il s'agisse de son existence (section 1) ou de son contenu (section 2). La preuve de la fausse déclaration fait l'objet de règles spécifiques s'agissant de la mauvaise foi (section 3) et des déclarations contenues dans les questionnaires adressés à l'assuré (section 4).

Section 1 – Preuve du contrat d'assurance

Les règles relatives à l'administration de la preuve diffèrent selon que le bénéfice de l'assurance est invoqué par l'assuré ou par un tiers.

§ 1. Preuve de l'existence et du contenu du contrat d'assurance par l'assuré

Classiquement c'est à l'assuré qui réclame le bénéfice de l'assurance d'apporter la preuve de l'existence du contrat. L'article L. 112-3 du code des assurances dispose que « le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractères

apparents». Il résulte de ce texte que, si le contrat d'assurance est un contrat consensuel, parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et du souscripteur (2^e Civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-15.955, *Bull.* 2007, II, n° 153), la preuve de son existence ne peut être rapportée que par écrit (1^{re} Civ., 14 novembre 1995, pourvoi n° 93-14.546, *Bull.* 1995, I, n° 402 ; 1^{re} Civ., 2 mars 2004, pourvoi n° 00-19.871). Cette exigence d'une preuve littérale, quel que soit le montant des sommes en jeu, déroge à l'article 1341 du code civil qui n'impose la preuve par écrit que pour les choses dont la valeur excède un montant fixé par décret (actuellement une somme de 1 500 euros). L'article L. 112-2 du code des assurances vise spécialement la police d'assurance et la note de couverture qui constatent l'engagement réciproque des parties et constituent des preuves parfaites de leur accord. Mais l'assuré peut également se prévaloir d'une attestation d'assurance à laquelle on reconnaît la valeur d'une présomption simple de garantie que l'assureur peut combattre par tous moyens (1^{re} Civ., 26 mai 1970, pourvoi n° 68-11.341, *Bull.* 1970, I, n° 172 ; 1^{re} Civ., 15 octobre 1970, pourvoi n° 69-11.729, *Bull.* 1970, I, n° 267). Plus généralement « tout écrit peut être utilisé comme moyen de preuve pour établir l'existence d'un contrat d'assurance » (1^{re} Civ., 5 mars 1974, pourvoi n° 73-10.178, *Bull.* 1974, I, n° 71) dès lors qu'il émane de la personne à laquelle on l'oppose (1^{re} Civ., 2 mars 2004, pourvoi n° 00-19.871, précité), sauf aux juges du fond à en apprécier souverainement la force probante. En revanche, viole les articles L. 112-3 du code des assurances et 1347 du code civil l'arrêt qui énonce que la preuve de la conclusion du contrat d'assurance résulte de l'envoi par le proposant des bulletins à la compagnie d'assurance et de l'encaissement sans réserve, par celle-ci, d'un chèque d'acompte à valoir sur le paiement des primes, sans relever l'existence d'un écrit émanant de l'assureur et faisant preuve du contrat d'assurance ou du moins, constitutif d'un commencement de preuve par écrit le rendant vraisemblable et régulièrement complété (1^{re} Civ., 10 juillet 2002, pourvoi n° 99-15.430, *Bull.* 2002, I, n° 191).

Par ailleurs, le fait que l'assuré prouve l'existence d'un contrat d'assurance ne le dispense pas d'apporter également la preuve littérale et suffisante du contenu de celui-ci (2^e Civ., 13 mai 2004, pourvoi n° 03-10.964, *Bull.* 2004, II, n° 227). Ainsi, lorsque la teneur du contrat discuté demeure ignorée, c'est à l'assuré qu'il incombe de produire le contrat litigieux et de rapporter la preuve de son contenu (2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.532). Il a également été jugé qu'inversait la charge de la preuve une cour d'appel qui condamne l'assureur à garantie au seul motif que celui-ci ne produit pas la police d'assurance, alors qu'il appartient à l'assuré d'établir que sont réunies les conditions requises pour mettre en jeu la garantie (1^{re} Civ., 13 octobre 1999, pourvoi n° 97-16.284).

§ 2. Preuve de l'existence et du contenu du contrat d'assurance par les tiers

Les tiers, notamment la victime exerçant l'action directe contre l'assureur, doivent établir l'existence du contrat d'assurance dont ils se prévalent (en ce sens, 1^{re} Civ., 29 avril 1997, pourvoi n° 95-10.564) mais ils peuvent, contrairement aux parties, rapporter cette preuve par tous moyens (1^{re} Civ., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-16.980, *Bull.* 1997, I, n° 271 ; 1^{re} Civ., 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-16.796). À l'égard des tiers, la police d'assurance constitue, en effet, un simple fait juridique dont la preuve est libre. S'agissant du contenu de la police d'assurance, il a été jugé que « le bénéficiaire du contrat d'assurance [étant] invoqué, non par l'assurée, mais par la victime du dommage tiers à

ce contrat, [...] il incombait dès lors à l'assureur de démontrer, en versant la police aux débats, qu'il ne devait pas sa garantie pour le sinistre objet du litige » (1^{re} Civ., 2 juillet 1991, pourvoi n° 88-18.486, *Bull.* 1991, I, n° 217). La solution contraire aboutirait à mettre à la charge du tiers une preuve impossible, dès lors qu'il n'est pas en possession de la police d'assurance.

Section 2 – Preuve de la connaissance des clauses du contrat

Une clause d'un contrat d'assurance n'est opposable à l'assuré que si elle a été portée à sa connaissance au moment de l'adhésion à la police ou, tout au moins, antérieurement au sinistre (voir 2^e Civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-18.680 : clause de limitation de garantie; 2^e Civ., 11 janvier 2007, pourvoi n° 06-11.478 : clause d'exclusion de garantie; 1^{re} Civ., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-19.481, *Bull.* 2001, I, n° 82 et 2^e Civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 03-19.697, *Bull.* 2005, II, n° 107 : clause par laquelle l'assureur subordonnait sa garantie à la réalisation par l'assuré, d'une condition particulière).

C'est à l'assureur qui se prévaut d'une stipulation contractuelle de démontrer qu'elle a été portée à la connaissance de son cocontractant (1^{re} Civ., 7 mars 1995, pourvoi n° 92-14.788; 2^e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16.928). Une telle preuve peut résulter de l'insertion dans les conditions particulières signées par l'assuré d'une clause de renvoi à des documents non signés, à la condition que ces documents soient suffisamment identifiés, que l'assuré soit informé qu'ils font partie du contrat et qu'il ait pu en prendre connaissance avant sa conclusion. Ainsi a-t-il été jugé que la mention figurant dans les conditions particulières signées par le souscripteur d'un contrat d'assurance, par laquelle ce dernier reconnaissait avoir reçu un exemplaire du contrat, composé desdites conditions particulières et de conditions générales désignées par leur référence, établit que ces conditions générales, bien que non signées, ont été portées à la connaissance de l'assuré et lui sont, par conséquent opposables (1^{re} Civ., 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-15.126, *Bull.* 1998, I, n° 316; 2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.234). En revanche, viole l'article L. 112-2 du code des assurances la cour d'appel qui retient l'opposabilité d'une clause d'exclusion de garantie contenue dans les conditions générales alors que l'assuré n'avait pas signé la deuxième page des conditions particulières qui seule renvoyait aux conditions générales, et que l'assureur n'établissait pas avoir porté à la connaissance de l'assuré la clause litigieuse avant la survenance du sinistre (2^e Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-15.370). Toujours dans le même registre, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu, en l'absence de signature des conditions particulières et générales, que l'assureur ne démontrait pas que l'assuré avait eu connaissance avant le sinistre de la clause de limitation de garantie et l'avait acceptée (2^e Civ., 24 novembre 2011, pourvoi n° 10-17.785).

Dans le domaine spécifique des assurances de groupe, la prise de connaissance par l'adhérent des stipulations contractuelles s'effectue, selon l'article L. 141-4 du code des assurances, au moyen d'une notice remise par le souscripteur et résumant de façon très précise les droits et obligations des parties. Il a été jugé que cette remise devait intervenir au plus tard à la date de l'adhésion pour que la clause invoquée par l'assureur soit opposable à l'adhérent (1^{re} Civ., 3 février 1993, pourvoi n° 91-12.463, *Bull.* 1993, I, n° 48; 1^{re} Civ., 30 mars 1994, pourvoi n° 90-20.209). La preuve de la remise par le souscripteur de la notice prévue par la loi incombe à l'assureur qui entend opposer

à l'adhérent une clause limitative de garantie. Si l'adhérent appose sa signature au bas d'un document précisant qu'il reconnaît avoir reçu la notice, la preuve de sa remise est rapportée et les exclusions ou limitations de garantie qu'elle contient lui seront opposables (1^{re} Civ., 9 décembre 1992, pourvoi n° 91-13.757 ; 2^e Civ., 14 juin 2012, pourvoi n° 11-13.951). Mais tel n'est pas le cas si la clause de renvoi signée mentionne seulement que l'adhérent déclare avoir pris connaissance des conditions générales (1^{re} Civ., 3 février 1993, pourvoi n° 91-12.463, *Bull.* 1993, I, n° 48).

Section 3 – Preuve de la fausse déclaration et de la mauvaise foi

Pour qu'un assuré encoure la sanction édictée par l'article L. 113-8 du code des assurances en cas de fausse déclaration intentionnelle, à savoir la nullité du contrat d'assurance, encore faut-il que l'assureur établisse qu'il a agi de mauvaise foi dans l'intention de tromper l'assureur dans son appréciation du risque à assurer. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens, mais la bonne foi étant présumée en application de l'article 2274 du code civil, le seul constat de l'existence d'une inexactitude dans les réponses apportées aux questions posées par l'assureur ne suffit pas à faire la preuve de la mauvaise foi de l'assuré. Ainsi ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article L. 113-8 du code des assurances la cour d'appel qui statue sans rechercher, comme elle y était invitée, si les déclarations inexactes avaient été faites de mauvaise foi, dans l'intention de tromper l'assureur (2^e Civ., 14 juin 2006, pourvoi n° 02-18.636). Lorsqu'elle se manifeste par une réponse inexacte à un questionnaire, la fausse déclaration intentionnelle suppose que la question posée soit suffisamment claire et précise pour pouvoir caractériser la mauvaise foi de l'assuré. Ainsi, l'assuré n'encourt pas de sanction pour une déclaration inexacte si la formule employée dans le questionnaire était de nature à prêter à confusion (1^{re} Civ., 15 octobre 1991, pourvoi n° 90-11.725), ou si le libellé défectueux du questionnaire était difficilement compréhensible par un assuré (1^{re} Civ., 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-21.758). Il en est de même lorsque la question posée ne conduisait pas l'assuré à révéler l'information qu'on lui reproche d'avoir dissimulée (2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-14.624). En revanche, la mauvaise foi de l'assuré peut se déduire d'une réponse inexacte à une question claire et précise (2^e Civ., du 10 mars 2004, pourvoi n° 03-10.134). Les juges du fond sont souverains pour apprécier la mauvaise foi de l'assuré (même arrêt), qu'il s'agisse de l'écarter ou de la retenir, mais doivent procéder à cette recherche et motiver leur décision.

Section 4 – Preuve de la fausse déclaration et rôle du questionnaire

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1930, dite « Godart », relative au contrat d'assurance (article L. 113-2 ancien du code des assurances), l'assuré était tenu de « déclarer exactement lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui qui [étaient] de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». Il devait de la même manière, en cours de contrat, déclarer à l'assureur « les circonstances spécifiées dans la police qui [avaient] pour conséquence d'aggraver les risques ». Cette obligation de déclaration spontanée, en dehors de toute question posée par l'assureur, dont l'étendue était quasiment illimitée et difficile à apprécier par l'assuré, a été critiquée par la Commission des clauses abusives, dans une recommandation n° 85-04 adoptée le 20 septembre 1985. Considérant que cette obligation d'information était

trop extensive, la Cour de cassation a entendu la circonscrire et a décidé que « l'exactitude des déclarations faites par l'assuré en exécution de l'article L. 113-2 du code des assurances devait s'apprécier en fonction des questions posées » (1^{re} Civ., 2 juillet 1985, pourvoi n° 84-12.605, *Bull.* 1985, I, n° 207). C'est dans ce contexte qu'est intervenue la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen laquelle, entérinant cette évolution jurisprudentielle, a écarté le régime de la déclaration spontanée au profit d'un régime de déclaration « provoquée ». Ainsi dans sa rédaction actuelle, l'article L. 113-2, 2°, du code des assurances oblige seulement l'assuré lors de la souscription de la police à « répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». En cours de contrat, l'article L. 113-2, 3°, du même code prévoit que l'assuré n'est tenu de déclarer que les « circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur, notamment dans le formulaire mentionné au 2° ci-dessus ». L'obligation déclarative de l'assuré se trouve ainsi limitée lors de la souscription de la police aux seules circonstances qui ont fait l'objet d'une question posée par l'assureur lorsqu'elles sont de nature à influencer sur son évaluation du risque et en cours de contrat aux circonstances nouvelles susceptibles d'affecter la pertinence des réponses apportées aux questions initialement posées.

L'article L. 113-8 du code des assurances, qui sanctionne spécialement la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré, n'a pas été modifié par la loi du 31 décembre 1989. Ce texte prévoit qu'« indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé a été sans influence sur le sinistre ». Les sanctions édictées par l'article L. 113-8 du code des assurances supposent ainsi la triple démonstration par l'assureur, sur lequel repose la charge de la preuve, d'une réticence ou fausse déclaration, de son caractère intentionnel et de l'influence de cette omission ou fausse déclaration sur l'appréciation du risque assuré. En considération de l'abandon de l'obligation de déclaration spontanée, la Cour de cassation a retenu, au visa des articles L. 113-2 et L. 113-8 du code des assurances, que la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle ne pouvait être prononcée sans que soit constaté que l'assureur avait posé une question qui aurait dû conduire l'assuré à lui déclarer un élément propre à modifier son appréciation du risque (2^e Civ., 15 février 2007, pourvoi n° 05-20.865, *Bull.* 2007, II, n° 36; 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-14.624; 2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 10-12.806). Elle a également jugé que violait l'article L. 113-2, 3°, du code des assurances, la cour d'appel qui, pour décider qu'un assuré encourait la sanction prévue par l'article L. 113-8, avait retenu qu'il avait commis une réticence fautive en n'informant pas l'assureur, en cours de contrat, de la découverte de désordres affectant les installations assurées, alors qu'il ressortait de ses constatations que l'assureur n'avait pas posé de question à l'assuré lors de la conclusion du contrat (1^{re} Civ., 24 juin 1997, pourvoi n° 97-17.994, *Bull.* 1997, I, n° 207).

On a pu se demander si le régime défini par l'article L. 113-2 nouveau du code des assurances permettait encore de sanctionner les fausses déclarations faites spontanément

par l'assuré. La deuxième chambre civile a répondu par l'affirmative en jugeant que « si les dispositions de l'article L. 113-2, 2°, du code des assurances imposent à l'assuré d'informer l'assureur des circonstances de nature à lui faire apprécier le risque qu'il prend en charge, lorsque lui sont posées des questions, le juge peut prendre en compte, pour apprécier l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle prévue à l'article L. 113-8 du même code, les déclarations faites par l'assuré à sa seule initiative lors de la conclusion du contrat » (2^e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-21.655, *Bull.* 2009, II, n° 48). Cette solution découle de ce que le contrat d'assurance étant un contrat de bonne foi, l'assuré qui, au-delà de son obligation déclarative, prend l'initiative de faire état spontanément de certaines circonstances de nature à influencer sur l'appréciation des risques, doit faire preuve de loyauté dans la relation de ces faits.

S'est également posée la question de savoir si la preuve d'une fausse déclaration intentionnelle pouvait être rapportée en l'absence de production d'un questionnaire écrit mentionnant les questions posées par l'assureur dans la phase précontractuelle. La première chambre civile à l'époque où elle traitait du contentieux relatif au droit des assurances comme la deuxième chambre civile actuellement tendent à considérer que l'établissement d'un formulaire de déclaration des risques n'est pas nécessaire pour démontrer l'inexactitude des réponses apportées aux questions de l'assureur, et qu'une telle preuve peut également ressortir des déclarations de l'assuré retranscrites dans la police d'assurance (1^{re} Civ., 24 novembre 1999, pourvoi n° 97-19.022 ; 2^e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 10-10.859, *Bull.* 2010, II, n° 208, dans le cas d'un questionnaire téléphonique). La deuxième chambre civile a maintenu cette position dans un arrêt du 12 avril 2012 (2^e Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-30.075) rendu dans une espèce où, en l'absence de tout questionnaire écrit, la déclaration mensongère de l'assuré concernant son absence de condamnation pour conduite en état d'ivresse ressortait des mentions des conditions particulières, dont l'intéressé avait reconnu qu'elles avaient été établies conformément aux réponses aux questions posées par l'assureur lors de la souscription du contrat. La deuxième chambre approuve les juges du fond d'avoir retenu l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle en précisant qu'il résultait de leurs constatations et énonciations que la teneur des questions précises posées par l'assureur s'induisait des réponses écrites formulées par l'assuré. Cette solution peut se recommander des termes mêmes de l'article L. 113-2 du code des assurances qui impose à l'assuré de répondre aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration des risques, l'emploi de l'adverbe « notamment » semblant indiquer que les questions de l'assureur peuvent être présentées par écrit ou verbalement. Par ailleurs si l'article L. 112-3, alinéa 4, du code des assurances se réfère à un questionnaire écrit, il n'en impose pas l'établissement. De son côté, la chambre criminelle a adopté une position sensiblement différente et fait de la production d'un questionnaire l'élément de preuve central et incontournable de la démonstration de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. Dans un arrêt du 18 septembre 2007 (pourvoi n° 06-84.807), elle a approuvé une cour d'appel qui avait rejeté l'exception de nullité du contrat en énonçant que « faute de produire un questionnaire sur les circonstances de nature à faire apprécier l'objet du risque pris en charge [...] l'assureur, [...], n'apporte pas la preuve d'une fausse déclaration intentionnelle faite de mauvaise foi par l'assuré ». Dans un arrêt plus récent, elle précise que l'assureur ne peut se prévaloir des conditions particulières, contiendraient-elles, sous une rubrique intitulée « déclaration », des dispositions présentées, sous une forme impersonnelle, comme se rapportant

à des renseignements prétendument communiqués par l'assuré et énonce que « ce formalisme [celui prévu à l'article L. 112-3, alinéa 4, du code des assurances] implique, quelle que soit la technique de commercialisation employée, que les questions que l'assureur entend, au regard des éléments qui lui ont été communiqués, devoir poser par écrit, notamment par formulaire, interviennent dans la phase précontractuelle, ce qu'il doit prouver, en les produisant avec les réponses qui y ont été apportées, pour pouvoir établir que l'assuré a été mis en mesure d'y répondre en connaissant leur contenu » (Crim., 10 janvier 2012, pourvoi n° 11-81.647, *Bull. crim.* 2012, n° 3). Cette jurisprudence va dans le sens d'une protection accrue de l'assuré en le préservant, notamment, du risque d'insertion dans la police d'assurance de déclarations préimprimées qui ne correspondraient pas à des questions réellement posées et auxquelles l'assuré serait invité à adhérer *a posteriori* en signant le contrat. On voit ici que le débat sur la place du formulaire écrit dans l'établissement de la fausse déclaration intentionnelle est loin d'être clos, certains auteurs appelant de leurs vœux la réunion d'une chambre mixte (H. Groutel, « Modalités de la déclaration du risque : à quand une chambre mixte ? », *Resp. civ. et assur.* n° 6, juin 2012, repère 6).

Chapitre 5 – En droit des biens

L'application du principe de liberté de la preuve doit être précisée s'agissant de la titularité d'un droit réel (section 1) et de l'évaluation de la valeur d'un immeuble lors d'une expropriation (section 2).

Section 1 – Titularité d'un droit réel

Il sera traité de la propriété (§ 1), et de la servitude (§ 2)

§ 1. Preuve du droit de propriété

Il y a comme un paradoxe apparent à admettre que le droit de propriété immobilière, soit le plus important des droits réels, puisse être librement prouvé.

Ce droit ne paraît, en effet, devoir être constaté, dans notre société moderne, que par un acte authentique, soumis à publication par application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

Il est pourtant établi de très longue date que le droit de propriété, invoqué à l'appui d'une action en revendication ou à l'encontre d'une telle action, peut être prouvé par tous moyens.

Ce principe de liberté n'est pas expressément énoncé par la loi. Des auteurs d'expliquer que « cette lacune du code ne doit pas étonner. Ses dispositions n'envisagent jamais la preuve directe des droits. Est réglementée seulement la preuve des actes ou des faits juridiques d'où résulte l'existence des droits » (F. Terré, P. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 532). Cette liberté vient de ce que, pour reprendre la formule des mêmes auteurs, « la propriété présente, en effet, la particularité singulière d'être rebelle à l'administration d'une preuve parfaite et irréfutable » (*ibid.*).

La preuve du droit de propriété par les seuls titres supposerait, de la part d'un prétendu propriétaire, d'être en mesure de démontrer que son auteur bénéficiait lui-même d'un titre translatif, tout comme l'auteur de son auteur... et de remonter ainsi à l'infini dans le passé, soit ce que les anciens juristes appelaient la « preuve diabolique ».

Il faut se souvenir par ailleurs que la propriété d'un immeuble peut légalement être acquise par la voie de la prescription, laquelle n'engendre, par hypothèse, aucun titre constaté par un acte.

La jurisprudence rappelle donc régulièrement que la preuve du droit de propriété est libre (voir, par exemple, 3^e Civ., 20 juillet 1988, pourvoi n° 87-10.998, *Bull.* 1988, III, n° 136 : « Mais attendu que les modes de preuve de la propriété immobilière étant libres, la cour d'appel, devant laquelle aucun titre commun n'était invoqué, n'a violé aucun texte dès lors que la preuve d'un arrangement entre le demandeur initial et ses co-indivisaires, pour lui reconnaître la propriété exclusive du bien comprenant le canal, pouvait être faite par la production d'attestations »). Il est en conséquence jugé qu'une action en revendication peut valablement être étayée par des preuves autres qu'un titre (par exemple, des attestations : 3^e Civ., 20 juillet 1988 précité) mais aussi que le titre pouvait céder devant d'autres modes de preuve telles, par exemple, les mentions du cadastre (voir, notamment, 3^e Civ., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.093).

La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement les différentes preuves produites devant lui pour retenir, tout aussi souverainement « les présomptions de propriété les meilleures et les plus caractérisées » (voir, parmi de très nombreux exemples, 3^e Civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-13.103).

Il en va *a fortiori* de même des preuves administrées en vue de démontrer les différents éléments d'une prescription acquisitive (voir, par exemple, 3^e Civ., 13 septembre 2011, pourvoi n° 10-20.524 : « Attendu qu'ayant relevé que les seuls moyens de preuve produits par les consorts X... pour justifier leurs prétentions étaient des attestations et retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que celles-ci n'établissaient pas une possession trentenaire non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaires sur la parcelle dont ils revendiquaient l'acquisition par prescription, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision »).

§ 2. Preuve d'une servitude

La preuve d'une servitude est davantage encadrée que celle de la propriété.

Les servitudes autres que les servitudes dites « légales » peuvent être acquises soit par titre, soit par l'effet d'une prescription (par application combinée des articles 690 et 691 du code civil). Il en résulte que si celui qui invoque l'existence d'une servitude prétendument créée par voie de prescription peut la démontrer par tous moyens, celui qui excipe d'une servitude conventionnelle doit prouver l'existence d'un titre en ce sens ou, le cas échéant, prouver contre les énonciations d'un titre comme généralement prescrit par l'article 1341 du code civil (voir, par exemple, 3^e Civ., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-10.936 : « Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le titre du fonds servant comportant cette mention ne pouvait constituer un commencement de preuve par écrit et être complété par des éléments extérieurs établissant la preuve de l'existence de la servitude, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés »).

S'agissant de la preuve par titre, la loi prévoit indirectement un assouplissement notable du régime de preuve en admettant que « le titre constitutif de servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre reconnaissant de la servitude émané du propriétaire du fonds asservi » (article 695 du code civil).

L'auteur d'une action confessoire doit donc, pour triompher, être en mesure de prouver soit l'existence du titre constitutif de la servitude, soit celle d'un titre reconnaissant conforme aux prévisions de l'article 695 du code civil.

Dans le silence de la loi, il est revenu à la jurisprudence de préciser quelles devaient être les énonciations d'un titre reconnaissant.

Par un arrêt rendu en chambres réunies, la troisième chambre civile a ainsi jugé que pour répondre à la qualification de titre reconnaissant au sens du droit des servitudes, un titre devait faire expressément référence au titre constitutif (3^e Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 10-28.015, *Bull.* 2012, III, n° 59 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le titre invoqué par les époux Y... était un titre reconnaissant qui ne faisait pas référence au titre constitutif de la servitude, la cour d'appel a violé le texte susvisé [article 695 du code civil] »).

Cette décision, qui restreint certes quelque peu la possibilité de prouver l'existence d'une servitude, apporte néanmoins aux propriétaires de fonds une certaine sécurité pour éviter qu'ils ne soient exposés trop facilement aux revendications de ceux qui se prétendent titulaires d'une servitude sur leur fonds. Il ne faut pas oublier que si la liberté de preuve est généralement une facilité procurée aux plaideurs pour démontrer l'existence de leur droit, elle peut aussi créer marginalement une certaine insécurité juridique.

Il est à noter, pour en rester dans les domaines de la servitude et de la preuve, que la troisième chambre civile s'est appuyée, pour apprécier si l'exercice d'une servitude était ou non dommageable au fonds servant (il s'agissait en l'occurrence d'une servitude légale de passage d'une ligne électrique), sur des présomptions « graves, précises, fiables et concordantes » (3^e Civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-17645, *Bull.* 2011, III, n° 80).

On remarquera au passage que la fiabilité s'est agrégée à la trilogie traditionnelle. Peut-être est-ce là le reflet d'une société dans laquelle la technologie prend une place prépondérante.

Section 2 – Valeur de l'immeuble exproprié

Lorsque l'administration met en œuvre une procédure d'expropriation ou de préemption, il n'est pas rare que le propriétaire concerné se prenne à contester, comme insuffisamment élevés, l'indemnité ou le prix proposés. Il incombe alors au juge de l'expropriation de fixer cette indemnité ou ce prix, lesquels doivent, aux termes de l'article L. 13-13 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, « couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation ». Il convient de préciser que la réglementation du droit de préemption urbain renvoie, en cas d'action en révision du prix, aux dispositions de ce code pour ce qui concerne la détermination de la valeur de l'immeuble (article L. 213-4 du code de l'urbanisme). Le propriétaire s'efforce alors, ce qui est logique dans la mesure où il doit être regardé comme demandeur

à la réévaluation de l'indemnité ou du prix, de démontrer par tous moyens que la valeur de son immeuble est, en réalité, supérieure à l'offre de la collectivité publique, preuves souverainement appréciées par le juge du fond (voir, par exemple, 3^e Civ., 11 mai 2011, pourvoi n° 09-17.138, *Bull.* 2011, III, n° 73 ; 3^e Civ., 9 mai 2012, pourvoi n° 11-16.967).

L'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique apporte néanmoins une limitation importante à ce principe de liberté des preuves dans un cas particulier. Aux termes de ce texte (alinéa 1) : « Le montant de l'indemnité principale ne peut excéder l'estimation faite par le service des domaines ou celle résultant de l'avis émis par la commission des opérations immobilières, si une mutation à titre gratuit ou onéreux, antérieure de moins de cinq ans à la date de la décision portant transfert de propriété, a donné lieu à une évaluation administrative rendue définitive en vertu des lois fiscales ou à une déclaration d'un montant inférieur à ladite estimation. »

Cette disposition, originellement destinée à lutter contre la fraude fiscale consistant à sous-évaluer un bien au moment de sa mutation (selon le professeur René Hostiou, [note sous l'article L. 13-17, *Code de l'expropriation*, Litec, 2012, p. 142], les dispositions de l'article L. 13-17 « visent à dissuader les propriétaires qui, après avoir sous-estimé leurs biens dans les actes de mutation ou les déclarations devant servir à l'assiette de l'impôt, entendraient surestimer ensuite ces mêmes biens au cas où ceux-ci viendraient à être compris, même à une date rapprochée, dans un projet d'acquisition émanant d'une collectivité publique »), porte une sorte de présomption – irréfragable tel que le texte est rédigé – de valeur profitant en pratique, en période d'augmentation des prix des immeubles (la période de « gel » de cinq ans est relativement longue), à la collectivité.

Le propriétaire se trouve alors dans l'impossibilité de démontrer que depuis la précédente mutation et en dehors de toute fraude, la valeur de son bien a crû.

À l'occasion d'un litige né devant un juge de l'expropriation saisi d'une action en révision de prix d'un bien préempté par une communauté de communes, un propriétaire a formé une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article L. 13-17 du code de l'expropriation, en tant qu'il portait atteinte, selon lui, à son droit de propriété. La troisième chambre a transmis au Conseil constitutionnel cette question qu'elle estimait sérieuse (3^e Civ., 10 février 2012, QPC n° 11-40.096, *Bull.* 2012, III, n° 27 : « Que la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'il convient d'apprécier si l'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui prive le bénéficiaire de l'indemnité de la faculté de rapporter la preuve que l'estimation du service des domaines, qui s'impose au juge de l'expropriation, ne correspond pas à la valeur réelle du bien à évaluer, garantit une juste indemnisation »). Le Conseil constitutionnel a répondu à cette question en ces termes : « que, toutefois, les dispositions contestées ne sauraient, sans porter atteinte aux exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789, avoir pour effet de priver l'intéressé de faire la preuve que l'estimation de l'administration ne prend pas correctement en compte l'évolution du marché de l'immobilier ; que, sous cette réserve, elles ne portent pas atteinte à l'exigence selon laquelle nul ne peut être privé de sa propriété que sous la condition d'une juste et préalable indemnité ; qu'elles ne portent pas davantage atteinte à l'indépendance de l'autorité judiciaire et à la séparation des pouvoirs ; » (Cons. const., 20 avril 2012, décision n° 2012-236 QPC, Mme Marie-Christine J. [Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation]).

Dans le commentaire de cette décision sur le site du Conseil, il est écrit que « cette réserve permet au juge de l'expropriation, lorsqu'il fixe l'indemnité principale d'expropriation et dans l'hypothèse où l'estimation du service des domaines serait sans rapport avec l'évolution du marché de l'immobilier, de prendre en compte cette évolution alléguée par l'intéressé ».

Grâce à cette réserve d'interprétation, le juge pourra en effet retenir désormais la preuve de ce que le bien objet de la préemption ou de l'expropriation a pris de la valeur depuis la précédente mutation. La question prioritaire de constitutionnalité contribue donc aussi à enrichir le droit de la preuve.

Chapitre 6 – En droit du statut du fermage

La liberté de la preuve doit être appréciée lorsqu'est en cause l'existence d'une convention soumise au statut (section 1) ou lorsqu'est allégué un manquement du preneur (section 2).

Section 1 – Preuve de l'existence d'une convention soumise au statut

Les conventions soumises au statut du fermage ne se résument pas aux seuls baux ruraux strictement entendus. De par la loi, le champ d'application de ce statut s'étend en effet à « toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole définie à l'article L. 311-1 [soit la définition légale de l'activité agricole] » (article L. 411-1, alinéa 1^{er}, du code rural et de la pêche maritime). Il est expressément, comme le statut lui-même, d'« ordre public » (article L. 411-1, alinéa 1^{er}, *in fine*, du code rural et de la pêche maritime).

Le législateur a cherché, par cette formulation extensive et plutôt complexe, à lutter contre la fraude organisée par des contractants qui, désireux d'échapper à ce statut très contraignant, s'ingéniaient, tant que le statut du fermage ne s'appliquait qu'aux seuls baux ruraux (soit entre l'entrée en vigueur du statut, en 1945, et la loi n° 84-741 du 1^{er} août 1984 portant redéfinition de son champ d'application), à conclure des conventions qui ne pouvaient, pour une raison ou une autre, être qualifiées de telles.

Le dernier alinéa de l'article L. 411-1 du code rural et de la pêche maritime précise enfin que : « La preuve de l'existence des contrats visés dans le présent article peut être apportée par tous moyens. » Cette liberté de preuve, qui déroge, s'agissant de conventions synallagmatiques excédant très souvent – et parfois très largement – 1 500 euros, aux dispositions de l'article 1341 du code civil, peut *a priori* étonner. Elle est néanmoins absolument nécessaire pour donner au champ d'application du statut du fermage toute sa portée, sachant que, dans le secteur agricole, il est de pratique ancienne et encore très vivace de contracter verbalement. Cette validité de principe des baux ruraux verbaux ressort d'ailleurs clairement des dispositions de l'article L. 411-4 du code rural et de la pêche maritime.

Il est à constater que nombreux sont encore ceux qui, exploitant le sol d'autrui en vertu d'une convention verbale ou écrite, demandent que cette convention soit soumise au statut du fermage comme entrant dans son champ d'application.

Leur démarche est évidemment facilitée par le régime de liberté de preuve décrit plus haut.

L'analyse de la jurisprudence met en évidence que ces demandeurs à la (re)qualification ne doivent pas tant, en pratique, prouver l'existence du « contrat » décrit à l'article L. 411-1 du code rural et de la pêche maritime lui-même, que tel ou tel de ses éléments constitutifs. Par hypothèse, en effet, sauf à être un occupant sans droit ni titre, celui qui met en valeur le fonds d'autrui peut toujours se prévaloir d'un « contrat ».

Il s'agit donc pour eux de démontrer que la convention en question répond, pour chacun de ses éléments, à la définition légale.

Ils devront par conséquent, pour triompher du propriétaire de la terre litigieuse rejetant l'application du statut du fermage, être en mesure, si l'on reprend les termes de cette définition, de prouver que cette terre est un bien agricole et qu'ils y exercent, moyennant contrepartie, une activité agricole.

La loi permettant à ces exploitants de prouver librement le contrat, il faut en déduire que la preuve de chacun des éléments constitutifs de ce contrat peut également – et *a fortiori* – être librement administrée. « Qui peut le plus peut le moins. »

C'est ordinairement le caractère onéreux de la convention litigieuse, conclue en apparence à titre gratuit, qui fait débat devant le tribunal paritaire des baux ruraux.

La non-application des dispositions de l'article 1341 du code civil a conduit la Cour de cassation à approuver le juge du fond d'avoir retenu que l'exploitant puisse exciper de simples témoignages pour démontrer qu'il payait au propriétaire des sommes et, conséquemment, que la mise à disposition des terres avait été conclue à titre onéreux (3^e Civ., 10 janvier 1996, pourvoi n° 94-12.572 : « Mais attendu qu'ayant souverainement retenu que M. Paul Y..., qui avait, depuis 1971, autorisé verbalement M. Marcel X... à faire paître son troupeau sur les herbages moyennant le paiement d'un fermage en espèces et la fourniture de divers travaux, avait écarté des offres d'achat des parcelles au motif que celles-ci avaient été données à bail à M. Marcel X..., la cour d'appel, qui a relevé que des témoins avaient assisté à plusieurs règlements par celui-ci des loyers annuels, a, par motifs propres et adoptés, légalement justifié sa décision »).

Le caractère gratuit ou onéreux d'une convention est laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond (voir, par exemple, 3^e Civ., 14 janvier 2004, pourvoi n° 02-12.663, *Bull.* 2004, III, n° 6 : « Mais attendu qu'ayant relevé que la convention conclue le 29 août 1997 mettait à la charge de l'EARL de la Tour d'Aling "toutes les charges afférentes à l'exploitation du bien, notamment la taxe foncière", la cour d'appel, qui a souverainement déduit le caractère onéreux de la convention a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision »). Mais le juge du fond ne saurait, en se livrant à un examen du caractère onéreux ou gratuit de la convention, ajouter une condition aux éléments constitutifs de la convention soumise au statut du fermage prévus par la loi. À ainsi été récemment cassé un arrêt par lequel une cour d'appel avait conclu à ce qu'une convention échappait au statut du fermage pour le motif que la contrepartie versée par l'exploitant au propriétaire de la terre n'était pas régulière (3^e Civ., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-14.630,

Bull. 2012, III, n° 40 : «Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que l'attestation selon laquelle "monsieur Romain Y... a remis à madame Ghislaine X... épouse Z... la première année une enveloppe contenant de l'argent liquide" et lui a par ailleurs fourni du foin, de la viande et des légumes ne permet pas de retenir le versement régulier de sommes à titre de fermages; Qu'en statuant ainsi, alors que le caractère onéreux d'une mise à disposition ne dépend pas du caractère régulier du versement de la contrepartie, la cour d'appel a violé le texte susvisé;»).

Le demandeur à l'application du statut du fermage peut tout aussi librement prouver – et le juge du fond souverainement apprécier – la commune intention de conclure une convention (voir, par exemple, 3^e Civ., 16 juin 1993, pourvoi n° 91-15.711), l'affectation agricole du bien mis à disposition (3^e Civ., 17 février 1993, pourvoi n° 91-11.828) et, comme jugé récemment, son exploitation du bien litigieux (3^e Civ., 25 novembre 2011, pourvoi n° 10-24.463).

Mais, cette liberté de preuve ne signifie évidemment pas que les demandeurs à l'application du statut, si large son champ d'application soit-il, doivent toujours triompher de la résistance du propriétaire. Une « ambiance » de bail rural ne vaut pas à elle seule preuve de l'existence de cette convention dans tous ses éléments constitutifs (voir, pour une illustration récente, 3^e Civ., 22 novembre 2011, pourvoi n° 10-25.307 : «Attendu qu'ayant souverainement retenu que la mention dans le rapport de l'expert judiciaire : "location par bail verbal" ne valait pas preuve de l'existence de ces baux, que le décompte des fermages et loyers des successions X... établi par le notaire ne signifiait pas que ce dernier attestait de la réalité des baux verbaux, que M. Serge X... était incapable de rapporter la preuve du paiement de loyers avant le décès de ses parents et que le paiement par M. Serge X... de la taxe d'habitation et la souscription par lui d'une assurance pour les bâtiments litigieux, sans la preuve du paiement d'un loyer, établissaient seulement que ses parents les avaient mis gratuitement à sa disposition, la cour d'appel a pu en déduire, que ni la preuve d'un bail rural portant sur le hangar et ses dépendances, ni celle d'un bail portant sur la maison d'habitation, n'étaient rapportées»).

Section 2 – Preuve d'un manquement du preneur

De par la loi, le preneur à bail rural doit notamment, en application de l'article 1766 du code civil auquel renvoie l'article L. 411-27 du code rural et de la pêche maritime, exploiter les biens loués « en bon père de famille ».

Toutefois, le locataire manquant à cette obligation ne s'expose pas nécessairement à la résiliation du bail à ses torts.

Le statut du fermage organise en effet un système de résiliation du bail pour faute très favorable au preneur, visant à empêcher que le bailleur ne prenne prétexte du moindre manquement de son cocontractant pour le priver d'un titre qui, bien souvent, est indispensable à l'exercice de l'activité professionnelle de ce dernier, laquelle est elle-même profitable à l'agriculture.

Ce dispositif consiste à n'ouvrir la voie de la résiliation pour faute au bailleur que dans les cas limitativement – et impérativement – prévus par la loi. Tel est l'objet de l'article L. 411-31 du code rural et de la pêche maritime qui regroupe tous les manquements du locataire susceptibles d'être sanctionnés par la résiliation du bail.

Parmi les différents manquements, relativement nombreux et fort variés, il s'en trouve un plus général et qui nourrit la plupart des actions en résiliation : « les agissements du preneur de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds » (article L. 411-31, I, 2°).

La doctrine déduit de cette formule plutôt complexe que le prononcé de la résiliation du bail rural suppose, cumulativement, que le preneur ait commis des actes fautifs au regard du droit de la location (notamment ceux envisagés par l'article 1766 du code civil déjà évoqué) et que ces actes aient pour conséquence de préjudicier gravement à l'exploitation du fonds loué (voir, sur cette question, Ch. Dupeyron, J.-P. Théron, J.-J. Barbieri, *Droit agricole, 1^{er} volume, Droit de l'exploitation*, Economica, 2^e éd., 1994, n° 355 ; J.-P. Moreau, *Les Baux ruraux*, Litec, 1979, n° 205).

La Cour de cassation retient une lecture identique de cette disposition, qui casse pour défaut de base légale la décision par laquelle le juge d'appel accueille une demande de résiliation, sans caractériser que les manquements commis par le locataire ont été tels qu'ils ont préjudicié à la bonne mise en valeur du fonds (voir, par exemple, 3^e Civ., 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-18.779, *Bull.* 1996, III, n° 190 : « Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt retient que M. X... a supprimé un chemin d'exploitation, ensemencé en blé la totalité de la parcelle louée, creusé un trou et procédé, sans autorisation, au retournement d'une prairie en terre de labour, ce qui constitue une contravention aux clauses du bail ; Qu'en statuant ainsi, sans préciser si ces manquements avaient été de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »). Il incombe logiquement au bailleur, demandeur à la résiliation, de prouver que les conditions de succès de son action sont remplies (voir, par exemple, 3^e Civ., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 97-21.713). Il est reconnu au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement à la fois l'existence d'agissements fautifs de la part du preneur et si ces agissements sont de nature à préjudicier au bien loué (voir, par exemple, 3^e Civ., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.655 ; 3^e Civ., 16 décembre 1997, pourvoi n° 95-17.084).

Il ressort de certaines des nombreuses décisions prononcées dans ce cadre que cette double preuve peut être administrée par tous moyens. En pratique, elle repose sur des témoignages, des expertises (amiables ou judiciaires) et autres constats. Un récent arrêt de la troisième chambre civile illustre cette liberté (3^e Civ., 4 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.451 : « Et attendu, d'autre part, qu'ayant relevé que les terres cultivables n'étaient ni exploitées, ni semées, parfois depuis plusieurs années, que des pneus s'y trouvaient entreposés, que la présence de joncs démontrait l'existence de zones non drainées par défaut d'entretien des rigoles et celle d'orties et de chardons, et l'absence d'entretien des terrains, et retenu, par une appréciation souveraine des preuves qui lui étaient soumises, que ces éléments suffisaient à établir que M. X... n'exploitait pas les terrains en bon père de famille et n'assurait pas une bonne exploitation des fonds loués, la cour d'appel, qui s'est livrée à l'examen du rapport établi par le sachant sollicité par M. X..., a légalement justifié sa décision »).

Mais, il sera vu plus loin que le principe de liberté qui gouverne, pour le bailleur, la preuve des manquements de son cocontractant n'est pas sans limites (voir partie 4, titre 2, chap. 2, section 2, § 1, A, 1, b, α).

Chapitre 7 – En droit des procédures collectives

Sera traité ici du pouvoir de déclarer une créance détenue sur un débiteur en procédure collective.

Comme auparavant l'article 50 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises modifiée, devenu l'article L. 621-43 ancien du code de commerce, l'article L. 622-24 du code de commerce, applicable aux procédures collectives ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2006, prévoit que « la déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix ».

Selon une jurisprudence constante, régulièrement réaffirmée, « la déclaration des créances équivaut à une demande en justice » (voir, par exemple, Com., 14 décembre 1993, [deux arrêts], pourvois n° 93-12.544 et n° 93-11.690, *Bull.* 1993, IV, n° 471 ; Ass. plén., 26 janvier 2001, pourvoi n° 99-15.153, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 1 ; Ass. plén., 4 février 2011, pourvoi n° 09-14.619, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 2). C'est pourquoi la déclaration de créance faite par un tiers est soumise aux règles du mandat *ad litem* dans une procédure sans représentation obligatoire : le mandataire du créancier doit être muni d'un pouvoir écrit et spécial, sauf s'il est avocat ou titulaire d'une habilitation légale (voir, par exemple, Com., 12 juin 2001, pourvoi n° 98-17.961, *Bull.* 2001, IV, n° 116, concernant le comptable de la commune et Ass. plén., 26 mars 2010, pourvoi n° 09-12.843, *Bull.* 2010, Ass. plén., n° 2, relatif aux caisses de mutualité sociale agricole). Il en va différemment de la déclaration faite par un préposé, qui n'agit pas pour le compte d'autrui mais en vertu d'une habilitation relevant du fonctionnement interne de la personne morale créancière. Celui-ci, pour déclarer valablement la créance, doit donc disposer d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte, sans que ce pouvoir soit soumis aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être investi (Com., 14 février 1995, pourvois n° 93-12.064, n° 93-12.346, n° 93-12.398 et n° 93-12.408, [quatre arrêts], *Bull.* 1995, IV, n° 43), notamment à l'exigence de spécialité (Com., 17 décembre 1996, pourvoi n° 94-19.489, *Bull.* 1996, IV, n° 313).

La preuve du pouvoir de déclarer s'administre différemment selon que le déclarant est un préposé du créancier ou un tiers mandaté par celui-ci, puisqu'il s'agit, dans le premier cas, de justifier d'une délégation de pouvoirs et, dans le second, d'un mandat *ad litem*.

Si la preuve de la délégation de pouvoirs consentie au préposé au jour de la déclaration ne peut ni être déduite des fonctions occupées par le déclarant (Com., 28 mai 1996, pourvoi n° 94-13.304, *Bull.* 1996, IV, n° 148), ni résulter des conclusions de la personne morale créancière (Com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 97-13.041), elle peut être rapportée, jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance, par la production de tout document établissant cette délégation, peu important l'absence de date certaine (Com., 14 décembre 1993, [deux arrêts], pourvois n° 93-12.544 et n° 93-11.690, *Bull.* 1993, IV, n° 471 ; Com., 14 février 1995, [quatre arrêts], pourvois n° 93-12.064, n° 93-12.346, n° 93-12.398 et n° 93-12.408, *Bull.* 1995, IV, n° 43 ; Com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 95-10.272), et n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1334 du code civil (Com., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-16.791, *Bull.* 2005, IV, n° 201).

Elle peut notamment résulter d'une attestation, même établie après l'expiration du délai de déclaration de la créance (voir, par exemple, Com., 17 décembre 1996,

pourvoi n° 94-19.489, *Bull.* 1996, IV, n° 313 ; Com., 13 novembre 2001, pourvoi n° 99-13.664 ; Com., 15 mars 2005, pourvoi n° 03-20.675 ; Com., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-14.949, *Bull.* 2009, IV, n° 164 ; Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-21.205), y compris pour démontrer que la délégation de pouvoirs préexistait à la déclaration (Com., 28 mai 1996, pourvoi n° 94-13.304, *Bull.* 1996, IV, n° 148 ; Com., 29 février 2000, pourvoi n° 97-14.449). Mais encore faut-il que l'attestation émane du représentant légal de la personne morale ou d'un titulaire du pouvoir de déclarer les créances ayant une faculté de subdélégation (Com., 26 mai 1999, pourvoi n° 95-22.046, *Bull.* 1999, IV, n° 107 ; Com., 10 mai 2005, pourvoi n° 04-12.214, *Bull.* 2005, IV, n° 97 ; Com., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.118) ou encore de celui qui exerçait les fonctions d'organe habilité par la loi à représenter la personne morale créancière à la date de la déclaration (Com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-23.336, *Bull.* 2011, IV, n° 183). Le contenu de cette attestation est apprécié souverainement par les juges du fond (Com., 8 janvier 2008, pourvoi n° 06-17.247) lesquels, le cas échéant, doivent préciser en quoi celle-ci n'est pas de nature à prouver l'existence de la délégation de pouvoirs à la date de la déclaration de la créance (Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-21.205).

Lorsque la contestation porte sur l'identité du préposé auteur de la déclaration, la preuve de celle-ci, qui incombe au créancier, peut également être rapportée, même en l'absence de signature de la déclaration de créance, par tous moyens, jusqu'au jour où le juge statue (Com., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-17.008, *Bull.* 2006, IV, n° 226 ; Com., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.298, *Bull.* 2006, IV, n° 227). Elle ne saurait cependant résulter des propres conclusions du créancier (Com., 29 avril 2002, pourvoi n° 99-16.247, *Bull.* 2002, IV, n° 73).

La preuve du mandat spécial donné à un tiers n'est, au contraire, pas libre : elle ne peut être administrée que par la production du pouvoir lui-même et l'absence d'une telle production ne peut être suppléée par la recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause (Com., 30 mars 1999, pourvoi n° 96-15.144, *Bull.* 1999, IV, n° 75 ; Ass. plén., 26 janvier 2001, pourvoi n° 99-15.153, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 1) mais il n'est pas requis que le pouvoir ait date certaine (Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-11.957, *Bull.* 1997, IV, n° 190). Jusqu'à un arrêt de l'assemblée plénière du 4 février 2011, il était exigé que le pouvoir spécial donné par écrit soit produit lors de la déclaration de créance ou dans le délai légal de cette déclaration (voir, par exemple, Com., 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-19.842, *Bull.* 1996, IV, n° 277 ; Com., 16 octobre 2001, pourvoi n° 98-19.316, *Bull.* 2001, IV, n° 168 ; Com., 3 octobre 2006, pourvoi n° 04-11.024). Désormais, il peut être justifié de ce pouvoir jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission des créances (Ass. plén., 4 février 2011, pourvoi n° 09-14.619, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 2). Cette solution rejoint celle retenue par certains arrêts de la deuxième chambre civile (2^e Civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-11.333, *Bull.* 2008, II, n° 85 ; 2^e Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-11.334) et de la chambre sociale (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-60.517, *Bull.* 2009, V, n° 100), qui avaient déjà admis la possibilité de justifier d'un pouvoir régulier après l'expiration du délai pour agir.

Chapitre 8 – En droit du travail

En principe libre en matière prud'homale (section 1), la preuve appelle en droit social des précisions en matière de protection des témoins de faits de harcèlement (section 2), s'agissant de la recevabilité de l'aveu (section 3) et en matière notamment de contrat de travail (section 4).

Section 1 – Recevabilité des attestations, témoignages, présomptions

« En matière prud'homale, la preuve est libre. »

Ce principe, posé par un arrêt de la chambre sociale du 27 mars 2001 (pourvoi n° 98-44.666, *Bull.* 2001, V, n° 108), a permis à la Cour, dans cette affaire, d'en déduire que rien ne s'opposait à ce que le juge prud'homal retienne une attestation établie par le conseiller du salarié qui l'avait assisté pendant l'entretien préalable au licenciement et en apprécie souverainement la valeur et la portée.

De nombreux arrêts admettent la recevabilité comme mode de preuve des attestations, qu'il s'agisse d'attestations produites par le salarié ou par l'employeur (Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-43.197, *Bull.* 2006, V, n° 199; Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 09-40.737, *Bull.* 2010, V, n° 103).

Conformément à la jurisprudence applicable en d'autres matières, lorsqu'une attestation n'est pas établie conformément à l'article 202 du code de procédure civile, « il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si une telle attestation présente ou non des garanties suffisantes pour emporter leur conviction » (Soc., 3 octobre 2001, pourvoi n° 99-43.472).

Il a été également jugé que la circonstance qu'un salarié, agissant comme représentant de l'employeur, procède au licenciement d'un autre salarié, n'est pas de nature à le priver de la liberté de témoigner en justice en faveur de la personne dont le contrat de travail a été rompu (Soc., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-44.549, *Bull.* 2006, V, n° 135).

Sur le témoignage cependant, la chambre sociale a dit que nul ne pouvant se constituer une preuve à lui-même, viole l'article 1315 du code civil l'arrêt qui énonce que la preuve de la notification au salarié de la rupture de son contrat à durée déterminée avant l'expiration de la période d'essai résulte d'une attestation de la directrice générale de la société, en sorte que le seul élément de preuve retenu émanait d'un représentant légal de la société (Soc., 11 mai 1999, pourvoi n° 97-41.245, *Bull.* 1999, V, n° 209).

La preuve par indices ou présomptions est également admise dans divers contentieux du droit du travail (Soc., 23 juin 1971, pourvoi n° 70-40.538, *Bull.* 1971, V, n° 467; Soc., 17 mai 1995, pourvoi n° 92-41.104; Soc., 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.321, *Bull.* 2010, V, n° 3).

Section 2 – Protection des témoins en matière de harcèlement

L'article L. 1152-2 s'agissant du harcèlement moral et l'article L. 1153-3 du code du travail s'agissant du harcèlement sexuel instaurent tous les deux une protection

particulière des salariés qui ont témoigné d'agissements de harcèlement ou qui les ont relatés. Aucune sanction ou mesure discriminatoire, aucun licenciement n'est possible à l'encontre d'un salarié qui a témoigné d'agissements de harcèlement ou qui les a relatés. L'article L. 1153-4 sanctionne toute disposition ou tout acte contraire par leur nullité.

La chambre sociale a fait application de ces dispositions à l'occasion de litiges relatifs à un harcèlement moral. Elle a toutefois apporté un tempérament à l'application de ces textes, en réservant le cas de la mauvaise foi du salarié.

Par un arrêt du 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-44.092, *Bull.* 2009, V, n° 66), la chambre sociale a énoncé, après avoir relevé le moyen d'office, qu'il se déduisait des articles précités que le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits énoncés ne sont pas établis.

Puis, approfondissant sa jurisprudence, la chambre a précisé ce qui, selon elle, permettait de caractériser la mauvaise foi du salarié. Elle a ainsi jugé, censurant un arrêt qui avait retenu la mauvaise foi d'un salarié ayant dénoncé des faits de harcèlement moral, que « la mauvaise foi [...] ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce » (Soc., 7 février 2012, pourvoi n° 10-18.035, *Bull.* 2012, V, n° 55). En revanche, elle a confirmé un arrêt qui avait retenu la mauvaise foi d'une salariée licenciée pour faute grave en relevant que « la salariée avait dénoncé de façon mensongère des faits inexistant de harcèlement moral dans le but de déstabiliser l'entreprise et de se débarrasser du cadre responsable du département comptable » (Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-28.345, *Bull.* 2012, V, n° 172).

Ainsi, si la protection dont bénéficie le salarié qui dénonce des faits de harcèlement est particulièrement efficace, elle ne saurait, selon la jurisprudence de la chambre sociale, autoriser le salarié à s'en prévaloir dans l'intention de nuire à tel ou tel salarié de l'entreprise ou, plus généralement, au bon fonctionnement de ladite entreprise.

Section 3 – Recevabilité de l'aveu

L'aveu fait aussi partie des modes de preuve invoqués en droit du travail.

Il résulte à cet égard de la jurisprudence de la chambre sociale :

- que, conformément à ce qui est jugé en d'autres domaines, la déclaration d'une partie ne peut être retenue contre elle comme constituant un aveu que si elle porte sur des points de fait, et non sur des points de droit (Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 07-40.844, *Bull.* 2009, V, n° 188);
- que l'aveu doit être non équivoque (Soc., 8 octobre 2003, pourvoi n° 01-43.951, *Bull.* 2003, V, n° 255 : la seule circonstance qu'un salarié, qui avait exercé une action en résiliation du contrat de travail, ait demandé au bureau de conciliation d'ordonner la délivrance d'une lettre de licenciement et d'un certificat de travail ne peut constituer l'aveu non équivoque d'une rupture antérieure du contrat);
- qu'en revanche, lorsqu'il remplit ces conditions, l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait (Soc., 6 mai 1982, pourvoi n° 80-40798, *Bull.* 1982, V, n° 284 : aveu par le salarié du caractère mensonger d'un rapport d'activité; Soc., 7 janvier 1988, pourvoi n° 85-42.819, *Bull.* 1988, V, n° 18 : aveu par l'employeur du non-paiement du salaire);

- que l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de notification de ce licenciement, peu important l'aveu par le salarié, avant la lettre de rupture, de la réalité des fautes motivant la rupture des relations salariales (Soc., 19 mars 1998, pourvoi n° 96-40.391, *Bull.* 1998, V, n° 161);
- au point de vue procédural, qu'à défaut de production de la note d'audience contenant les déclarations précises du salarié devant le bureau de jugement, celles que lui attribue le jugement ne sauraient valoir aveu judiciaire, au sens de l'article 1356 du code civil (Soc., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-72323, *Bull.* 2011, V, n° 77);
- que, selon l'article 417 du code de procédure civile, la personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée à l'égard du juge avoir reçu pouvoir spécial de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement et que, par suite, le tribunal qui relève qu'à l'audience le représentant des débiteurs a décidé que ceux-ci ne refusaient pas de payer leur dette n'a pas à vérifier s'ils ont personnellement et de façon non équivoque renoncé à leur droit de critiquer la démarche faite à leur encontre (Soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-16949, *Bull.* 1996, V, n° 209).

Section 4 – Observations complémentaires

À l'évidence, les preuves peuvent aussi résulter d'écrits produits par les parties, qu'il s'agisse d'écrits « traditionnels », ou d'autres formes contemporaines de correspondance telles que notamment les courriels ou les messages téléphoniquement adressés dits « SMS » (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, *Bull.* 2007, V, n° 85; Soc., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-43.307).

Dans toutes les hypothèses ci-dessus analysées, l'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve produits relève du pouvoir souverain des juges du fond.

Dans le droit commun des litiges prud'homaux, si les éléments d'appréciation fournis par une partie paraissent insuffisants, le juge peut ordonner une mesure d'instruction, mais ce n'est qu'une simple faculté et il n'est pas tenu de le faire (Soc., 3 octobre 2001, pourvoi n° 99-43.472, rejetant un pourvoi qui reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse un licenciement sans ordonner de mesure d'instruction de nature à éclairer sur les griefs invoqués).

Deux séries de précisions doivent être apportées sur les modes de preuve en droit du travail :

- le principe de la liberté de la preuve n'exclut pas l'application de la règle selon laquelle seuls les modes de preuve obtenus dans des conditions licites ou loyales sont recevables, comme cela est exposé par ailleurs;
- le principe de la liberté de la preuve cède en certaines matières devant la nécessité de produire un écrit, celui-ci conditionnant la validité, l'opposabilité ou l'efficacité de l'acte. Ainsi, un contrat à durée déterminée doit être passé par écrit, sous peine de requalification en contrat de travail à durée indéterminée par application de l'article L. 1242-12 du code du travail (ancien article L. 122-3-1) (Soc., 8 octobre 1987, pourvoi n° 84-45.951, *Bull.* 1987, V, n° 538). De même, l'applicabilité de certaines clauses du contrat de travail, telles que la clause de non-concurrence, suppose, compte tenu des précisions requises, la rédaction d'un écrit. De même encore, l'employeur est tenu d'énoncer dans la lettre de licenciement les motifs de celui-ci, à défaut de quoi le

licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Ass. plén., 27 novembre 1998, pourvoi n° 96-40.199, *Bull.* 1998, Ass. plén., n° 7).

Chapitre 9 – En droit pénal

En droit pénal, le principe de liberté de la preuve qui est lié à celui d'intime conviction du magistrat appelle des précisions générales. Présentant la particularité d'avoir pour objet de démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne, la preuve pénale revêt, en outre, une importance qu'elle n'a dans aucune autre matière : parce qu'elle touche aux garanties et droits des personnes, particulièrement à la présomption d'innocence, et qu'elle intéresse souvent l'ordre public. C'est sans doute ce qui explique l'unité de la théorie de la preuve, dans son principe comme dans ses règles, à toutes les étapes de la procédure pénale, depuis la phase de la police judiciaire jusqu'à celle du jugement définitif. En effet, on ne peut concevoir une preuve qui soit, en amont du procès pénal, différente de celle qui régira la phase de jugement, même si ces principes et règles peuvent recevoir une application plus ou moins intense aux diverses étapes de la procédure. L'officier de police judiciaire ne peut ignorer que la preuve est recueillie pour le procureur de la République chargé de la poursuite, auquel il faut apporter, à cette fin, des indices suffisants. À l'instar du juge d'instruction, il sait que cette preuve n'a d'efficacité que dans la mesure où, légalement recueillis, les indices peuvent servir à la juridiction saisie pour forger son intime conviction.

Ainsi, au double point de vue juridique et factuel, depuis le constat d'une infraction jusqu'au jugement de son auteur, la preuve se structure tout au long de la procédure, depuis le recueil d'indices résultant des investigations, lesquels peuvent ensuite devenir graves et/ou concordants, que le procureur ou le juge d'instruction éventuellement saisi transformera en charges, le juge de jugement pouvant seul, du fait de la présomption d'innocence, les transformer en preuves.

Dès lors, le langage juridique a son importance en ce qu'il doit, par sa précision, maintenir intacte la présomption d'innocence par l'usage du terme désignant exactement l'état de maturation des éléments de preuve. S'il est communément affirmé que la preuve se discute à tous les stades de la procédure pénale, force est de constater que, juridiquement, on doit évoquer des « indices » ou des « charges » à l'encontre d'une personne non encore jugée, quand bien même son implication paraîtrait ne faire aucun doute parce qu'elle a avoué de manière circonstanciée être l'auteur de l'infraction ou a été arrêtée en flagrant délit, la preuve définitivement constituée ne pouvant être que le fait du juge de jugement qui se prononce selon une intime conviction motivée (articles 353, 427 et 536 du code de procédure pénale).

Sous ce regard, loin d'être l'exception que l'on tend parfois à présenter, la preuve par indices constitue le droit commun dès lors que son administration est d'abord, et essentiellement, le fait de la police judiciaire qui, par hypothèse, ne recueille jamais que des indices, définis comme des « élément [s] de preuve consistant en un fait, événement, objet, trace [...] » (*Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, publié sous la direction de Gérard Cornu, PUF, 8^e éd., 2007 ; voir aussi J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « La répression du trafic de stupéfiants serait-elle l'occasion d'un abandon de

la jurisprudence, contestable et paralysante, de la chambre criminelle en matière de flagrance? », *Rev. sc. crim.* 1993, p. 93 et s.).

Ces indices, dont la doctrine a dit l'importance en matière pénale (voir, sur ce point, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Cujas, 5^e éd., 2001, n° 191 et s.), encore renforcée par les progrès des sciences, constituent l'assise de la technique de la preuve inductive ou indiciaire, usant essentiellement de présomptions de fait qui consistent, à partir d'un ou plusieurs indices, à en inférer une réalité *a priori* inconnue, utile à la manifestation de la vérité, que ce soit pour le constat d'une infraction, constitutive de la saisine de l'autorité judiciaire par le biais de la police judiciaire, ou pour la démonstration ultérieure des éléments de l'infraction.

On trouve en jurisprudence des précisions particulières relatives à la flagrance (section 1), puis aux éléments matériels (section 2) et moraux (section 3) d'une infraction.

Section 1 – Preuve de la flagrance

Quant au constat de l'infraction flagrante, il résulte de la perception, par un agent ou un officier de police judiciaire, d'un ou plusieurs indices objectifs laissant présumer sa commission actuelle ou immédiatement antérieure de nature à permettre l'ouverture d'une enquête de flagrance génératrice de la contrainte destinée à poursuivre l'administration de la preuve (article 53 du code de procédure pénale). Cependant, souvent fugitive, cette perception, visuelle, auditive, gustative, olfactive même, l'entraîne à une réaction immédiate, dictée par une qualification d'infraction d'une extrême rapidité. Aussi est-il aisé de comprendre que l'apparence occupe une grande place dans le recueil de l'indice et la caractérisation de la flagrance. Le ou les indices objectifs ainsi recueillis permettent d'élaborer, même rapidement, une présomption de fait destinée à induire, selon une vraisemblance objective, qu'un crime ou un délit flagrant se commet. C'est ainsi que ce recueil d'indices va assurer la saisine de la police judiciaire et, corrélativement, celle de l'autorité judiciaire.

La flagrance n'impliquant nullement l'évidence d'une infraction ou de l'imputation de celle-ci à une personne déterminée (*JOAN*, 25 juin 1957, p. 2993), que l'enquête consécutive devra concrétiser ou infirmer, l'apparence autorise une intervention policière à partir d'indices caractérisant une réalité objectivement vraisemblable, dont la Cour de cassation a dessiné les contours en excluant, pour protéger les droits et garanties des citoyens, le soupçon et la dénonciation anonyme (Crim., 2 février 1988, pourvoi n° 87-81.147, *Bull. crim.* 1988, n° 52 ; Crim., 8 novembre 1989, pourvoi n° 89-80.728, *Bull. crim.* 1989, n° 406 ; Crim., 23 mars 1992, pourvoi n° 90-85.217, *Bull. crim.* 1992, n° 123 ; Crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 90-85.125, *Bull. crim.* 1992, n° 169 ; Crim., 1^{er} octobre 2003, pourvoi n° 03-84.142, *Bull. crim.* 2003, n° 176 ; Crim., 2 mai 2007, pourvoi n° 07-81.517, *Bull. crim.* 2007, n° 112 ; Crim., 5 octobre 2011, pourvoi n° 11-81.125, *Bull. crim.* 2011, n° 195). Ce recueil d'indices permet corrélativement d'élaborer une présomption de fait, selon laquelle une infraction flagrante paraît avoir été commise, éventuellement par telle personne. À ce niveau initial de la procédure pénale, on perçoit à quel point la notion d'indice gouverne l'administration de la preuve.

Section 2 – Preuve de l'élément matériel de l'infraction

Le recueil d'indices est pareillement utile à la preuve de l'élément matériel de l'infraction qui s'attache non seulement à l'action ou à l'omission incriminée par la loi mais encore, tâche la plus délicate, à son imputation à telle personne suspectée. Dès lors qu'elle est opérée légalement, la première partie de cette démonstration ne soulève guère de difficulté puisqu'elle résulte normalement d'un constat objectif, même si peuvent poser problème les disparitions de personnes ou meurtres sans découverte de cadavre, lesquels obligent alors les agents d'investigations à l'élaboration, à partir d'indices, de présomptions de fait tendant à établir la réalité d'un enlèvement ou d'un décès (Crim., 15 mai 1946, *Bull. crim.* 1946, n° 120, p. 172).

Cependant, le jeu des indices paraît être d'un renfort plus décisif encore dans la démonstration de l'imputation au mis en cause, question cardinale de l'administration de la preuve. La matière de la circulation routière, simple mais d'application quotidienne, le révèle : s'il est aisé de prouver que tel véhicule a roulé au-delà de la vitesse maximale autorisée, il s'avère souvent plus délicat, sans une photographie le représentant, de l'imputer à un conducteur déterminé. Avant que la loi n° 99-505 du 18 juin 1999 n'établisse une présomption de responsabilité pécuniaire, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, rappelé aux juges du fond qu'ils ne pouvaient présumer coupable le propriétaire du véhicule à l'encontre duquel avait été constatée une contravention (Crim., 3 octobre 1967, pourvoi n° 67-90.848, *Bull. crim.* 1967, n° 238, *Rev. sc. crim.* 1968, p. 332, obs. Vitu; Crim., 11 juillet 1978, *D.* 1979, inf. rap. p. 102; Crim., 21 octobre 1980, pourvoi n° 80-90.860, *Bull. crim.* 1980, n° 263; Crim., 17 septembre 1996, pourvoi n° 95-85.829, *Bull. crim.* 1996, n° 315; Crim., 8 avril 1998, pourvoi n° 97-83.937), la partie poursuivante devant rapporter une preuve suffisante de l'imputation d'une telle infraction (Crim., 22 avril 1997, pourvoi n° 96-81.869) et le juge préciser, dans sa motivation, les indices sur lesquels se fonde son intime conviction.

Section 3 – Preuve de l'élément moral

En ce qui concerne l'élément moral, la preuve du dol général ne suscite guère de difficulté pour satisfaire l'exigence légale (article 121-3 du code pénal) au regard de la jurisprudence constante, puisqu'une présomption de fait permet normalement de l'induire des faits de la cause (voir, sur ce point, Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2010, p. 234 et s.; Y. Mayaud, « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, chron., p. 37), sauf à caractériser une contrainte ou un trouble psychique (articles 122-1, alinéa 1^{er} et 122-2 du code pénal). En effet, pour la Cour de cassation, « la seule constatation de la 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, al. 1 du Code pénal » (Crim., 11 mai 1995, pourvoi n° 94-82.748; voir aussi, Crim., 12 mars 1970, pourvoi n° 69-90.644, *Bull. crim.* 1970, n° 103, *D.* 1970, p. 385, note M. Delmas).

Il en va différemment lorsque cet élément moral présente une configuration particulière, consistant soit dans une intention déterminée, comme l'intention de tuer dans le meurtre, soit dans la connaissance d'une situation préalable à l'acte incriminé,

telle que la connaissance du péril couru par un tiers dans l'omission de porter secours ou celle de l'origine frauduleuse de l'objet reçu dans le recel. La preuve de l'intention précise ou de la connaissance d'une situation préalable ne pouvant alors s'induire de l'acte même, il faut la rapporter, par l'aveu de l'intéressé (article 428 du code de procédure pénale) ou, à défaut et le plus souvent, par l'élaboration d'une présomption de fait fondée sur les indices recueillis. Ainsi l'intention de tuer sera-t-elle caractérisée par l'arme utilisée, la direction et la précision des coups portés (dans une zone vitale du corps de la victime) ainsi que leur nombre... (Crim., 22 mai 1989, *Dr. pén.* déc. 1989, comm. 56 par M. Véron.) De même, l'élément moral du recel pourra être établi à partir d'un faisceau d'indices tels que les conditions et le lieu de la transaction, le prix payé comparé à celui du marché, le comportement ultérieur du mis en cause, les professions respectives du vendeur et de l'acheteur, desquels l'enquêteur, le procureur puis le juge vont induire que l'intéressé n'a pas pu ignorer, à l'instant de leur réception, l'origine frauduleuse des objets litigieux (Crim., 24 novembre 1977, pourvoi n° 76-91.866, *Bull. crim.* 1977, n° 371, *D.* 1978, p. 42, note S. Kehrig; Crim., 3 décembre 1984, pourvoi n° 83-94.622, *Bull. crim.* 1984, n° 381; Crim., 12 décembre 1989, *Dr. pén.* 1990, comm. 196 par M. Véron). Comme l'a écrit un auteur, «la Cour de cassation n'exige pas la preuve d'une connaissance parfaite par le receleur de la nature et de la qualification exacte de l'infraction d'origine, ni des détails des circonstances de sa commission. Il suffit d'établir que, compte tenu des circonstances de fait, le receleur ne pouvait avoir aucun doute sur l'origine frauduleuse des choses détenues» (*Dr. pén.* 2008, comm. 139 par M. Véron).

À l'instar de la présomption légale ou de droit, la présomption jurisprudentielle ou de fait est, sous les mêmes conditions, compatible avec les dispositions de l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c. France*, requête n° 10519/83; voir, dans le même sens, CEDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang c. France*, requête n° 13191/87).

PARTIE 4 – ADMINISTRATION DE LA PREUVE

Le juge n'est pas le récipiendaire passif des preuves apportées par les parties au soutien de leurs prétentions. Il lui appartient de les administrer pour assurer la manifestation de la vérité tout en préservant les droits fondamentaux des justiciables. Ce travail de conciliation suppose que soient précisées les techniques permettant la découverte des faits (titre 1) et les principes gouvernant la présentation en justice des preuves (titre 2).

TITRE 1 – TECHNIQUES D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

Le juge peut être l'acteur de la recherche de la preuve, à travers les mesures d'instruction qu'il peut mener, à la demande des parties ou spontanément (chapitre 1). Il peut également ordonner et superviser les mesures d'investigations confiées à un expert (chapitre 2). Enfin, en sa qualité d'arbitre de la conduite de la procédure, il peut sanctionner les parties qui ne respectent pas les règles de conduite de la recherche de la preuve (chapitre 3).

Chapitre 1 – Mesures d'instruction

Les mesures d'instruction sont les investigations menées directement sous la direction du juge, soit à la demande des parties, soit spontanément par le juge ou à sa demande. En droit civil comme en droit pénal, le juge peut être amené à ordonner des mesures d'instruction en vue du procès. En matière civile dans le cadre des mesures d'instruction (section 1), en matière pénale dans le cadre de l'instruction préparatoire (section 2). C'est à travers ces deux points particuliers qu'il paraît utile de présenter la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière.

Section 1 – Mesures d'instruction en droit civil

Le juge peut ordonner, avant le litige, l'accomplissement de mesures d'instruction. Il convient de distinguer la possibilité offerte à tout intéressé, en référé ou sur requête, de solliciter une mesure d'instruction (§ 1), des procédures particulières concernant les visites domiciliaires en matière fiscale (§ 2) et des saisies-contrefaçon (§ 3).

§ 1. Mesures d'instruction en référé ou sur requête (article 145 du code de procédure civile)

La possibilité de solliciter une mesure d'instruction *in futurum* est soumise à des conditions générales (A) et connaît, en droit commercial et social, quelques déclinaisons particulières (B).

A. Conditions générales

La mesure doit être justifiée par la nécessité de conserver ou d'établir les faits (1) en vue d'un procès potentiel (2).

1. Conserver les preuves ou établir les faits

Selon l'article 9 du code de procédure civile, c'est aux parties qu'incombe la charge de prouver les faits propres à fonder leurs prétentions, cependant, «les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible» (article 143 du code de procédure civile). Les parties ne disposent pas d'un droit à obtenir une mesure d'instruction et l'article 146 du code de procédure civile fait interdiction au juge d'ordonner une mesure d'instruction en vue de suppléer leur carence.

Néanmoins, le code de procédure civile a prévu la possibilité pour une partie d'obtenir l'organisation d'une mesure d'instruction judiciaire avant même l'engagement d'un procès. L'article 145 de ce code dispose que «s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé». Il est de jurisprudence constante que l'article 146 du code de procédure civile est sans application lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 145 du même code (2^e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-15.369, *Bull.* 2008, II, n° 179; 2^e Civ., 10 mars 2011, pourvoi n° 10-11.732, *Bull.* 2011, II, n° 65). Le demandeur doit justifier que la mesure, qui ne peut être ordonnée si un procès est déjà en cours entre les parties, est en lien avec un litige susceptible de les opposer et que l'action éventuelle concernant ce litige n'est pas manifestement vouée à l'échec : la mesure doit être de nature à éclairer le juge susceptible d'être saisi du litige opposant les parties (2^e Civ., 29 septembre 2011, pourvoi n° 10-24.684).

La demande ne peut être accueillie que si le demandeur justifie d'un motif légitime, dont l'existence est appréciée souverainement par les juges du fond (2^e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 05-14.198, *Bull.* 2006, II, n° 44; 2^e Civ., 29 septembre 2011, pourvoi n° 10-24.684; 2^e Civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.399, *Bull.* 2012, II, n° 132). Le juge n'a pas à caractériser la légitimité de la mesure au regard des différents fondements juridiques possibles de l'action en vue de laquelle elle était sollicitée (2^e Civ., 8 juin 2000, pourvoi n° 97-13.962, *Bull.* 2000, II, n° 97; 2^e Civ., 6 novembre 2008, pourvoi n° 07-17.398, *Bull.* 2008, II, n° 234).

Les mesures d'instruction peuvent tendre à la conservation des preuves, mais aussi à l'établissement de faits, et peuvent concerner des tiers, si aucun empêchement légitime ne s'y oppose (2^e Civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-20.048, *Bull.* 2011, II, n° 118).

Seules les mesures légalement admissibles peuvent être ordonnées et ce critère fait souvent difficulté, tant la tentation peut être grande d'instrumentaliser l'article 145 du code de procédure civile, par exemple pour obtenir des informations sur un concurrent. D'autant que la mesure peut être ordonnée soit en référé, soit sur requête et que, dans cette dernière hypothèse, le juge statuera au seul vu des motifs avancés par le requérant, en l'absence de la partie concernée par la mesure d'instruction. C'est pourquoi la Cour de cassation se montre vigilante, d'une part, sur les conditions dans lesquelles la

mesure peut être ordonnée sur requête, d'autre part, sur l'étendue des investigations pouvant être autorisées sur le fondement de cet article.

Les conditions de délivrance d'une ordonnance sur requête sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile sont celles du droit commun des ordonnances sur requête, résultant des articles 493 et suivants de ce code. Ainsi la deuxième chambre civile a jugé que l'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile (2^e Civ., 15 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.771, *Bull.* 2009, II, n° 15 ; 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-15.507).

En revanche, il ne peut être fait droit à la demande que s'il est justifié de circonstances exigeant que la partie adverse ne soit pas appelée (2^e Civ., 30 janvier 2003, pourvoi n° 01-01.128, *Bull.* 2003, II, n° 25). Les circonstances justifiant une dérogation au principe de la contradiction doivent être caractérisées par la requête ou par l'ordonnance rendue sur celle-ci (2^e Civ., 11 février 2010, pourvoi n° 09-11.342, *Bull.* 2010, II, n° 32). Il appartient au juge, saisi d'une demande de rétractation d'une ordonnance sur requête, de vérifier, au besoin d'office, si cette exigence a été satisfaite dans l'espèce qui lui est soumise (2^e Civ., 11 février 2010, pourvoi n° 09-11.342, *Bull.* 2010, II, n° 32 ; 2^e Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 11-20.934). La même exigence s'impose à la cour d'appel, saisie d'une décision ayant statué sur une demande de rétractation, la cour d'appel étant investie des attributions du juge qui a rendu l'ordonnance et devant statuer sur les mérites de la requête (2^e Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.485, *Bull.* 2009, II, n° 250 ; 2^e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-15.421, *Bull.* 2009, II, n° 105).

La deuxième chambre civile vérifie également que, dans l'exécution de la mesure, les principes de contradiction et de loyauté ont été respectés (2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-12.503). En particulier, copie de la requête et de l'ordonnance doit être remise à la personne à laquelle elle est opposée, comme l'exige l'article 497 du code de procédure civile (2^e Civ., 18 novembre 2004, pourvoi n° 02-20.713, *Bull.* 2004, II, n° 499 ; 2^e Civ., 12 octobre 2006, pourvoi n° 05-11.301 ; 2^e Civ., 10 janvier 2008, pourvoi n° 06-21.816, *Bull.* 2008, II, n° 6 ; 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-12.503). L'huissier de justice ne peut donc pas être autorisé à ne faire état de l'ordonnance le commentant et fixant sa mission qu'une fois cette dernière accomplie (2^e Civ., 10 février 2011, pourvoi n° 10-13.894, *Bull.* 2011, II, n° 36).

Les mesures d'investigation ordonnées, que ce soit en référé ou sur requête, doivent être légalement admissibles. La Cour de cassation veille à ce que le juge se soit assuré que les mesures sollicitées ne comportent pas d'atteinte à une liberté fondamentale (2^e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 05-14.198, *Bull.* 2006, II, n° 44 ; 2^e Civ., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-71.674 ; 2^e Civ., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.841). Il a ainsi été jugé qu'excède les mesures d'instruction légalement admissibles au sens de l'article 145 du code de procédure civile, la mesure ordonnée par le président d'un tribunal de commerce autorisant un huissier de justice à se rendre dans les locaux d'une société suspectée d'actes de concurrence déloyale et de détournement de clientèle et à se saisir de tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement, permettant ainsi à l'huissier de justice de fouiller à son gré les locaux de la société, sans avoir préalablement sollicité la remise spontanée des documents concernés et obtenu le consentement du requis (2^e Civ., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-17.229, *Bull.* 2012, II, n° 89).

2. Potentialité d'un procès

Mesure par nature préventive, le référé de l'article 145 du code de procédure civile, parfois appelé « référé instruction », a pour objet de permettre à un sujet de droit de se procurer une preuve dont il pourrait avoir besoin à l'appui d'un procès potentiel. Encore faut-il que ce dernier soit envisageable.

Le litige doit être potentiel, ce qui signifie qu'il ne doit pas être en cours. Selon une jurisprudence bien établie, la condition tenant à l'absence d'instance au fond, prescrite par le texte (« avant tout procès »), est une condition de recevabilité devant être appréciée, et conséquemment remplie, au jour de la saisine du juge des référés (voir, par exemple, 2^e Civ., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-19.283, *Bull.* 2006, II, n° 173 : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'absence d'instance au fond, qui constitue une condition de recevabilité de la demande, devait s'apprécier à la date de la saisine du juge, la cour d'appel a violé le texte susvisé »).

Le litige doit encore être potentiel.

La définition de cette notion aux contours subtils a alimenté, à propos d'un bail commercial (3^e Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-10.226, *Bull.* 2010, III, n° 79), un pourvoi devant la troisième chambre civile, qui n'était pas sans retentissement sur la place, dans le temps, de la preuve dans le cadre de cette procédure particulière. Le juge des référés était, en l'occurrence, saisi du chef de l'article 145 du code de procédure civile pour que soit ordonnée une mesure d'expertise aux fins de déterminer la valeur locative du fonds loué et le montant d'une éventuelle indemnité d'éviction (ce bailleur avait délivré congé avec offre de renouvellement à son locataire, lequel avait contesté le montant du loyer proposé par son cocontractant). Le locataire reprochait au juge des référés d'avoir accueilli cette demande, alors qu'au jour de sa saisine, il n'existait selon lui aucun litige potentiel l'opposant à son bailleur.

Par cet arrêt, la troisième chambre civile a retenu que cette condition de litige potentiel étant une condition de fond et non de recevabilité, il faut et suffit qu'il en soit justifié par le demandeur avant que le juge ne statue. Elle décide en effet que « l'existence d'un litige potentiel n'étant pas une condition de recevabilité de la demande, mais de son succès, la cour d'appel, qui a relevé qu'à la date à laquelle elle statuait, la SCI avait exercé son droit d'option en vertu de l'article L. 145-57 du code de commerce, en a souverainement déduit que la société bailleuse justifiait d'un motif légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile ». Et tel était le cas du bailleur de la cause, qui, après la saisine du juge des référés, mais avant qu'il ne statue, avait exercé le droit d'option ouvert par l'article L. 145-57 du code de commerce, liant ainsi un potentiel litige relativement au paiement d'une future indemnité d'éviction.

Cet arrêt, qui précise le régime du référé relatif à la preuve, met également en lumière les modulations dans le temps de certaines exigences probatoires : si la preuve des conditions de recevabilité doit être rapportée au jour de la saisine du juge, celle des conditions de fond peut être différée jusqu'au jour où il statue.

B. Mise en œuvre

Doivent être précisées les particularités des mesures d'instruction applicables en matière commerciale (1) et sociale (2).

1. Empêchement légitime en droit commercial

Tandis que les articles 9 et 10 du code de procédure civile prévoient qu'il appartient à chacun de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention et que le juge a le pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, les articles 10 du code civil, 11 et 12 du code de procédure civile prescrivent que chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité, sauf motif légitime, et aux mesures d'instruction ordonnées par le juge, sauf en cas d'empêchement légitime d'un tiers.

L'article 145 du code de procédure civile instaurant la procédure de mesures d'instruction *in futurum* est applicable si, précise la Cour de cassation en se référant aux textes précités, aucun empêchement légitime ne s'oppose à cette production par le tiers détenteur (2^e Civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-20.048, *Bull.* 2011, II, n° 118).

En droit commercial, cette notion d'empêchement légitime est utilisée par la Cour de cassation pour assurer la protection de certains secrets que heurterait une mesure d'instruction. Pour une étude plus ample de la question de la preuve et de la protection du secret des affaires et des références complémentaires de jurisprudence concernant les principes rappelés ci-dessous, il est renvoyé à la présente partie, titre 2, chapitre 2, section 1.

Le secret professionnel, dont la violation est pénalement sanctionnée par les articles 226-13 et 226-14 du code pénal, constitue, en principe, un empêchement légitime faisant obstacle à la mesure d'instruction ou à une demande de communication de pièces. Tel est notamment le cas des lettres couvertes par le secret professionnel existant entre le client et son avocat dans les conditions prévues par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, telle que modifiée par la loi n° 97-308 du 7 avril 1997, du secret professionnel auquel est tenu l'expert-comptable en application de l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 (Com., 8 février 2005, pourvoi n° 02-11.044, *Bull.* 2005, IV, n° 22) ou du secret bancaire, prévu et protégé par les dispositions des articles L. 511-33 et L. 511-34 du code monétaire et financier. Contrairement à l'arrêt du 15 mai 2008 de la première chambre civile (1^{re} Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 06-20.807) qui laisse penser que le secret bancaire ne peut faire obstacle à une mesure d'instruction, la chambre commerciale juge, de manière constante, tant dans le cadre des articles 9 et 10 du code civil et 11 du code de procédure civile (Com., 13 juin 1995, pourvoi n° 93-16.317, *Bull.* 1995, IV, n° 172 ; Com., 25 février 2003, pourvoi n° 00-21.184, *Bull.* 2003, IV, n° 26 ; Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-11.993, *Bull.* 2003, IV, n° 119 ; Com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-19.573 ; Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 03-14.693, *Bull.* 2005, IV, n° 13 ; Com., 9 juin 2004, pourvoi n° 02-19.572 ; Com., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-18.211 ; Com., 23 janvier 2007, pourvoi n° 05-18.368, *Bull.* 2007, IV, n° 7 ; Com., 30 mai 2007, pourvoi n° 06-11.036, *Bull.* 2007, IV, n° 144) que de l'article 145 du code de procédure civile (Com., 28 février 2006, pourvoi n° 04-17.545 ; Com., 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-11.744, *Bull.* 2001, IV, n° 12 ; Com., 11 avril 1995, pourvoi n° 92-20.985, *Bull.* 1995, IV, n° 121), que le secret professionnel auquel est tenu un établissement bancaire en application de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier constitue un empêchement légitime opposable au juge civil, ou au tiers à qui il a été ordonné de produire des pièces couvertes par le secret bancaire. Celui-ci peut alors exercer un recours devant la juridiction ayant rendu ce jugement, puis interjeter appel

de la décision rendue sur recours (2^e Civ., 17 novembre 2011, pourvoi n° 10-21.326, *Bull.* 2011, II, n° 213).

Dans certains cas, et compte tenu des intérêts, protégés ou non, en présence, la Cour de cassation a assoupli la protection de principe apportée à de tels secrets : ainsi, le secret bancaire, destiné à protéger le client, ne peut servir à protéger la banque, en particulier lorsque sa responsabilité est recherchée (Com., 19 juin 1990, pourvoi n° 88-19.618, *Bull.* 1990, IV, n° 179 ; Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.490, *Bull.* 2011, IV, n° 153), de la même manière que le secret professionnel auquel sont tenus les commissaires aux comptes et les experts-comptables ne peut faire obstacle aux mesures d’instruction destinées à vérifier les conditions d’exercice de leur mission (Com., 14 novembre 1995, pourvoi n° 94-13.361, *Bull.* 1995, IV, n° 263 ; Com., 14 novembre 1995, pourvoi n° 93-10.937, *Bull.* 2005, IV, n° 262). Le secret bancaire n’est pas non plus opposable à la banque qui est autorisée à produire des documents pour se défendre contre son salarié, bénéficiaire du secret (Soc., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.446) ou doit communiquer des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l’administration de la preuve de l’existence et du montant de la créance de la caution dont elle demande paiement (Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.777, *Bull.* 2008, IV, n° 206). Il n’est pas non plus opposable à des tiers à une procédure de référé-expertise impliqués dans le litige en responsabilité en prévision duquel était sollicitée la communication de pièces (Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-19.338).

En revanche, lorsqu’un secret n’est pas légalement protégé, il ne constitue pas un empêchement légitime. Ainsi, la Cour de cassation juge que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l’application des dispositions de l’article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu’il ordonne procèdent d’un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » (2^e Civ., 7 janvier 1999, pourvoi n° 95-21.934, *Bull.* 1999, II, n° 4 ; 2^e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 05-14.198, *Bull.* 2006, II, n° 44). Toutefois, l’appréciation de la légitimité du motif qui est présenté à l’appui de la demande d’instruction relève du pouvoir souverain des juges du fond (2^e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 05-14.198, *Bull.* 2006, II, n° 44 ; 2^e Civ., 19 mars 2009, pourvoi n° 08-14.778), lesquels doivent caractériser l’existence du motif légitime (2^e Civ., 15 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.771, *Bull.* 2009, II, n° 15 ; 2^e Civ., 22 février 2012, pourvoi n° 11-13.481). La Cour de cassation veille aussi à ce que les mesures ordonnées soient limitées dans leur objet et dans le temps.

2. Mesures *in futurum* en droit du travail

Par leur généralité et leur insertion dans les dispositions communes du code de procédure civile, les dispositions de l’article 145 de ce code ont vocation à s’appliquer en droit du travail, comme en toute autre matière et avec les mêmes conditions d’application.

– En ce qui concerne la légitimité du motif dont doit justifier le demandeur, entendue comme la justification de l’utilité probatoire de la mesure sollicitée, les arrêts rendus par la chambre sociale, tout en se référant au principe de la souveraineté des juges du fond pour l’appréciation d’un tel motif légitime, donnent quelques indications sur les circonstances permettant d’en cerner les contours.

La mesure d’instruction doit d’abord être sollicitée en vue du règlement ultérieur d’un litige, ce qui suppose qu’une action en justice soit envisageable et que son objet soit suffisamment déterminé.

C’est ce que rappelle un arrêt de la chambre sociale du 26 juillet 1984 (pourvoi n° 81-41.760, *Bull.* 1984, V, n° 334) en retenant, pour rejeter un pourvoi contre une décision ayant ordonné à la demande de syndicats une expertise afin de recueillir tous renseignements sur l’ampleur et l’origine d’une grève ainsi que sur les moyens d’y mettre fin, « qu’un conflit collectif de travail est susceptible d’avoir des répercussions sur les droits individuels des intéressés et sur les litiges soulevés de ce chef devant les tribunaux judiciaires ».

De même, un arrêt de la chambre sociale du 2 mai 1990 (pourvoi n° 87-17.060, *Bull.* 1990, V, n° 199) a estimé qu’était caractérisée la légitimité du motif invoqué par un employeur pour obtenir une expertise après une grève avec occupation des locaux, dès lors que cette expertise pouvait permettre de recueillir des éléments d’information sur les responsabilités encourues et l’importance des dommages subis à la suite d’incidents survenus au cours de la grève.

En revanche, la chambre sociale a approuvé une cour d’appel d’avoir rejeté la demande formée par un salarié licencié pour faute grave tendant à ce qu’il soit ordonné à l’employeur de produire les éléments de preuve des faits reprochés au salarié, dès lors que celui-ci n’avait aucune obligation probatoire dans le litige envisagé (Soc., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-47.076, *Bull.* 2006, V, n° 94).

– En ce qui concerne les mesures susceptibles d’être ordonnées, l’article 145 du code de procédure civile se borne à faire référence aux « mesures d’instruction légalement admissibles », ce qui implique d’en préciser la nature et la portée.

Quant à la nature de ces mesures, *a priori* toutes les mesures tendant à établir la preuve de certains faits sont envisageables. La chambre sociale a néanmoins apporté des précisions importantes sur l’une des mesures les plus fréquentes, la désignation d’un huissier de justice aux fins de constat, en jugeant que cet officier ministériel ne peut procéder qu’à des constatations purement matérielles, ce qui implique qu’il n’a pas le droit de procéder à des auditions de témoins, si ce n’est à seule fin d’éclairer ses constatations (Soc., 29 octobre 2002, pourvoi n° 00-42.918, *Bull.* 2002, V, n° 326; Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 04-13.932, *Bull.* 2006, V, n° 153).

Quant à la portée des mesures d’instruction ordonnées, si en principe celles-ci ne doivent pas porter atteinte à un secret juridiquement protégé ou à un droit fondamental, la protection qui y est attachée n’est pas absolue et cède parfois devant les intérêts légitimes du demandeur à la preuve. Il appartient dès lors au juge de peser les droits et libertés en conflit et de prendre s’il y a lieu, en faisant application du principe de proportionnalité, la mesure apparaissant strictement nécessaire à la défense de ces intérêts.

La chambre sociale a ainsi retenu que le respect de la vie personnelle du salarié ne fait pas nécessairement obstacle à l’application de l’article 145 du code de procédure civile et a admis :

– Qu’un employeur peut obtenir la désignation d’un huissier de justice pour accéder aux données contenues dans l’ordinateur mis à la disposition d’un salarié, dès lors qu’il a des raisons légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et que l’huissier

a rempli sa mission en présence du salarié (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-17.818, *Bull.* 2007, V, n° 84; Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, *Bull.* 2008, V, n° 129);

– Que l’employeur ayant la charge de rapporter la preuve que le salarié, dont il envisage la mise à la retraite anticipée en application des stipulations d’une convention collective l’y autorisant, remplit les conditions pour bénéficier d’une retraite à taux plein, et cette preuve ne pouvant résulter que d’un relevé de carrière que le salarié est seul à pouvoir détenir, il existe un motif légitime d’ordonner la communication de ce document (Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-41.826, *Bull.* 2009, V, n° 131).

L’intérêt de cette décision est également de montrer que la communication de documents fait partie des mesures d’instruction susceptibles d’être ordonnées en application de l’article 145 du code de procédure civile. Un arrêt de la deuxième chambre civile du 8 février 2006 (pourvoi n° 05-14.198, *Bull.* 2006, II, n° 44) avait pu en faire douter, mais a été démenti par un arrêt de la même chambre du 26 mai 2011 (pourvoi n° 10-20.048, *Bull.* 2011, II, n° 118) statuant dans le sens de l’admissibilité de la production de documents au titre de ces mesures d’instruction, bien que la production de documents ne soit pas incluse dans le sous-titre du code de procédure civile consacré à ces mesures.

Il convient néanmoins de préciser que l’importance attachée au respect de la vie personnelle du salarié est telle qu’elle peut empêcher l’employeur de se prévaloir d’un moyen de preuve obtenu pourtant avec l’accord du juge.

C’est ce qui résulte d’un arrêt de la chambre sociale du 10 janvier 2012 (pourvoi n° 10-23.482, *Bull.* 2012, V, n° 2) rendu dans une affaire où l’employeur avait obtenu la désignation par un juge saisi en application de l’article 145 du code de procédure civile d’un huissier de justice, aux fins de visionner les enregistrements des caméras de vidéo-surveillance placées à l’entrée d’un local. La Cour a jugé que l’employeur ne pouvait se prévaloir de ce mode de preuve des agissements des salariés, ceux-ci n’ayant pas été préalablement informés de l’existence du dispositif de surveillance en cause.

§ 2. Visites domiciliaires en matière fiscale

Bien qu’il s’agisse devant le juge judiciaire d’une procédure autonome et non d’une mesure d’instruction à proprement parler dont il aurait à connaître, la possibilité pour l’administration fiscale ou celle des douanes de saisir le juge des libertés et de la détention, respectivement sur le fondement des articles L. 16 B et L. 38 du livre des procédures fiscales, afin d’être autorisées à procéder à des visites domiciliaires et à des saisies, se présente en réalité comme une mesure d’instruction destinée à rechercher des preuves d’une fraude suspectée, lesquelles seront appréciées ensuite par les services intéressés, le cas échéant sous le contrôle du juge de l’impôt.

Ainsi, en application de l’article L. 16 B, le juge des libertés et de la détention peut-il être saisi par l’administration fiscale et l’autoriser à procéder à des visites et saisies afin de rechercher la preuve qu’un contribuable se soustrait à l’établissement ou au paiement des impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, en utilisant ou en délivrant des factures ou des documents ne se rapportant pas à des opérations réelles ou en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en passant ou en faisant passer sciemment des écritures inexactes ou fictives dans des documents comptables dont la tenue est imposée par le code général des impôts.

Les mêmes possibilités sont offertes aux services des douanes par l'article L. 38 en ce qui concerne les infractions aux dispositions du titre III de la première partie du livre premier du code général des impôts et aux législations édictant les mêmes règles en matière de procédure et de recouvrement.

Pour l'application de l'article L. 16 B, il est nécessaire que le juge des libertés et de la détention « estime qu'il existe des présomptions qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement [des impositions visées par cet article] », alors que, pour l'article L. 38, le juge doit vérifier de manière concrète que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée, cette demande devant comporter tous les éléments d'information en possession de l'administration de nature à justifier la visite.

La chambre commerciale a en conséquence précisé, pour la mise en œuvre de ces dispositions, que l'ordonnance en elle-même devait comporter la preuve que le juge a bien procédé à une analyse concrète des éléments, des présomptions que l'administration a présentées. Ainsi, après une chambre mixte (15 décembre 1988, pourvoi n° 87-19.159, *Bull.* 1988, Ch. mixte, n° 4), ayant affirmé que le juge, qui avait autorisé des visites et saisies dans les locaux, voitures et coffres-forts de M. X..., ne pouvait se borner à retenir que les informations fournies laissaient présumer que la société dont ce dernier était administrateur se soustrayait au paiement de l'impôt sur les bénéfices et de la TVA et qu'elle avait omis sciemment de faire passer des écritures en comptabilité, parce que de tels motifs ne permettaient pas à la Cour de cassation de contrôler s'il avait été procédé de façon concrète à la vérification du bien-fondé de la demande, la chambre commerciale a elle-même précisé que le juge doit vérifier de manière concrète, par l'appréciation des éléments d'information que l'administration fiscale est tenue de lui fournir, que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée (Com., 21 mars 1989, pourvoi n° 87-18.918, *Bull.* 1989, IV, n° 96). Cette position a été réaffirmée constamment (Com., 1^{er} octobre 1996, pourvoi n° 94-12.378, *Bull.* 1996, IV, n° 220; Com., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-30.271) et s'accompagne de l'affirmation régulière que le juge apprécie souverainement les présomptions de fraude (Com., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.017, *Bull.* 2009, IV, n° 162; Com., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-14.707, *Bull.* 2010, IV, n° 50).

§ 3. Saisies-contrefaçon

L'article L. 716-7-1 du code de la propriété intellectuelle, issu de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, transposant l'article 8 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, dispose que « si la demande lui en est faite, la juridiction saisie d'une procédure civile prévue au [titre « Marques de fabrique, de commerce ou de service »] peut ordonner, au besoin sous astreinte, afin de déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits contrefaisants qui portent atteinte aux droits du demandeur, la production de tous documents ou informations détenus par le défendeur ou par toute personne qui a été trouvée en possession de produits contrefaisants ou qui fournit des services utilisés dans des activités de contrefaçon ou encore qui a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou la fourniture de ces services. La production de documents ou d'informations peut être ordonnée s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

Dans une décision du 13 décembre 2011 (pourvoi n° 10-28.088, *Bull.* 2011, IV, n° 209), la chambre commerciale juge que «les dispositions de l'article L. 716-7-1 du code de la propriété intellectuelle permettent au juge de la mise en état d'ordonner les mesures qu'il prévoit, avant toute décision sur la matérialité de la contrefaçon».

La difficulté résidait dans le fait que la directive précitée et l'article L. 716-7-1 du code de la propriété intellectuelle font référence à des produits ou services contrefaisants et non argués de contrefaçon, tout en visant un droit d'information dans le cadre d'une action pour atteinte à un droit de propriété intellectuelle et notamment à une marque.

La solution adoptée favorise la lutte contre la contrefaçon mais les mesures doivent s'appliquer sans préjudice d'autres dispositions législatives ou réglementaires et, en conséquence, répondre à une demande justifiée et proportionnée du requérant, respecter les droits de la défense et être assorties de garanties nécessaires, y compris la protection des renseignements confidentiels ou le traitement des données à caractère personnel.

Dans un rapport du 31 mars 2011 (*Respect des droits de propriété intellectuelle. Réponse de la CCIP à la consultation de la Commission européenne sur l'application de la directive du 29 avril 2004*, rapport de M. Jérôme Frantz, 31 mars 2011 [disponible sur www.ccip.fr]), la chambre de commerce et d'industrie de Paris indique qu'«il faudrait [...] se garder de considérer la saisie-contrefaçon comme un préalable au droit d'information, les deux mécanismes ayant des finalités différentes. En effet, ce dernier vise à déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits argués de contrefaçon, et non à contribuer à la preuve de la contrefaçon. En matière de propriété intellectuelle, cette preuve sera généralement établie par une saisie-contrefaçon. La procédure du droit d'information ne doit donc pas être utilisée comme un moyen d'éviter aux parties de prouver la contrefaçon alléguée».

Toutefois, même si la saisie-contrefaçon ne confère pas un pouvoir d'enquête, la nouvelle rédaction de l'article L. 615-5 du code de propriété intellectuelle, issue de la loi n° 2007-1544 précitée, a autorisé la saisie de tout document se rapportant aux «produits ou procédés prétendus contrefaisants», sans qu'il soit précisé qu'il s'agit uniquement des documents relatifs à la matérialité de la contrefaçon.

Par ailleurs, la construction jurisprudentielle de l'empêchement légitime est proche de celle mettant en œuvre l'article 10 du code civil, renvoyant au secret des affaires ou au respect de la vie privée. Cette exception ne figure pas dans la directive n° 2004/48 et est reprise de l'article 11 du code de procédure civile. Si l'on s'en tient à la jurisprudence développée en application de ce texte, un tiers pourra opposer au titre de l'empêchement légitime le secret bancaire ou le secret médical. Sans doute faut-il ajouter les cas de franchise prévus par l'article L. 613-5 du code de la propriété intellectuelle, comme les actes accomplis à des fins non commerciales ou à titre expérimental.

Section 2 – Mesures d'instruction dans le cadre d'une procédure pénale

C'est dans le secret que le juge pénal doit mener son instruction (§ 1) tout en garantissant les droits des parties (§ 2).

§ 1. Secret des mesures d’instruction

Suivant les dispositions de l’article 11 du code de procédure pénale : «Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l’enquête et de l’instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.»

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d’innocence et les droits des victimes, consacrant le principe issu de la jurisprudence selon lequel le secret n’est pas opposable au ministère public, a complété l’article 11 en ces termes : «Toutefois, afin d’éviter la propagation d’informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l’ordre public, le procureur de la République peut, d’office et à la demande de la juridiction d’instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause.»

L’article 11-1 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, ajoute : «Sur autorisation du procureur de la République ou du juge d’instruction selon les cas, peuvent être communiqués à des autorités ou organismes habilités à cette fin par arrêté du ministre de la justice [...] des éléments des procédures judiciaires en cours permettant de réaliser des recherches ou enquêtes scientifiques ou techniques, destinées notamment à prévenir la commission d’accidents, ou de faciliter l’indemnisation des victimes ou la prise en charge de la réparation de leur préjudice. Les agents de ces autorités ou organismes sont alors tenus au secret professionnel en ce qui concerne ces infractions, dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.»

Au-delà de l’article 11 du code de procédure pénale qui est général, l’article 98 du code de procédure pénale sanctionne le délit de divulgation de documents saisis, et l’article 434-7-2 du code pénal incrimine les personnes qui révèlent sciemment des informations connues du fait de leurs fonctions.

Ce principe du secret de l’information, absolu sous l’Ancien Régime, a été aboli par la loi des 16-29 septembre 1791. Aucune disposition sur le secret n’a été insérée dans le code d’instruction criminelle, mais la Cour de cassation, dès le premier arrêt rendu en la matière, a décidé que la procédure était secrète (Crim., 19 mai 1827, *Bull. crim.* 1827, n° 120, p. 428).

En application de l’article 11 du code de procédure pénale, seules les phases d’enquête et d’instruction sont soumises au secret, de sorte que ce dernier cesse notamment devant la juridiction de jugement, dont les débats sont publics.

S’agissant des personnes concourant à la procédure sont inclus les magistrats, auditeurs de justice, greffiers, officiers de police judiciaire, experts et interprètes. Ne sont pas soumis au respect de ce secret les personnes mises en examen, les témoins et victimes, les parties civiles (Crim., 9 octobre 1978, pourvoi n° 76-92.075, *Bull. crim.* 1978, n° 263, *D.* 1979, p. 185, note P. Chambon, *Gaz. pal.* 1979, p. 246; *Rev. sc. crim.* 1979, p. 560, note G. Levasseur), les personnes civilement responsables et les journalistes.

Les avocats sont quant à eux tenus au respect des règles de leur profession et donc au secret professionnel. L’article 160 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant

la profession d'avocat prévoyait à ce titre : « L'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours. »

La jurisprudence a retenu, en application de cet article, que :

- le délit de violation du secret professionnel est caractérisé à l'encontre de l'avocat de la personne mise en examen qui a sciemment révélé à une personne étrangère à la procédure le contenu d'un acte couvert par le secret de l'instruction (Crim., 18 septembre 2001, pourvoi n° 00-86.518, *Bull. crim.* 2001, n° 179, *D.* 2001, IR p. 3171, Crim., 20 juin 2006, pourvoi n° 05-83.659, *Bull. crim.* 2006, n° 183, *Dr. pénal* n° 10, octobre 2006, p. 12-13, note M. Véron), fût-ce à la demande de son client, (Crim., 27 octobre 2004, pourvoi n° 04-81.513, *Bull. crim.* 2004, n° 259);
- l'avocat ne peut communiquer à quiconque, sauf à son client pour les besoins de sa défense, des renseignements concernant des procédures pénales (Crim., 18 décembre 2001, pourvoi n° 01-84.170, *Bull. crim.* 2001, n° 273, *JCP* n° 10, 6 mars 2002, IV, 1394).

L'article 5 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, qui a abrogé l'article 160 susvisé, dispose dorénavant que « L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours. Il ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du code de procédure pénale ».

L'article 25 du décret n° 2007-932 du 15 mai 2007 modifie cet article 5 en visant l'abstention par l'avocat de communiquer ces mêmes éléments de l'enquête « sauf pour l'exercice des droits de la défense » (la mention « sauf à son client » est supprimée).

La chambre criminelle a décidé que justifiait sa décision l'arrêt qui, pour entrer en voie de condamnation contre un avocat du chef de violation du secret professionnel, retient que l'obligation au secret professionnel résultant de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 précité, applicable à la date des faits, consistant notamment à s'abstenir de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours, n'a pas été abolie par le décret du 15 mai 2007 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat (Crim., 28 octobre 2008, pourvoi n° 08-81.432, *Bull. crim.* 2008, n° 215).

Mais dans la procédure ayant donné lieu à cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme, par une décision du 15 décembre 2011 (*Mor c. France*, requête n° 28198/09), a jugé contraire à l'article 10 de la Convention (liberté d'expression) la condamnation pour violation du secret professionnel d'une avocate qui s'était exprimée dans la presse à propos d'un rapport d'expertise couvert par le secret de l'instruction.

Il ressort toutefois de cet arrêt que :

- les informations divulguées s'inscrivaient dans le contexte d'un débat général et pour l'exercice des droits de la défense des clients de ce Conseil;

– la liberté d'expression d'un avocat dans un contexte médiatique n'est élargie que si cet avocat n'est pas à l'origine de la médiatisation de l'affaire par une violation du secret professionnel.

Les journalistes ne sont pas liés par le secret de l'instruction et disposent de la liberté de l'information. Toutefois ils peuvent être reconnus coupables d'infractions en lien avec le secret de l'instruction. Ainsi la chambre criminelle admet « qu'ayant constaté que les pièces offertes en preuve étaient des éléments d'une procédure d'information alors en cours, les juges, devant qui les prévenus journalistes, qui n'étaient pas parties à ladite procédure, n'ont pas soutenu que ces documents leur aient été régulièrement communiqués, étaient fondés à relever que ceux-ci n'avaient pu leur parvenir qu'en violation de l'article 11 du code de procédure pénale et à les écarter des débats » (Crim., 6 juin 1990, pourvoi n° 89-84.785).

Par ailleurs, pour la chambre criminelle, dès que l'acte est réalisé, il est couvert par le secret même s'il n'est pas encore versé au dossier (Crim., 13 novembre 2001, pourvoi n° 00-83.382 : photographies prises par la police judiciaire au cours de filatures réalisées dans le cadre de l'enquête préliminaire ne figurant pas dans le dossier d'instruction au moment où elles ont été rendues publiques).

La chambre criminelle considère également que constitue le délit de recel en violation du secret de l'enquête et de l'instruction le fait pour des journalistes d'utiliser, en vue de leur publication, des photographies provenant des services de l'identité judiciaire et de la gendarmerie, concernant des procédures en cours ou clôturées par une ordonnance de non-lieu, peu important que les circonstances du délit dont provient l'objet n'aient pas été entièrement déterminées, dès lors que les prévenus avaient connaissance de l'origine délictueuse des documents par eux détenus (Crim., 13 mai 1991, pourvoi n° 90-83.520, *Bull. crim.* 1991, n° 200). Cependant, un journaliste ne peut être déclaré coupable de recel de violation du secret de l'instruction au motif qu'il a détenu et produit en justice des copies de pièces issues d'une information pénale en cours, sans rechercher si, en l'espèce, la production de ces pièces par l'intéressé n'avait pas été rendue nécessaire pour sa défense dans une instance engagée à son encontre (Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.237, *Bull. crim.* 2002, n° 132).

Enfin, au visa des articles 6 § 1 et 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre criminelle a introduit un contrôle de proportionnalité. Ainsi, elle juge que « le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'une information en cours de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires » (en l'espèce, des rapports d'expertise judiciaire tirés d'une information en cours), de sorte que « l'atteinte alléguée à la présomption d'innocence ne pouvait faire obstacle à ce que la journaliste prévenue produise, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'où étaient tirées les informations rapportées dans l'article incriminé [...] » (Crim., 11 février 2003, pourvois n° 01-86.696 et n° 01-86.685, *Bull. crim.* 2003, n° 29). Par ailleurs, en application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la limite à la liberté d'expression est justifiée « par les impératifs de protection des droits d'autrui, au nombre desquels figure la présomption d'innocence, par la préservation d'informations confidentielles, ainsi que par la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire » (Crim., 19 juin 2001, pourvoi n° 99-85.188,

Bull. crim. 2001, n° 149, *D.* 2001, p. 2538, note B. Beignier et B. de Lamy), surtout si la publication contestée ne répond à aucune nécessité d'informer le lecteur (*Crim.*, 25 octobre 2005, pourvoi n° 05-81.457, *Bull. crim.* 2005, n° 268).

La violation du secret de l'instruction n'est pas sanctionnée par une nullité (*Crim.*, 24 avril 1984, *D.* 1986, p. 125, note J. Cosson ; *Crim.*, 7 décembre 1995, pourvoi n° 95-80.289), sauf atteinte aux intérêts de la partie concernée (*Crim.*, 19 juin 1995, *Dr. pén.* 1995, comm. 239 par A. Maron). Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé que « la violation du secret de l'instruction, non pas postérieure, mais concomitante à l'accomplissement d'un acte de la procédure, ne peut conduire à son annulation que s'il en est résulté une atteinte aux intérêts d'une partie » (*Crim.*, 25 janvier 1996, pourvoi n° 95-85.560, *Bull. crim.* 1996, n° 51). En tout état de cause, cette violation ouvre droit, pour celui qui s'en prétend victime, au recours prévu par l'article 9-1 du code civil (*Crim.*, 30 avril 1996, pourvoi n° 96-80.829, *Bull. crim.* 1996, n° 183).

§ 2. Modalités de l'instruction

Le magistrat instructeur dispose de moyens d'investigation qui vont bien au-delà de ceux dont disposent les parties dans un procès civil. Les pouvoirs qui en résultent pour le juge sont donc encadrés afin d'assurer le respect des droits des parties. S'il est contraint de demeurer dans le cadre de l'enquête dont il est saisi (A), le juge peut librement recourir aux modes de preuve qui lui paraissent les plus appropriés (B).

A. Encadrement de l'objet des investigations

Selon l'article 143 du code de procédure civile, « les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ». Il résulte de l'article 144 qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée si le juge dispose d'éléments suffisants pour statuer. La doctrine déduit traditionnellement de ces textes qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée que si elle est légale, utile et pertinente, et présente un rapport avec le litige. Sous cette triple condition, imposée à toute mesure d'instruction, le juge apprécie souverainement la nécessité et l'opportunité du recours à une mesure d'instruction.

La chambre criminelle a jugé que, sauf dispositions contraires, les règles de la procédure civile sont applicables devant le premier président de la cour d'appel statuant, en application de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, sur le contentieux des visites domiciliaires autorisées par le juge des libertés et de la détention en vue de la recherche de preuves de pratiques anticoncurrentielles (*Crim.*, 8 septembre 2010, pourvoi n° 09-84.467, *Bull. crim.* 2010, n° 132). La Cour de cassation statuant en assemblée plénière a également jugé que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence (*Ass. plén.*, 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.316, *Bull.* 2011, *Ass. plén.*, n° 1).

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité critiquant l'impossibilité pour le juge, sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce, de contrôler la proportionnalité des procédés techniques employés pour effectuer la sélection de données informatiques, la chambre criminelle a dit qu'elle ne présentait pas un caractère

sérieux en ce que «les droits dont la méconnaissance est invoquée sont garantis tout au long de la procédure, par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif et à qui il appartient d'assurer la conciliation entre les droits et libertés visés dans la question et les nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles» (Crim., 19 octobre 2011, pourvoi n° 10-88.194).

Par un arrêt du 30 novembre 2011, la chambre criminelle a réaffirmé la légalité des saisies totales de fichiers indivisibles, pourvu, d'une part, qu'ils soient «susceptibles de contenir des éléments relatifs à l'objet de l'opération autorisée» et que, d'autre part, le propriétaire des fichiers ait été mis «en mesure de connaître le contenu des données appréhendées et de solliciter la restitution des documents protégés», notamment ceux qui sont liés à «l'exercice de la défense» (Crim., 30 novembre 2011, pourvoi n° 10-81.749, *Bull. crim.* 2011, n° 243). Le premier président de la cour d'appel, saisi d'un recours contre une saisie informatique globale, n'était pas fondé à annuler la saisie dans son ensemble au motif que des pièces sans rapport avec l'objet de la mesure de visite et saisie avaient pu être appréhendées. Le juge doit exercer un contrôle effectif sur ces saisies en vérifiant qu'elles sont conformes à l'autorisation donnée et qu'elles ont un rapport avec l'objet de l'enquête des fonctionnaires.

Par trois arrêts rendus le 11 janvier 2012 au visa de l'article L. 450-4 du code de commerce, ensemble l'article 143 du code de procédure civile, la chambre criminelle a dit que «seuls les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet d'une mesure d'instruction» (Crim., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-88.197, *Bull. crim.* 2012, n° 10; pourvoi n° 10-88.193; pourvoi n° 10-88.194). Ces arrêts se situent dans le fil d'une jurisprudence inaugurée par un arrêt de la chambre criminelle du 16 juin 2011 (Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 11-80.345, *Bull. crim.* 2011, n° 135). Il s'ensuit que le juge, saisi d'un recours contre une opération de visite et saisie, ne peut ordonner une mesure d'instruction sur la sécabilité d'une messagerie électronique, une telle mesure étant sans rapport concret avec le litige.

On relèvera que la Cour européenne des droits de l'homme, dans une décision du 3 juillet 2012 concernant des opérations de visite et saisie ordonnées par un juge d'instruction dans le cabinet d'un avocat viennois, soupçonné dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre lui de faits de malversations et de fraudes à l'encontre de deux clients, a relevé que le mandat de perquisition avait été rédigé en termes très larges et autorisait de manière générale et illimitée la visite et la saisie de documents et ordinateurs personnels, sans cantonner les saisies aux seuls supports concernant les données relatives aux deux clients de l'avocat. La Cour, constatant des manquements dans la limitation de la portée du mandat, relève que la façon dont la juridiction a exercé son contrôle dans cette affaire ne lui permet pas d'établir si la recherche de l'ensemble des données informatiques était proportionnée dans les circonstances de l'espèce et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 3 juillet 2012, *Robathin c. Autriche*, requête n° 30457/06).

Le juge des libertés et de la détention qui, en application de l'article L. 450-4 du code de commerce, autorise les agents de l'Autorité de la concurrence à visiter les locaux d'une entreprise, peut prendre en considération les déclarations contenues dans une demande de clémence sans révéler, dans son ordonnance, le nom de leur auteur (Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-80.127).

B. Liberté des modes d'investigation

L'article 427, alinéa 1^{er}, du code de procédure pénale prévoit que « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». S'opposent ainsi le système de la preuve légale et celui de la preuve libre. Ce dernier est de principe en droit pénal (1), bien qu'il rencontre quelques limites (2).

1. Principe

Au principe de la libre administration de la preuve répond celui de la liberté d'appréciation du juge d'instruction, qui, en application de l'article 81 du code de procédure pénale, « procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

Le principe de liberté ainsi affirmé, dont la finalité est de permettre « la manifestation de la vérité », trouve son corollaire dans le principe selon lequel le juge instruit « à charge et à décharge », dans le respect de la loi. Le droit reconnu aux parties de demander des actes équilibre ainsi la large liberté d'appréciation reconnue au juge d'instruction dans le choix des actes utiles à la manifestation de la vérité.

Si, par principe, un plaignant a droit de voir sa cause jugée, le procureur peut prendre, en application de l'article 86, alinéa 4, du code de procédure pénale, des réquisitions de non-lieu et le juge rendre une ordonnance conforme, dès lors que des investigations ont été conduites sur des faits identiques après le dépôt d'une plainte simple et antérieurement au dépôt de plainte avec constitution de partie civile, et qu'elles ont permis de révéler l'inanité de la dénonciation entreprise et le caractère manifestement abusif de ladite plainte (Crim., 3 mars 2009, pourvoi n° 08-84.521, *Bull. crim.* 2009, n° 49). Un non-lieu *ab initio*, sans que le juge d'instruction ait lui-même pris le moindre acte tendant à la manifestation de la vérité, est donc possible.

Les parties peuvent, conformément à l'article 82-1 du code de procédure pénale, demander qu'il soit procédé à tous actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité, pourvu qu'il s'agisse d'actes déterminés. Le juge, s'il n'entend pas y faire droit, rend une ordonnance motivée.

En application de l'article 186-1, les parties peuvent interjeter appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction. Dans ce cas, le président de la chambre de l'instruction décide, par une ordonnance qui n'est pas susceptible de recours, s'il y a lieu ou non de saisir la chambre de l'instruction de cet appel. Il est procédé de même dans le cas où le juge d'instruction n'a pas statué sur la demande d'acte dans le délai d'un mois (article 81). Le président statue en droit et en fait et peut aussi apprécier l'opportunité d'exécuter l'acte demandé. Un recours en cassation contre la décision de rejet rendue par le président de la chambre de l'instruction doit être déclaré irrecevable (Crim., 6 juin 1973, pourvoi n° 73-91.284, *Bull. crim.* 1973, n° 257), sauf cas d'excès de pouvoir (Crim., 4 avril 2007, pourvoi n° 07-80.929, *Bull. crim.* 2007, n° 107).

En revanche, les ordonnances prescrivant des actes d'instruction ne sont pas susceptibles d'appel, la partie civile ne pouvant critiquer une mesure légalement ordonnée par le juge dans le but unique d'arriver à la manifestation de la vérité et prise dans

la limite de ses attributions (Crim., 5 août 1932, *Bull. crim.* 1932, n° 199, p. 379), ainsi de l'ordonnance prescrivant un complément d'expertise (même arrêt).

Ces dispositions concrétisent ainsi tant la liberté du juge d'instruction d'instruire en vue de la manifestation de la vérité, dont le président de la chambre de l'instruction est érigé en gardien, que le droit des parties de concourir à cette manifestation par des demandes d'actes « à charge et à décharge ».

2. Limites

a. Limites spéciales

Les limites peuvent, en premier lieu résulter de dispositions spéciales. Dans ces cas, la preuve légale chasse l'intime conviction du juge. Ainsi, si en principe les procès-verbaux de police ont valeur de simples renseignements (article 430 du code de procédure pénale), en matière de contraventions, ils ont une valeur probante renforcée en application de l'article 537 du code de procédure pénale : la preuve contraire, celle donc de l'inexactitude des faits constatés, ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins, et non par simple dénégation. Cette disposition n'est pas incompatible avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 14 mars 2001, pourvoi n° 00-85.377) et est conforme à la Constitution dès lors que la présomption de culpabilité ainsi instituée ne revêt pas de caractère irréfutable et que le respect des droits de la défense est assuré (Crim., 13 septembre 2011, QPC n° 11-90.077).

Ainsi également, le délit prévu à l'article L. 235-I, I, alinéa 1^{er}, du code de la route, qui incrimine le fait pour toute personne de conduire un véhicule ou d'accompagner un élève conducteur alors qu'il résulte d'une analyse sanguine qu'elle a fait usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants, ne peut être prouvé que par analyse sanguine. Si celle-ci est irrégulière, le juge ne peut fonder la déclaration de culpabilité du prévenu sur son aveu d'avoir consommé du cannabis préalablement à la conduite de son véhicule (Crim., 15 février 2012, pourvoi n° 11-84.607, *Bull. crim.* 2012, n° 48).

b. Limites générales

La preuve peut être librement administrée par le juge d'instruction, à condition cependant qu'elle le soit de façon loyale, de sorte qu'il ne soit pas porté atteinte au droit des personnes mises en examen à un procès équitable. Il est fondamentalement interdit au juge de tenter d'obtenir des preuves à l'aide d'un « artifice ou stratagème ayant vicié la recherche et l'établissement de la vérité ». Dans une affaire concernant la saisie de documents se rapportant à une enquête ouverte par les autorités ecclésiastiques selon la procédure canonique, régie par des règles fondées « sur un secret absolu » et qui incitent « les personnes entendues à la confiance », il a été jugé que « l'obligation imposée aux ministres du culte de garder le secret des faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur ministère ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction procède à la saisie de tous documents pouvant être utiles à la manifestation de la vérité » et que la saisie pratiquée ne révélait pas « l'existence d'un artifice ou stratagème ayant vicié la recherche et l'établissement de la vérité » (Crim., 17 décembre 2002, pourvoi n° 02-83.679, *Bull. crim.* 2002, n° 231).

En revanche, dans une affaire où un juge d'instruction avait fait procéder, sur commission rogatoire, à l'audition, par les gendarmes, d'un témoin qui avait été placé, avec son consentement, sous hypnose par un expert désigné par le magistrat, la chambre criminelle a jugé, au visa des articles 81, 101 à 109 du code de procédure pénale, que si le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder à tous actes d'information utiles à la manifestation de la vérité, l'audition en cause avait été effectuée en violation des dispositions légales relatives aux modes d'administration de la preuve et avait compromis l'exercice des droits de la défense (Crim., 12 décembre 2000, pourvoi n° 00-83.852, *Bull. crim.* 2000, n° 369; voir également Crim., 28 novembre 2001, pourvoi n° 01-86.467, *Bull. crim.* 2001, n° 248).

Il est permis au juge cependant, dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, de faire procéder à une infiltration. Dans ce cas, conformément à l'article 706-82 du code de procédure pénale, les personnes infiltrées peuvent, sans être pénalement responsables de ces actes, notamment, «acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions». Toutefois, en application de l'article 706-81, «à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions» (Crim., 30 octobre 2006, pourvois n° 06.86-175 et n° 06.86-176 [2 arrêts]; voir, également, Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753, *Bull. crim.* 2007, n° 37; Crim., 4 juin 2008, pourvoi n° 08-81.045, *Bull. crim.* 2008, n° 141).

Il est également permis au juge de recourir, sous réserve du respect du principe de loyauté de la preuve, à des techniques d'investigation nouvelles et par suite innommées. Le recours à la technique de la géolocalisation en fournit un exemple.

Par un arrêt du 2 septembre 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la surveillance par géolocalisation (GPS) au cours d'une enquête portant sur des infractions très graves ne méconnaît pas le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, sous réserve de l'existence d'une base légale suffisante rendant la mesure suffisamment prévisible, de l'existence de garanties suffisantes contre les abus, telles que l'existence d'un contrôle judiciaire de la mesure pouvant conduire à l'exclusion des débats des éléments recueillis illégalement, enfin de la proportionnalité de la mesure aux buts légitimes poursuivis et qu'elle était donc, telle qu'effectuée dans les circonstances de l'espèce, «nécessaire dans une société démocratique» au sens de l'article 8 § 2 » (CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, requête n° 35623/05).

Une cour d'appel a retenu, d'une part, que l'installation d'un dispositif de géolocalisation permettant de suivre et de relever les déplacements d'un véhicule a pour fondement l'article 81 du code de procédure pénale, que, d'autre part, en l'espèce, cette surveillance avait été effectuée sous le contrôle d'un juge, constituant une garantie suffisante contre l'arbitraire, qu'enfin, elle était proportionnée au but poursuivi, s'agissant d'un important trafic de stupéfiants en bande organisée, et nécessaire au sens de l'article 8 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La chambre criminelle a confirmé cette décision et validé le recours à cette technique d'investigation, précisant que les juges avaient caractérisé la prévisibilité et l'accessibilité de la loi ainsi que la proportionnalité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée des requérants (Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim.* 2011, n° 234).

Les actes d'investigation régis par des dispositions particulières ne peuvent eux-mêmes être effectués que dans le respect du principe de loyauté. On trouve des illustrations de ce point dans le cas de l'application de mesures d'investigation aux avocats : par principe, «le droit, pour l'accusé, de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique et découle de l'article 6 § 3 c) de la Convention» (CEDH, gde ch., 2 novembre 2010, Sakhnovski c. Russie, requête n° 21272/03).

Il résulte des articles 97 et 99 du code de procédure pénale et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le juge d'instruction peut s'opposer à la restitution de documents saisis dans le cabinet d'un avocat et couverts par le secret professionnel, dès lors que leur maintien sous la main de justice en vue d'apprécier l'existence d'infractions pénales est nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'il ne porte pas atteinte aux droits de la défense (Crim., 30 juin 1999, pourvoi n° 97-86.318, *Bull. crim.* 1999, n° 172).

Dans le cas d'écoutes téléphoniques, la conversation entre un avocat et son client, protégée par la confidentialité, ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure, même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction (Crim., 18 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.447, *Bull. crim.* 2006, n° 22).

Dans une affaire où le requérant, suspecté d'avoir enlevé un enfant, avait passé des aveux après avoir été menacé, alors qu'il était menotté, de tortures, par un inspecteur de police qui voulait lui faire avouer l'endroit où il séquestrait sa victime, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que «le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu du droit consacré à l'article 3 ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être reprochée» (CEDH, 1^{er} juin 2010, Gäfgen c. Allemagne, requête n° 22978/05). De façon générale, des éléments de preuve rassemblés au moyen d'actes de torture ne doivent jamais, qu'elle qu'en soit la force probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la personne qui en a été victime, sauf à légitimer indirectement cette conduite (CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c. Allemagne, requête n° 54810/00).

Selon une jurisprudence constante de la chambre criminelle, une partie peut produire comme preuve à la procédure pénale une pièce qu'elle a obtenue de façon déloyale ou de manière illicite, tant que le principe du contradictoire est respecté. Ont ainsi été admis des enregistrements de conversations privées, qui «ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale, et comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement». En outre, «la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation» (Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim.* 2012, n° 27). Le fait qu'une partie des enregistrements ait concerné des conversations tenues entre un avocat et sa cliente ne fait pas non plus obstacle à la production de leur retranscription (même arrêt). Dans le même sens, on peut également consulter une décision de la chambre criminelle du 7 mars 2012 : saisie d'une requête en annulation de l'ensemble des actes de procédure relatifs à des enregistrements réalisés de sa propre initiative par un ancien salarié au motif qu'un tel enregistrement, réalisé à l'insu de la personne du dirigeant

de la société, constituait un procédé déloyal, méconnaissant le droit à un procès équitable, une chambre de l'instruction a énoncé qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illicite ou déloyale et que la jurisprudence européenne ne réglemente pas l'admissibilité des preuves, qui relève du droit interne. La chambre criminelle a décidé que la chambre de l'instruction, par cette motivation, avait justifié sa décision sans méconnaître l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dès lors que les enregistrements contestés ne sont pas eux-mêmes des actes ou pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale et comme tels susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement (Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, n° 64).

Chapitre 2 – Expertises

L'utilisation de techniques toujours plus complexes et plus spécialisées, mobilisant des savoirs non juridiques, requiert, pour leur bonne compréhension, l'éclairage d'un sachant.

Le recours à celui-ci peut, même lorsqu'il n'est pas obligatoire, être fréquent en certaines disciplines comportant l'utilisation de techniques complexes (section 1). En d'autres hypothèses, le recours à l'expertise est une obligation pour le juge, il ne s'agit alors plus d'une simple aide à la décision, mais d'un élément de celle-ci (section 2).

En matière pénale enfin, la recherche de la preuve est en grande partie menée par le juge, ce qui influe sur le régime de l'expertise (section 3).

Section 1 – Expertise aide à la décision

Dans certains domaines particulièrement techniques, tels que la construction immobilière (§ 1) ou la gestion d'entreprise (§ 2), le recours à l'expert est une aide presque incontournable pour le juge. Elle n'est cependant pas obligatoire.

§ 1. Expertise en matière de construction

L'apparition de matériaux nouveaux, la recherche effrénée de prouesses architecturales, les exigences actuelles, parfois contradictoires, de performance, d'économie, de protection de l'environnement et de sécurité ont pour conséquence, outre de mobiliser toujours plus d'intervenants distincts, d'entourer l'acte de construire d'une complexité technique sans précédent.

Et cet acte de construire s'inscrit dans un cadre juridique qui reflète cette évolution, riche de très nombreuses normes portées par les articles 1792 et suivants du code civil, le code de la construction, le code de l'urbanisme, des textes spécifiques à la sous-traitance et à l'assurance, textes tendant à favoriser la bonne fin du projet et à créer des

garanties, en particulier au bénéfice du maître de l'ouvrage. À ces règles, que l'on peut qualifier de traditionnelles, s'en ajoutent de nouvelles issues du droit de l'environnement.

Ce nouveau contexte « technico-juridique » n'est évidemment pas resté sans conséquence pour le juge.

Outre qu'elle a engendré, mécaniquement pourrait-on dire, un plus grand nombre de litiges, la complexification du droit et du fait en matière de construction a obligé les juridictions à recourir à la fois davantage et différemment à l'expertise.

A. Développement de l'expertise

Il est à constater que le juge aujourd'hui saisi d'un litige relatif à une construction, achevée, en cours d'achèvement ou même simplement promise, désigne quasi systématiquement un expert. Le développement de l'expertise est la conséquence de l'accroissement des litiges complexes et du développement du contentieux des responsabilités objectives dont la mise en jeu résulte automatiquement de la constatation d'un fait.

Plus généralement, les qualifications auxquelles le juge doit se livrer pour trancher le différend impliquent que soient établis, en amont, des faits, des événements ou des dommages : le litige porte-t-il sur un « ouvrage » au sens de la loi ? Y a-t-il eu réception conformément à l'article 1792-6 du code civil et à quelle date ? Les dommages dont se plaint le maître de l'ouvrage étaient-ils apparents ? Des réserves ont-elles été formulées ? Dans l'affirmative, l'entrepreneur a-t-il satisfait à son obligation de reprise ? Les dommages observés affectent-ils la solidité de l'ouvrage ou sont-ils de nature à le rendre impropre à sa destination ? Quel est le rôle respectif, dans leur survenance, des différents acteurs de la construction (entrepreneur(s), sous-traitants, architecte, fournisseurs...) ? À combien évaluer le dommage ressenti par le maître de l'ouvrage ? ... autant de faits nécessaires à la résolution des litiges que le juge – à moins d'être versé dans la technique et d'avoir le temps d'organiser des transports sur les lieux ! – ne peut appréhender par lui-même et pour la détermination desquels la commission d'un expert s'impose presque toujours.

B. Renouveau de l'expertise

Ce recours massif à l'expertise en matière de construction qui vient d'être décrit a, progressivement, renouvelé le rôle même de l'expert en même temps qu'il a modifié le modèle classique de l'expertise.

– Dans une matière litigieuse dans laquelle l'office du juge dépend de la sorte autant des énonciations du rapport d'expertise, il était à prévoir que la distinction entre fait et droit devînt de plus en plus poreuse.

Même si l'on ne saurait aller jusqu'à dire, à l'instar d'un jurisconsulte du XVIII^e siècle (P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, tome XVI, H. Tarlier, 4^e éd. revue, corrigée et considérablement augmentée par M. Merlin, 1830, p. 379), que, dans les procès relatifs à la construction, « les experts sont les juges de la question de fait », force est d'admettre que, dans cette matière, l'expertise n'est plus seulement, comme traditionnellement conçue, un moyen d'établir la matérialité des éléments de preuve, que le juge considérera avec plus ou moins de distance pour élaborer ensuite les motifs de

sa décision ; elle détermine aussi, plus intimement, les éléments de fait qui deviendront les maillons de la qualification juridique et, partant, sa décision elle-même.

Certains voient, dans cette évolution du couple juge-expert, un danger : celui que le premier abdique son office pour le partager avec le second au point d'entériner purement et simplement ses conclusions.

Le procédé de l'homologation, par lequel le juge reprend les énonciations du technicien au point que celles-ci deviennent des éléments de la motivation de sa décision, a d'ailleurs toujours été admis par la Cour de cassation (laquelle retient qu'en homologuant un rapport d'expertise, le juge du fond est présumé s'en approprier les termes et est, partant, dispensé de s'expliquer sur les chefs de contestation évoqués par l'expertise : voir, par exemple, 3^e Civ., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-14.839).

Ce risque est, toutefois, conjuré par les exigences nouvelles qui pèsent sur l'expert.

– Il est à observer que le temps de l'expertise, qui s'inscrit dans celui du procès, tend progressivement à être régi par les principes gouvernant celui-ci. Et cette évolution est particulièrement marquante dans les litiges relatifs à la construction, en tant qu'ils nécessitent presque toujours des expertises longues et d'autant plus disputées que les parties savent que les conclusions de l'expert seront, comme dit plus haut, presque toujours décisives au sens strict.

La Cour européenne des droits de l'homme a posé nettement, en 1997 (CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, requête n° 21497/93), que l'expert est le prolongement du juge et que ses conclusions « sont susceptibles d'influer de manière prépondérante sur son appréciation des faits » (la Cour est donc pleinement consciente de la porosité entre droit et fait dont il a été question plus haut) : « La Cour rappelle que l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) est le caractère contradictoire de celle-ci : chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision [...]. À ce titre, elle précise d'emblée que le respect du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6 par. 1 (art. 6-1), vise l'instance devant un "tribunal" ; il ne peut donc être déduit de cette disposition (art. 6-1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte. L'essentiel est que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le "tribunal" [...]. Par ailleurs, la Convention ne régit pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour ne saurait donc exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) [...] » (§ 33, 34). En l'espèce, « bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influer de manière prépondérante son appréciation des faits » (§ 36) (CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, requête n° 21497/93). Déplaçant ainsi le centre de gravité du procès, qui ne

se tient donc plus exclusivement devant le juge, mais aussi devant ceux qu'il a commis pour l'éclairer, la Cour en tire cette conséquence que le champ du contradictoire doit s'étendre, avec toute sa rigueur, à l'expertise.

La Cour de cassation a fait sienne cette conception «juridictionnelle» de l'expertise, qui n'hésite pas à sanctionner celles des mesures méconnaissant ce principe.

Pour prendre des illustrations tirées de la matière de la construction, la troisième chambre civile n'a pas hésité à déclarer les conclusions d'un expert inopposables à une partie qui n'était ni présente ni représentée pendant les opérations d'expertise (3^e Civ., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.091), ni à casser un arrêt d'une cour d'appel qui avait adossé exclusivement sa décision sur un rapport d'expertise établi non contradictoirement (3^e Civ., 27 mai 2010, pourvoi n° 09-12.693, *Bull.* 2010, III, n° 104).

§ 2. Expertise de gestion en droit des sociétés

Outre les mesures d'instruction *in futurum* recevables en droit des sociétés sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, il est permis aux associés, même s'ils sont minoritaires, d'obtenir des éléments d'information en recourant à l'expertise dite «de gestion», qui permet de faire désigner un expert par le juge des référés du tribunal de commerce, avec mission d'établir et de présenter un rapport sur certaines opérations de gestion.

Réservée à l'origine aux sociétés par actions, elle s'applique dorénavant aux sociétés à responsabilité limitée (SARL) (articles L. 225-231 du code de commerce pour les sociétés par actions, L. 226-1, alinéa 2 pour les sociétés en commandite par actions, L. 227-1, alinéa 2 pour la société par actions simplifiée et L. 223-37 pour la SARL) et ne présente pas de caractère subsidiaire par rapport à l'article 145 du code de procédure civile (Com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-18.989, *Bull.* 2011, IV, n° 165).

La jurisprudence de la chambre commerciale a principalement trait au respect des conditions de procédure et à celui des conditions de fond.

C'est ainsi que la chambre commerciale veille au respect des conditions de détention du minimum de parts exigé, qui varie depuis 2001 selon le type de société (l'action en désignation de l'expert n'est ouverte qu'aux associés ou actionnaires qui justifient de la détention d'un pourcentage minimal de capital social). Cette condition est impérative et la demande qui n'y satisfait pas doit être repoussée (Com., 12 janvier 1976, pourvoi n° 74-13.386, *Bull.* 1976, IV, n° 16; Com., 14 décembre 1993, pourvoi n° 92-21.225, *Bull.* 1993, IV, n° 483) et s'apprécie au moment de l'introduction de l'instance (Com., 6 décembre 2005, pourvoi n° 04-10.287, *Bull.* 2005, IV, n° 245). Elle s'assure encore que l'actionnaire a bien préalablement posé au dirigeant de la société une question précise, et non pas une question portant sur l'ensemble de la gestion, à laquelle il n'a pas été répondu dans le délai d'un mois (Com., 14 février 2006, pourvoi n° 05-11.822, *Bull.* 2006, IV, n° 40) ou à laquelle il a été répondu de manière non satisfaisante (Com., 17 janvier 2006, pourvoi n° 05-10.167, *Bull.* 2006, IV, n° 12). Cette question, de même que la demande d'expertise, doit ensuite porter sur une opération de gestion, qui émane des dirigeants et non des assemblées (Com., 30 mai 1989, pourvoi n° 87-18.083, *Bull.* 1989, IV, n° 174; Com., 12 janvier 1993, pourvoi n° 91-12.548, *Bull.* 1993, IV, n° 10).

Si le succès de la demande n'est pas subordonné à la preuve d'une irrégularité ou d'une atteinte à l'intérêt social dès lors que la mesure sollicitée tend précisément à établir cette preuve, la demande ne peut néanmoins être accueillie que si elle présente un caractère sérieux, lequel résulte de l'existence de présomptions d'irrégularités (Com., 15 juillet 1987, pourvoi n° 86-13.644, *Bull.* 1987, IV, n° 193 ; Com., 22 mars 1988, pourvoi n° 86-17.040, *Bull.* 1988, IV, n° 124) ou d'un risque d'atteinte à l'intérêt social (Com., 10 février 1998, pourvoi n° 96-11.988, *Bull.* 1998, IV, n° 69 ; Com., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-14.423 ; Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-15.313, *Bull.* 2009, IV, n° 63).

Section 2 – Expertise, élément de la décision

L'expertise s'impose au juge s'agissant de certaines questions médicales (§ 1) et patrimoniales (§ 2) complexes.

§ 1. Expertises médicales obligatoires

L'expertise est obligatoire s'agissant d'apprécier la réalité d'une situation de transsexualisme (A) ou la santé d'un assuré social (B).

A. Obligation du recours à l'expertise en matière de transsexualisme

Deux arrêts de la première chambre civile (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) ont rejeté des pourvois contre des arrêts de cour d'appel ayant refusé d'accueillir la demande en rectification de sexe formée par des personnes prétendant justifier des conditions posées par l'assemblée plénière en 1992 (Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 [arrêt n° 1] et pourvoi n° 91-12.373 [arrêt n° 2], *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13), en matière de transsexualisme. L'un des demandeurs, déclaré de sexe masculin, faisait état d'une intervention chirurgicale dite de « réassignation sexuelle » effectuée en Thaïlande tandis que l'autre, déclaré de sexe féminin, et ayant la conviction d'appartenir au sexe masculin, produisait divers certificats médicaux tendant à établir qu'il était atteint du syndrome de Benjamin, qu'il avait subi une mastectomie totale, et suivait un traitement hormonal. Dans les deux cas, ces personnes opposaient un refus de principe à l'expertise médicale ordonnée par les juges.

Or, dans l'un des arrêts de 1992 précités (Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-12.373 [arrêt n° 2], *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13), la Cour de cassation statuant en assemblée plénière avait estimé que « si l'appartenance apparente de M. Y... au sexe féminin était attestée par un certificat du chirurgien ayant pratiqué l'intervention et l'avis officieux d'un médecin consulté par l'intéressé, la réalité du syndrome transsexuel ne pouvait être établie que par une expertise judiciaire ».

La première chambre civile, après avoir affirmé que, « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence », a rejeté les pourvois, les certificats produits n'ayant pas été jugés de nature à établir ces éléments et les intéressés opposant un refus de principe à la réalisation d'une expertise judiciaire.

Ces arrêts ne vont pas véritablement à l'encontre de la solution retenue par la Cour de cassation statuant en assemblée plénière, qui avait statué dans des circonstances inverses, où c'était l'intéressé qui demandait une expertise judiciaire, laquelle lui avait été refusée par les juges du fond. Toutefois, ils interviennent dans un contexte particulier dont on ne saurait faire abstraction. En effet, le caractère systématique de l'expertise judiciaire est aujourd'hui contesté par les personnes transsexuelles en ce qu'il leur apparaît à la fois inutile et vexatoire, au terme d'un « parcours du combattant » qui a déjà donné lieu à d'innombrables consultations médicales. En outre, les politiques différentes pratiquées à cet égard par les juridictions du fond conduisent les justiciables à s'adresser à celles susceptibles de ne pas l'ordonner. C'est pourquoi, une circulaire n° CIV/07/10 de la direction des affaires civiles et du sceau du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil a invité les juridictions à ne recourir à l'expertise judiciaire « que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur » et à fonder leur avis, « dans tous les autres cas, sur les diverses pièces, notamment les attestations et comptes rendus médicaux fournis par le demandeur à l'appui de sa requête ».

B. Recours obligatoire à l'expertise médicale de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale

Les dispositions de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale soumettent à une procédure spécifique d'expertise médicale (souvent intitulée « expertise technique ») les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade (assurances maladie et maternité) ou de la victime (accidents du travail et maladies professionnelles). Il en va ainsi, par exemple, des difficultés se rapportant au bien-fondé d'un traitement, d'une hospitalisation ou d'un arrêt de travail ou encore à la consolidation de l'état de la victime d'un accident du travail, d'une maladie professionnelle ou d'un accident de trajet. L'expertise médicale prévue par ces dispositions obéit à des modalités qui lui sont propres, quant au choix de l'expert (pris sur une liste spéciale), quant au déroulement des opérations d'expertise ou encore quant à l'imputation des frais (à la charge exclusive, sauf exception, de l'organisme, quelle que soit la solution retenue en définitive pour le litige).

Qu'elle s'applique avant toute saisine des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale dans les rapports entre l'assuré ou la victime et son médecin traitant d'une part, l'organisme de sécurité sociale et son service du contrôle médical d'autre part, ou bien devant la juridiction une fois celle-ci saisie du litige, l'expertise médicale revêt un caractère obligatoire : le juge du contentieux général ne saurait en particulier trancher lui-même, quels que soient les éléments de fait et de preuve soumis par les parties, une difficulté d'ordre médical, ni ordonner une expertise judiciaire de droit commun (Soc., 29 octobre 1998, pourvoi n° 96-17.841, *Bull.* 1998, V, n° 471 ; 2^e Civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-67.960, *Bull.* 2010, II, n° 162).

L'avis formulé par l'expert est assorti d'une portée bien particulière. Dans leur rédaction initiale issue du décret n° 59-160 du 7 janvier 1959, les dispositions de l'article L. 141-2 du code de la sécurité sociale précisaient que l'avis de l'expert s'imposait, dès lors qu'il était régulièrement intervenu, autant aux parties qu'au juge du contentieux général. Si la force de l'avis subsiste entre les parties, chaque fois notamment que la procédure de l'expertise est mise en œuvre en dehors de toute saisine des juridictions, l'avis ne lie plus, formellement, le juge du contentieux général, depuis que

l'article L. 141-2, suite aux modifications opérées par les dispositions de la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990, énonce sobrement : « Au vu de l'avis technique, le juge peut, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise. »

Ainsi modifiées, ces dispositions ont donné lieu à une jurisprudence pour le moins nuancée :

– Le juge du contentieux général ne saurait, si l'avis formulé après une première expertise ne permet pas la résolution du litige, ordonner une expertise judiciaire de droit commun (Soc., 29 octobre 1998, pourvoi n° 96-17.841, *Bull.* 1998, V, n° 471), mais un complément d'expertise à l'expert précédemment désigné (Soc., 26 janvier 1995, pourvoi n° 91-18.713, *Bull.* 1995, V, n° 43) ou, si l'une des parties en fait la demande, une nouvelle expertise médicale ;

– La décision ordonnant une expertise médicale tranchant, eu égard à la portée particulière de l'avis, pour partie le litige au principal, elle peut faire l'objet immédiatement d'un appel ou d'un pourvoi en cassation (Soc., 29 octobre 1998, précité ; Soc., 14 octobre 1999, pourvoi n° 97-20.826, *Bull.* 1999, V, n° 384 ; Soc., 23 mars 2000, pourvoi n° 98-15.298, *Bull.* 2000, V, n° 125).

Le caractère quelque peu exceptionnel de la procédure d'expertise médicale instituée par les dispositions de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale conduit la Cour de cassation à en circonscrire très précisément le champ d'application *ratione materiae* : ainsi ne s'applique-t-elle pas à la contestation élevée par l'employeur quant à la prise en charge d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, les résultats de l'expertise, à laquelle il n'est d'ailleurs pas autorisé à participer, ne lui étant pas opposables (2^e Civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 03-16.484, *Bull.* 2004, II, n° 496 ; 2^e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-14.925, *Bull.* 2011, II, n° 53) ; de même, l'expertise comportant un examen du patient ou de la victime, la jurisprudence en a déduit qu'elle n'était pas applicable après le décès de l'intéressé, l'élucidation des difficultés d'ordre médical relevant dès lors de l'expertise judiciaire de droit commun (Soc., 22 mai 1997, pourvoi n° 95-18.108, *Bull.* 1997, V, n° 187 ; Soc., 3 février 2000, pourvoi n° 98-16.149, *Bull.* 2000, V, n° 57). La jurisprudence veille enfin à l'application à la procédure d'expertise médicale propre au contentieux général de la sécurité sociale des principes de la contradiction et du caractère équitable de la procédure (Soc., 8 mars 2001, pourvoi n° 99-14.044, *Bull.* 2001, V, n° 79 ; *Dr. soc.* 2001, p. 576, obs. X. Prétot ; 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 04-30.798, *Bull.* 2006, II, n° 236).

§ 2. Expertises patrimoniales obligatoires

L'obligation de recourir à une expertise s'impose pour l'évaluation des sociétés civiles (A), des parts de sociétés commerciales (B) et en matière fiscale (C).

A. Évaluation des sociétés civiles

Aux termes de l'article 1843-4 du code civil, « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

La Cour de cassation a jugé que ces dispositions sont d'ordre public (1^{re} Civ., 25 novembre 2003, pourvoi n° 00-22.089, *Bull.* 2003, I, n° 243 ; Com., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.912, *Bull.* 2007, IV, n° 258).

Encourt donc la cassation l'arrêt qui désigne lui-même un expert après avoir écarté la détermination de la valeur des parts sociales faite par l'expert désigné par un compromis d'arbitrage (1^{re} Civ., 25 novembre 2003, précité) ou qui procède lui-même à l'évaluation des parts sociales, alors qu'il appartient au seul expert désigné conformément à l'article 1843-4 du code civil de déterminer la valeur des droits sociaux (1^{re} Civ., 25 janvier 2005, pourvoi n° 01-10.395, *Bull.* 2005, I, n° 49).

La première chambre civile de la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de rappeler le caractère d'ordre public de ce texte dans un arrêt du 12 juillet 2012 (pourvoi n° 11-18.453, *Bull.* 2012, I, n° 172).

Dans cette affaire, deux architectes avaient créé une société civile professionnelle. À la suite du décès de l'un d'entre eux, son épouse a sollicité en référé une expertise de gestion. Un expert a été désigné sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, avec notamment pour mission, comme cela avait été reconventionnellement demandé, de proposer une évaluation des parts sociales anciennement détenues par le défunt. Contestant l'évaluation ainsi réalisée, la demanderesse a fait assigner l'ancien associé de son défunt mari en paiement de diverses sommes.

S'est alors posée la question de savoir si l'évaluation des parts sociales résultant d'une expertise ordonnée en référé, en application de l'article 145 du code de procédure civile, pouvait être considérée comme satisfaisant à la règle posée par l'article 1843-4 du code civil.

La Cour de cassation, en approuvant la cour d'appel d'avoir retenu que l'évaluation des parts sociales proposée par l'expert ne pouvait être opposée à la demanderesse, y a répondu par la négative.

La solution ne fait donc désormais plus de doute : le recours à la procédure prévue par les dispositions d'ordre public de l'article 1843-4 du code civil s'impose, et une expertise ordonnée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne satisfait pas aux règles ainsi prescrites.

B. Valeur des parts des sociétés commerciales

L'article 1843-4 du code civil prévoit que, « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

La chambre commerciale a eu l'occasion d'affirmer le caractère d'ordre public de ces dispositions, qui interdit que les statuts d'une société permettent d'exclure un associé et puissent comporter une clause d'évaluation des droits sociaux, de telles règles statutaires ne pouvant l'emporter sur l'article 1843-4 (Com., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-13.912, *Bull.* 2007, IV, n° 258). De la même manière, elle a affirmé la liberté de l'expert dans l'évaluation qu'il fait de la valeur, sans être tenu le cas échéant par

une valeur déterminée par les statuts (Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-17.465, *Bull.* 2009, IV, n° 61).

Disant n'y avoir lieu à transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, elle a récemment précisé que «les dispositions de l'article 1843-4 [...] n'ont ni pour objet ni pour effet d'investir l'expert du pouvoir de prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition et ne font pas par elles-mêmes obstacle à l'application d'une procédure contradictoire, [elles] visent seulement à garantir, dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux ou le rachat de ceux-ci par la société, et s'il y a désaccord sur leur valeur, la juste évaluation des droits du cédant par l'intervention d'un tiers chargé de fixer cette valeur pour le compte des parties sans être tenu de se plier à des clauses qui pourraient être incompatibles avec la réalisation de cet objectif» (Com., 8 mars 2011, QPC n° 10-40.069, *Bull.* 2011, IV, n° 36).

Enfin, la chambre commerciale applique strictement le texte en retenant qu'à défaut de constater que les parties se trouvaient dans un cas où est prévu la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, les juges ne peuvent faire application de l'article 1843-4 et ordonner le rachat par un associé des actions détenues par un autre associé au prix estimé par l'expert judiciaire (Com., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-15.403, *Bull.* 1996, IV, n° 284), de même qu'elle n'autorise le recours à l'expertise qu'en cas de désaccord (Com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-21.369, *Bull.* 2009, IV, n° 151 ; Com., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-21.329, *Bull.* 1998, IV, n° 100).

C. Évaluation des parts sociales et des biens en matière fiscale

En matière fiscale, la chambre commerciale a admis que lorsqu'ils se trouvent en présence d'un bien singulier et que toute autre méthode d'évaluation, telle la comparaison avec des biens similaires vendus dans le même secteur géographique, n'est pas envisageable, les juges du fond peuvent adopter la méthode retenue par un expert (Com., 10 mai 1988, pourvoi n° 87-13.554, *Bull.* 1988, IV, n° 154), bien que ce soit au final le juge qui fixe la valeur vénale du bien, en vertu de son pouvoir souverain. De même, elle a admis le recours à l'expertise pour procéder à l'évaluation d'un terrain à bâtir sur lequel étaient édifiées des constructions en mauvais état, en acceptant que soient ainsi évaluées séparément la valeur du terrain et celle des constructions.

Mais il s'agit là de situations exceptionnelles et on ne doit pas en principe pallier la carence de l'administration fiscale dans la preuve du bien-fondé de l'évaluation de l'immeuble par le recours à une expertise judiciaire (Com., 22 janvier 1991, pourvoi n° 89-12.357, *Bull.* 1991, IV, n° 37).

Le recours à l'expertise est encore admis pour l'évaluation des droits sociaux, en application de l'article 1843-4 du code civil (voir *supra*, § 2, B).

Section 3 – Expertise pénale et contrôle de l'office du juge

«Dès qu'il a existé des juges, ceux-ci ont eu besoin d'hommes plus compétents qu'eux-mêmes pour éclairer leur conscience.» C'est par cette considération que le professeur René Garraud, dans son *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale* (tome I, Sirey, 1907, p. 597), justifie la nécessité et l'ancienneté de l'expert judiciaire. Sans la définir, il indiquait qu'il y avait lieu de recourir à l'expertise

toutes les fois que se présentaient dans un procès criminel « certaines questions dont la solution exige des connaissances toutes particulières et pour lesquelles les juges n’auraient pas de compétence scientifique ou technique suffisante ». La définition qu’en fait de nos jours le professeur Jean Pradel n’est guère différente : « un homme de l’art, un spécialiste auquel le juge a recours [...] » (*Procédure pénale*, Cujas, 16^e éd., 2011, p. 164). Si l’expertise s’est réellement développée au XIX^e siècle, devenant un sujet de réflexions intenses, de propositions variées et suscitant une organisation précise, elle est pratiquée de façon habituelle dans les procédures civiles et pénales depuis l’Ancien Régime. L’ordonnance criminelle de 1670 par exemple prescrivait le recours aux médecins et chirurgiens pour constater un décès ou l’état des blessures d’une personne, ou à un expert pour pratiquer la comparaison d’écritures. Éclaireur de la conscience du juge pour reprendre l’expression du professeur Garraud, l’expert est un auxiliaire de justice au sens véritable de cette expression.

En France, en matière pénale, la procédure est inquisitoriale. C’est donc à la puissance publique, représentée par des magistrats œuvrant seuls ou en collégialité, de démontrer l’existence d’un fait fautif et de réunir les éléments qui permettront d’incriminer son auteur. Ces magistrats ont le choix, en opportunité, de l’expertise et de l’expert. Il s’agit généralement des juridictions d’instruction, par application des articles 156 et suivants, 201 et 205 du code de procédure pénale, des juridictions de jugement, et des magistrats du ministère public ainsi que des officiers de police judiciaire, sur autorisation des derniers cités, lorsqu’ils agissent en matière de flagrance ou d’enquête préliminaire, en application des articles 60 et 77-1 du même code. Certes, les articles 60 et 77-1 visés n’emploient pas le terme d’expertise, mais en énonçant que « s’il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques [ils ont] recours à toutes personnes qualifiées [...] inscrites sur une des listes prévues à l’article 157 », ils ne laissent pas de doute sur la nature des opérations concernées. C’est en ce sens que se prononce la Cour de cassation : dans une espèce dans laquelle un mis en examen sollicitait l’annulation des réquisitions à personne qualifiée émanant du procureur de la République et de l’examen technique en étant résulté, en alléguant que le rôle du ministère public devait se réduire à la constatation matérielle ou à des examens scientifiques et techniques destinés à éviter le dépérissement des preuves ou à s’assurer de l’existence des conditions préalables à l’exercice des poursuites, la chambre criminelle a rejeté cette analyse en affirmant que « l’article 77-1 du code de procédure pénale confère au procureur de la République, agissant en enquête préliminaire, le pouvoir de charger toutes personnes qualifiées de missions techniques ou scientifiques de même nature que celles qui peuvent être confiées aux experts par le juge d’instruction en application de l’article 156 du même code » (Crim., 14 septembre 2005, pourvoi n° 05-84.021, *Bull. crim.* 2005, n° 226).

Pour garantir, autant qu’il est possible, les qualités techniques et personnelles des experts, la loi soumet leur concours à des conditions strictes :

- Ils doivent être choisis sur une liste établie selon une procédure et des critères précis auprès d’une unique cour d’appel, et éventuellement sur la liste établie auprès de la Cour de cassation. À titre exceptionnel, une personne qui n’est pas inscrite sur l’une de ces listes peut être désignée, mais le magistrat mandant doit motiver son choix. La chambre criminelle contrôle de façon étroite cette motivation qui ne doit pas être une simple formule de style, cette condition d’inscription à la liste étant d’ordre public.

Dans une espèce, un juge d'instruction avait désigné le même expert à deux reprises pour déterminer les causes techniques d'un accident. La seconde fois, l'ordonnance portait la mention inexacte de l'inscription de l'intéressé sur la liste, et n'était donc pas motivée, alors qu'entre les deux désignations ledit expert avait été admis à l'honorariat. La Cour de cassation a jugé que, selon l'article 157 du code de procédure pénale, «le juge d'instruction qui désigne un expert ne figurant ni sur la liste nationale établie par le bureau de la Cour de cassation ni sur une des listes dressées par les cours d'appel doit motiver sa décision; que l'inobservation de ces dispositions d'ordre public, édictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, entache l'ordonnance de nullité» (Crim., 13 novembre 2008, pourvoi n° 08-81.446, *Bull. crim.* 2008, n° 231);

- Pour procéder valablement à ses opérations, l'expert doit prêter le serment propre à son état. S'il s'agit d'un expert nommé à titre exceptionnel, il a été jugé que la seule mention dans le rapport d'expertise de la prestation de serment ne suffit pas et ladite prestation doit être démontrée par un procès-verbal régulier, cette formalité étant d'ordre public;

- L'expert doit, personnellement et dans le délai imparti, accomplir la mission qui lui est confiée et en établir un rapport écrit contenant la description de ses opérations et conclusions;

- Il doit faire rapport de sa mission devant la juridiction de jugement s'il y a lieu. Il dépose après avoir prêté serment devant cette juridiction.

Auxiliaire de justice, l'expert en matière pénale doit être neutre, impartial et hors de tout lien de subordination avec les parties. Cette évidence n'avait même pas lieu d'être énoncée par les textes relatifs à l'expertise pour être entendue de tous. Elle est de nos jours incluse dans la notion européenne de procès équitable. La chambre criminelle a approuvé une chambre de l'instruction d'avoir annulé l'expertise ordonnée, ainsi que les opérations auxquelles l'expert désigné avait participé, dès lors que celui-ci était salarié de la partie civile ayant déposé la plainte initiale et que chaque page de son rapport mentionnait que ce document était la propriété intellectuelle de ladite partie civile, cette situation ne permettant pas de garantir les conditions d'un procès équitable (Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 12-82.770, *Bull. crim.* 2012, n° 197).

Pour autant, l'impartialité de l'expert ne saurait être remise en cause de façon légère. Dans une affaire où la défense soutenait que le même expert ne saurait sans manifester une partialité certaine examiner successivement l'auteur et la victime de faits de viols et agressions sexuelles sur mineure, d'autant que l'expert avait estimé opportun de soumettre le mis en cause à un suivi sociojudiciaire, la chambre criminelle a approuvé les juges d'appel d'avoir rejeté la requête en nullité. Elle a énoncé : «le reproche adressé par le demandeur à l'expert concerné, dont les conclusions n'impliquent aucune affirmation de culpabilité, même implicite, ne suffit pas, en l'espèce, à priver ses rapports du caractère d'avis technique soumis à la contradiction et à l'appréciation ultérieure des juges [...]» (Crim., 26 septembre 2007, pourvoi n° 07-84.641, *Bull. crim.* 2007, n° 226).

L'expertise doit encore être accomplie dans le domaine technique sur lequel s'interroge le magistrat. Celui-ci doit donc préciser la mission, laquelle ne peut porter sur le domaine juridique, qui relève de sa seule compétence. Le juge ne doit pas, par une rédaction trop imprécise ou en prescrivant des opérations relevant de questions plus juridiques que techniques, se décharger sur l'expert de sa mission de juger. Ainsi, la

Cour de cassation a approuvé une chambre de l'instruction d'avoir annulé une mission d'expertise émanant d'un juge d'instruction qui prescrivait, sans la définir, l'analyse « psychocriminologique » d'une personne, examen distinct d'une expertise psychologique, dont la juridiction constatait qu'il constituait une délégation générale des pouvoirs du magistrat, l'empêchant d'exercer tout contrôle sur les opérations effectuées, en violation des articles 156 et 161 du code de procédure pénale. La chambre criminelle a énoncé que « sous le couvert d'une mission d'expertise, ordonnée et exécutée en méconnaissance des règles édictées aux articles 156 et suivants du code de procédure pénale, le juge d'instruction a délégué des pouvoirs relevant de sa seule compétence » (Crim., 29 janvier 2003, pourvoi n° 02-86.774, *Bull. crim.* 2003, n° 22). Quant à l'expert, il ne peut à son tour empiéter sur les prérogatives du juge. La chambre criminelle a jugé, approuvant la motivation d'une chambre de l'instruction, « qu'en identifiant [...] Franck Z... comme le seul suspect ayant un profil psychologique totalement compatible avec un passage à l'acte meurtrier, [l'expert] a tranché une question de la compétence exclusive du juge » (même arrêt). La question des compétences respectives de l'expert et du juge mandant semble simple *a priori*. La loi est sans équivoque. L'article 158 du code de procédure pénale précise que la mission d'expertise ne peut avoir pour objet que des questions d'ordre technique.

Notre système de preuve pénale fondé sur l'intime conviction du juge implique que celui-ci n'est pas lié par les conclusions des experts. La chambre criminelle énonçait autrefois « l'expertise ne lie pas le juge » et de nos jours que « les appréciations de l'expert qui a répondu aux questions d'ordre technique, conformément à la mission qui lui a été confiée par le juge d'instruction restent soumises à la discussion des parties et à l'appréciation des juges du fond » (Crim., 13 octobre 2009, pourvoi n° 09-83.669, *Bull. crim.* 2009, n° 167). La plus parfaite expression de ce principe serait que le juge puisse écarter les conclusions de l'expert pour statuer à partir de sa seule appréciation des éléments du dossier et de sa seule compréhension des données techniques. Mais cela est-il concevable et n'assiste-t-on pas au contraire à une formidable influence de l'expertise sur la conscience du juge ? Le prodigieux développement des connaissances scientifiques, les progrès de la technique, la division des compétences qui en est résultée ont éliminé de fait la notion d'honnête homme du XVII^e siècle. Le public, quant à lui, qui, d'une part, fait preuve d'une exigence plus grande quoique légitime, d'autre part, est prompt à assimiler tout pouvoir solitaire à un pouvoir despotique, ne pourrait plus le concevoir.

Dans son ouvrage déjà cité, Jean Pradel relève qu'il existe une contradiction à dire que l'expert ne lie pas le juge dès lors que sa nomination ne s'explique que par l'incompétence dudit juge. Selon lui, l'avis de l'expert déterminant l'issue du procès en fait, celui-ci est un « substitut du juge » (*op. cit.*, p. 164, note en bas de page). Les professeurs Roger Merle et André Vitu, dans leur *Traité de droit criminel, tome II, Procédure pénale* (Cujas, 5^e éd., 2001, p. 273), relèvent dans la pratique la même contradiction puisqu'ils indiquent que les juges ont une tendance fréquente à entériner purement et simplement les conclusions des experts. Constat qui était déjà celui du professeur Garraud (*op. cit.*, p. 597 à 599). Il expliquait ce phénomène par l'influence et l'autorité que l'expert fait peser sur la juridiction, l'expertise en plein essor tendant à devenir le procédé d'instruction décisif, surtout dans les affaires les plus délicates. D'ailleurs, cette influence et une confiance immodérée dans l'infailibilité de la science firent qu'entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, l'école positiviste envisagea de substituer un

collège d'experts aux magistrats et aux jurés (Merle & Vitu, *op. cit.*, p. 259; Garraud, *op. cit.*, p. 598).

Mais dans la matière technique les conclusions des experts sont-elles exemptes d'erreurs ? Le professeur Garraud cite la réflexion du docteur Lescoeur, professeur de toxicologie, qui en 1905 affirmait que les erreurs judiciaires plus ou moins avérées étaient ordinairement, sinon toujours, imputables à l'expertise (*op. cit.*, p. 598). En réalité, toutes choses humaines étant fragiles, il ne peut exister de système idéal. Le juge ne peut prétendre statuer à l'aide de ses seules compétences, mais il doit regarder le rapport d'expertise avec la distance qui convient et non comme l'expression d'une vérité absolue.

Bien qu'en matière pénale l'initiative de l'expertise soit laissée au juge, durant la phase d'instruction, le mis en examen, la partie civile, le ministère public peuvent solliciter du juge qu'il ordonne un tel examen, ou solliciter une contre-expertise après avoir pris connaissance des conclusions de l'expertise initiale. Si le juge refuse, ces personnes peuvent contester sa décision par l'appel. Ce droit n'est toutefois pas reconnu par la loi au témoin assisté, lequel n'est pas une partie.

Par rapport aux caractères de l'expertise pénale présentés plus haut, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a introduit un nouvel article 161-1 dans le code de procédure pénale. Ce texte, inspiré des conclusions des commissions créées après l'affaire dite « d'Outreau » et des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, a instauré des éléments de contradictoire dès la phase de l'instruction en matière d'expertise. Il crée pour le juge qui décide une expertise l'obligation de communiquer une copie de sa décision au ministère public et aux parties (sans qu'il soit désormais nécessaire qu'elles aient un avocat : Cons. const., 23 novembre 2012, décision n° 2012-284 QPC, Mme Maryse L. [droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale]). Ceux-ci disposent de dix jours pour lui demander de modifier ou de compléter les questions posées ou d'adjoindre à l'expert désigné un expert de leur choix. Cette obligation ne s'applique pas aux catégories d'expertise dont les conclusions n'ont pas d'incidence sur la détermination de la culpabilité de la personne mise en examen. Ces opérations sont fixées par décret. Ici encore, la Cour de cassation a déduit du fait que le témoin assisté n'est pas une partie à la procédure qu'il ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 161-1 du code de procédure pénale (Crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-85.753, *Bull. crim.* 2011, n° 257).

Si l'urgence le commande, que les opérations d'expertise et le dépôt des conclusions par l'expert doivent intervenir en urgence ou ne peuvent être différés pendant le délai de dix jours prévu au premier alinéa, ou lorsque la communication prévue risque d'entraver l'accomplissement des investigations, le juge peut passer outre cette obligation, mais sa décision doit être motivée. La Cour de cassation contrôle strictement la motivation effective de l'urgence et de l'empêchement qui se sont opposés à la communication aux parties du projet d'expertise. Elle ne se contente pas d'une clause de style. Par un arrêt du 22 novembre 2011 (Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.314, *Bull. crim.* 2011, n° 235), elle a cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait considéré comme justifiée par l'urgence l'expertise ordonnée par un juge d'instruction en matière d'agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans et de corruption de mineurs de quinze ans dès lors que ce dernier avait fait expressément référence à la situation de détenu du mis en examen, et qu'il était effectif qu'il conduisait l'information avec célérité. La chambre criminelle, censurant cette décision, a jugé que ces motifs étaient

insuffisants à établir, pour chacune des ordonnances critiquées, qu'il existait au moment où elles ont été rendues l'impossibilité de différer pendant le délai de dix jours les opérations d'expertise et le dépôt des conclusions des experts. De même, n'a pas justifié sa décision une chambre de l'instruction ayant considéré que l'urgence visée par le juge d'instruction dans chacune de ses décisions n'avait pas à être spécialement motivée et qu'elle était justifiée par la multiplicité des investigations et la nécessité de disposer dans les meilleurs délais des conclusions des experts, préalablement aux mesures de transport et de reconstitution et aux confrontations envisagées (Crim., 13 octobre 2009, pourvoi n° 09-83.669, *Bull. crim.* 2009, n° 167).

Si cette évolution paraît positive par les garanties qu'elle semble offrir, certains auteurs émettent de prudentes réserves. C'est le cas du professeur Pradel qui évoque les inconvénients qu'elle entraîne, et, notamment, la lourdeur et l'allongement de la procédure, les risques d'entrave à la mission de l'expert dès lors que le mis en examen aura connaissance des investigations que le juge aura décidé de lui confier (*op. cit.*, p. 426 et 427).

Cette réserve rejoint celle exprimée par nos prédécesseurs au XIX^e siècle qui avaient étudié l'opportunité de la mise en place de l'expertise contradictoire en matière pénale pour finalement l'abandonner. Le professeur Garraud objectait qu'un tel système ébranlerait sans grande utilité la neutralité de l'expertise. « Confiez, disait-il, la même tâche à deux experts : si l'un ne devient pas la doublure de l'autre, il sera son adversaire » (*op. cit.*, p. 614). Il soulignait de plus la dilution de responsabilité qui serait la conséquence de l'expertise contradictoire, aboutissant à un engagement moins personnel de l'expert dans ses conclusions, et pour finir à une moindre garantie pour le justiciable.

L'on peut constater en outre que ces dispositions font double emploi avec le droit des parties de solliciter une expertise, une contre-expertise et de faire appel du refus éventuel du juge d'ordonner ces mesures, facultés qui sont maintenues. Cela ne peut manquer d'entraîner un alourdissement substantiel des frais d'expertise, alors que ce poste pèse déjà lourdement sur le budget de la justice. Certes, il ne peut être question de proposer aux citoyens une justice de moindre qualité en limitant le nombre et la nature des expertises ordonnées pour parvenir à la manifestation de la vérité, contrairement à ce que la loi permet aujourd'hui. Mais au moins l'expertise doit-elle réellement aider la justice à faire son œuvre et non permettre, au stade de l'instruction, d'entamer un débat au fond ou d'ouvrir des querelles d'école entre tenants de thèses opposées.

Chapitre 3 – Sanctions

Le juge est l'arbitre et le garant du respect des règles de procédure qui régissent l'administration de la preuve devant lui. Il peut ainsi tirer des conséquences, aussi bien civiles (section 1), que pénales (section 2), des manquements des parties.

Section 1 – Sanctions civiles

Le risque, pour le plaideur, de devoir payer une amende civile et verser à son adversaire une indemnité s'il a agi abusivement est une limite bien connue apportée au principe de liberté d'ester en justice.

Aujourd'hui fondée sur l'article 32-1 du code de procédure civile, cette sanction suppose la caractérisation d'une faute susceptible de faire, selon la formule aujourd'hui consacrée par la jurisprudence, « dégenerer en abus le droit d'ester en justice » (voir, par exemple, 3^e Civ., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-21.703 ; 3^e Civ., 11 octobre 2011, pourvoi n° 09-68.032).

Pendant très longtemps, la Cour de cassation a donné de cette faute la définition suivante (avec de légères variantes) : « l'exercice d'une action en justice constitue, en principe, un droit, et ne dégénère en abus pouvant donner lieu à réparation, que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi, ou s'il s'agit d'une erreur équipollente au dol » (voir, par exemple, Civ., 6 novembre 1946, *D.* 1947, p. 49 ; 2^e Civ., 6 novembre 1974, pourvoi n° 73-12.650, *Bull.* 1974, II, n° 283).

Si cette formule évoque plutôt *a priori* des comportements graves, intentionnels de la part du plaideur, force est de constater, avec la doctrine, que progressivement, « la jurisprudence en arrive pratiquement à sanctionner des agissements simplement téméraires ou dilatoires » (H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, tome I, Sirey, 1961, n° 119).

Ainsi un demandeur qui avait exercé une action au mépris des conditions de recevabilité expressément prévues par la loi a-t-il été condamné du chef de l'article 32-1 du code de procédure civile (Com., 12 janvier 1976, pourvoi n° 74-13.386, *Bull.* 1976, IV, n° 16).

Cette décision met bien en évidence qu'il existe, pour l'application de ce texte, une certaine porosité entre l'attitude, que l'on pourrait qualifier de « processuelle », du demandeur et le fond de sa demande, même s'il a été jugé que « l'erreur d'une partie sur le fondement juridique de sa demande ne constitue pas, à elle seule, une faute » (2^e Civ., 18 décembre 2003, pourvoi n° 01-16.617, *Bull.* 2003, II, n° 402).

La troisième chambre civile a été, pour sa part, conduite à déterminer si l'attitude consistant à intenter une action, sans disposer de la moindre preuve de son bien-fondé, pouvait être qualifiée d'abus du droit d'ester en justice et sanctionnée comme tel. Elle a, au regard des faits de la cause, répondu positivement à cette question sous la motivation suivante : « Attendu, enfin, qu'ayant retenu qu'en poursuivant la procédure en appel, sur des allégations dépourvues de toute pertinence dès lors qu'elles n'étaient assorties d'aucune preuve, elle avait fait dégénérer en abus l'exercice de ce recours, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » (3^e Civ., 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-15.179).

Pareille condamnation fait écho aux opinions d'auteurs qui, pour les uns, faisaient ce constat que l'évolution de la jurisprudence en matière de répression des procédures abusives était telle que « celui qui entend agir en justice doit préalablement se renseigner sur ses chances de succès et il faut que les renseignements qu'il peut obtenir ne montrent pas qu'il va à un échec certain » (J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^e éd., 2010, n° 53) et, pour les autres, remarquaient que « le mérite juridique » de la demande devenait un critère prépondérant pour l'appréciation de son éventuel caractère abusif (G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996, p. 326).

Les plaideurs doivent savoir que, dorénavant, l'exercice sans preuve d'une action en justice est susceptible non seulement de compromettre le succès de leur demande, mais aussi de les exposer à une sanction pécuniaire.

Section 2 – Sanctions pénales

La tentation peut être grande pour certains plaideurs malicieux d'altérer la présentation de la vérité afin que leur cause l'emporte. Le droit pénal réprime ces comportements qui compromettent la bonne réalisation de la justice. À cette fin, il prévoit des qualifications qui protègent la sincérité des preuves produites en justice (§ 1). Il s'attache également à réprimer de manière particulière les manœuvres visant à tromper le juge pour causer un tort à autrui (§ 2). À ce dispositif s'ajoutent les lois de blocage qui interdisent et sanctionnent certaines recherches de preuves (§ 3).

§ 1. Infractions protégeant la sincérité des preuves

Des dispositions particulières répriment l'altération intentionnelle des écrits (A), des témoignages (B) et des indices matériels (C) présentés en justice.

A. Preuves écrites

L'article 441-1 du code pénal prévoit et réprime le faux qui a « pour objet ou peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ». C'est donc une qualification qui sanctionne naturellement, sinon exclusivement, les règles de l'administration de la preuve en justice.

L'usage de faux en justice a donné lieu à de nombreux arrêts de la chambre criminelle, saisie pour déterminer, par nature de pièce litigieuse, si l'infraction peut être constituée ou pas. Dans cette masse d'informations, deux arrêts paraissent pouvoir retenir l'attention, l'un relatif au niveau de contrôle de la Cour, l'autre parce qu'il est des plus récents.

Dans le cas d'une personne poursuivie devant le juge civil par sa banque, s'étant vu opposer par son adversaire des documents comprenant des mentions inexactes, la chambre criminelle a estimé que le simple fait de viser un document argué de faux dans un mémoire en défense déposé devant la Cour de cassation ne peut caractériser un usage de faux dudit document, le contrôle de celle-ci ne portant que sur la légalité des décisions qui lui sont soumises et n'impliquant aucune discussion des éléments de preuve souverainement appréciés par les juges du fond (Crim., 18 décembre 2007, pourvoi n° 07-80.696, *Bull. crim.* 2007, n° 314).

Dans l'hypothèse, plus récente, où un juge des référés a ordonné à un plaideur de communiquer des contrats, qui ont été immédiatement et à juste titre argués de faux par les adversaires, il était soutenu par le prévenu que cette présentation ne venait au soutien d'aucune prétention, mais intervenait exclusivement en exécution d'une ordonnance judiciaire. La chambre criminelle approuve la cour d'appel d'avoir retenu la culpabilité pour usage de faux, car il résulte [des énonciations reprises par la Cour de cassation] que les documents litigieux constituaient des faux au soutien de prétentions du prévenu et ont été produits en justice par celui-ci, peu important que cette production ait été spontanée ou effectuée en exécution d'une décision de justice (Crim., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-82.431, *Bull. crim.* 2012, n° 106).

B. Témoignages

L'article 434-11 du code pénal, qui punit l'abstention de témoigner pour un innocent, n'exempte de peine, ou parfois même de poursuite, que des personnes limitativement énumérées par le même article. Il n'a pas donné lieu à une jurisprudence très abondante.

Cependant, dans une période encore récente, la Cour de cassation a eu à se demander si, en exprimant dans ses écrits de manière non équivoque sa connaissance d'informations de nature à innocenter un tiers et en s'abstenant volontairement d'en livrer l'élément essentiel, c'est-à-dire l'identité de la personne mise en cause, un prévenu avait commis l'infraction.

La réponse négative a été donnée : commet le délit prévu par l'article 434-11 du code pénal la personne qui, connaissant la preuve de l'innocence d'une personne jugée pour crime ou pour délit, s'abstient volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives. La loi pénale étant d'interprétation stricte, encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour dire une telle infraction constituée, se borne à retenir que le prévenu a exprimé de manière non équivoque sa connaissance d'informations de nature à innocenter un condamné, sans constater qu'il connaissait la preuve de l'innocence dudit condamné (Crim., 22 novembre 2005, pourvoi n° 05-81.489, *Bull. crim.* 2005, n° 301).

Naturellement, l'article 434-13, relatif au témoignage mensonger, reçoit de bien plus fréquentes applications devant la chambre criminelle. Il est entièrement relatif à la preuve en justice, dont il constitue une sanction principale, au même titre que le faux document, examiné précédemment. Il dispose : « Le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. » Cette peine peut être aggravée ou au contraire évitée, pour certaines personnes limitativement énumérées par le même article et le suivant.

L'élément matériel comme l'élément moral de cette infraction ont été fixés par une jurisprudence très ancienne, qui n'a pas connu d'évolutions dans les dernières années. Il a été jugé en revanche, en droit pénal général, que le faux témoignage est une infraction instantanée, qui est constituée et dont la prescription commence à courir du jour où la déposition mensongère a été faite (Crim., 17 décembre 2002, pourvoi n° 02-81.424, *Bull. crim.* 2002, n° 234).

L'article 434-15 réprime la subornation – même non suivie d'effet –, c'est-à-dire le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation.

L'article 434-15 du code pénal n'exige pas que les promesses ou offres, faites pour déterminer un témoin à des dépositions ou à des déclarations mensongères, lui soient adressées personnellement (Crim., 20 octobre 1999, pourvoi n° 99-80.088, *Bull. crim.* 1999, n° 230).

Doivent être condamnés du chef de subornation de témoins les dirigeants d'une société, qui ont sciemment sollicité des témoignages de salariés, en les menaçant de

licenciement, dans le dessein d'en faire état dans le cadre d'une instance prud'homale intentée par un autre salarié licencié, qui avait préalablement produit des attestations émanant de ces salariés, dès lors qu'ayant constaté que les attestations initiales étaient sincères, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que les témoignages en sens contraire ne pouvaient qu'être mensongers (Crim., 28 juin 2011, pourvoi n° 10-88.795).

Le refus de déférer (comparaître, prêter serment, déposer), enfin, prévu et réprimé par l'article 434-15-1, est une qualification qui semble en revanche devoir évoluer devant la fréquence croissante de cette attitude dans toutes les strates de la population : le fait de ne pas comparaître, de ne pas prêter serment ou de ne pas déposer, sans excuse ni justification, devant le juge d'instruction ou devant un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire, par une personne qui a été citée par lui pour y être entendue comme témoin, est puni de 3 750 euros d'amende.

Créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, l'article 434-15-1 du code pénal s'est limité à reprendre, en les aménageant, les dispositions figurant auparavant à l'article 109 du code de procédure pénale relatif à la non-comparution d'un témoin devant le juge d'instruction.

Ainsi il a été jugé, sous l'empire du texte ancien, qu'en cas de demande de confrontation par la personne poursuivie, si le refus d'entendre un témoin à charge n'enfreint pas, en tant que tel, les dispositions de l'article 6 § 1 et § 3, d, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les juges pouvant tenir compte des difficultés particulières posées par l'audition contradictoire de ce témoin, tel le risque d'intimidations, de pressions ou de représailles, encore faut-il que ce refus ait lieu dans le respect des droits de la défense et que les juges s'expliquent sur l'impossibilité de la confrontation (Crim., 12 janvier 1989, pourvoi n° 88-81.592, *Bull. crim.* 1989, n° 13).

De même, saisie par un prévenu de conclusions tendant à l'audition des plaignantes, une cour d'appel ne peut se borner à rejeter la demande sans énoncer aucun motif, sans préciser si une confrontation avec les témoins avait eu lieu à un stade antérieur de la procédure et sans s'expliquer sur les raisons de son refus (Crim., 22 mars 1989, pourvoi n° 88-84.580, *Bull. crim.* 1989, n° 144, rendu au visa exprès de l'article 6 § 3, d, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

La jurisprudence s'est développée principalement à propos des personnes dispensées – ou parfois, interdites – de témoigner en raison du secret professionnel qui pèse sur elles. Il est ainsi du médecin, même délié par son patient (Crim., 8 avril 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. n° 113 par M. Véron).

C. Preuves matérielles

Selon l'article 434-4 du code pénal, qui prévoit et réprime la destruction de preuves matérielles, «est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité :

1° De modifier l'état des lieux d'un crime ou d'un délit soit par l'altération, la falsification ou l'effacement des traces ou indices, soit par l'apport, le déplacement ou la suppression d'objets quelconques ;

2° De détruire, soustraire, receler ou altérer un document public ou privé ou un objet de nature à faciliter la découverte d'un crime ou d'un délit, la recherche des preuves ou la condamnation des coupables.

Lorsque les faits prévus au présent article sont commis par une personne qui, par ses fonctions, est appelée à concourir à la manifestation de la vérité, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende».

Le délit de destruction, soustraction d'objet ou document de preuve en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité prévu par l'article 434-4 du code pénal ne saurait s'appliquer à l'auteur de l'infraction principale et ne peut être constitué que par le fait de celui qui n'a pas participé à celle-ci (Crim., 24 novembre 2010, pourvoi n° 06-85.270, *Dr. pén.* n° 3, mars 2011, comm. 31 par M. Véron).

Il était apparu à l'occasion d'une poursuite du chef de blessures involontaires contre un gynécologue obstétricien que le compte rendu d'accouchement remis par le médecin aux parents, et sur lequel les experts commis au cours de l'information judiciaire s'étaient prononcés, n'était pas identique à celui produit lors des débats par une sage-femme, le premier document ayant été modifié par ledit médecin, conscient d'un risque d'engagement de sa responsabilité par les parents, de sorte que cette nouvelle version était susceptible de faire obstacle à la manifestation de la vérité, notamment en cas de poursuites pour blessures involontaires. À cette occasion, la chambre criminelle a jugé que le délit de destruction, soustraction ou altération de preuve prévu à l'article 434-4 du code pénal ne constituait pas une suite indivisible du délit de blessures involontaires qui ferait obstacle à l'exercice de poursuites à l'égard de leur auteur de ce chef (Crim., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-83.834, *Bull. crim.* 2012, n° 123).

§ 2. Infraction prohibant les manœuvres

Les tentatives d'instrumentalisation de la justice trouvent une réponse dans la qualification d'escroquerie au jugement (A), dont le régime appelle quelques précisions (B).

A. Qualification d'escroquerie au jugement

La qualification d'escroquerie au jugement (1) fait l'objet de nombreuses applications (2).

1. Définition

Selon l'article 313-1 du code pénal, «L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende». L'expression «escroquerie au jugement» vise une jurisprudence qui fait application de l'incrimination de l'article 313-1 du code pénal dans le cas où un individu parvient, en trompant un tribunal par la production d'une pièce fausse, à obtenir une décision qui portera atteinte au patrimoine d'autrui.

2. Applications

Malgré quelques prémisses dans la jurisprudence très ancienne (Crim., 12 novembre 1864, *D.P.* 1865, 5^e partie, Escroquerie – 158; Crim., 19 juin 1936, *S.* 1937, 1, p. 313, note L. Hugueney; Crim., 8 novembre 1962, *Bull. crim.* 1962, n° 312, p. 649; *contra* : Crim., 9 septembre 1852, *Bull. crim.* 1852, n° 310, p. 530; Crim., 10 août 1867, *Bull. crim.* 1867, n° 189, p. 315; Crim., 29 avril 1915, *Bull. crim.* 1915, n° 74, p. 142), il paraît hardi d'affirmer que la catégorie de l'escroquerie au jugement a été stabilisée dans les arrêts de la chambre criminelle avant une série de trois arrêts (Crim., 22 mai 1968, pourvoi n° 67-92.782, *Bull. crim.* 1968, n° 169, p. 409, *Gaz. Pal.* 1968, 2, p. 225; Crim., 7 janvier 1970, pourvoi n° 69-90.114, *Bull. crim.* 1970, n° 14, p. 30; Crim., 12 mai 1970, pourvoi n° 69-90.026, *Bull. crim.* 1970, n° 160, p. 374) comportant l'affirmation de principe selon laquelle « si l'exercice d'une action en justice constitue un droit, sa mise en œuvre peut constituer une manœuvre frauduleuse caractérisant le délit d'escroquerie ».

Depuis, l'existence de manœuvres a été relevée par la jurisprudence dans de nombreuses hypothèses, dont les suivantes, indiquées à titre d'exemple pour la période des vingt dernières années (voir aussi, plus anciennement : obtention d'une injonction de payer une dette éteinte en produisant une reconnaissance de dette mensongère et en usant de la fausse qualité d'huissier de justice : Crim., 4 juillet 1972, pourvoi n° 71-92.515, *Bull. crim.* 1972, n° 228 – présentation à un expert judiciaire de documents comptables falsifiés pour les besoins de la cause : Crim., 14 mars 1972, pourvoi n° 71-91.077, *Bull. crim.* 1972, n° 96, *Gaz. Pal.* 1972, II, p. 738, note J.-P. D., *Rev. sc. crim.* 1973, p. 130, obs. P. Bouzat; dans le même sens, Crim., 16 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 159, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 448, obs. P. Bouzat – production d'un reçu d'une somme supérieure à celle qui a été remise : Crim., 27 janvier 1977, pourvoi n° 76-91.078, *Bull. crim.* 1977, n° 39, *Rev. sc. crim.* 1980, p. 448, obs. P. Bouzat – présentation du constat d'huissier qui, sans être intrinsèquement mensonger, ne faisait que relater une mise en scène : Crim., 14 novembre 1979, pourvoi n° 79-90.407, *Bull. crim.* 1979, n° 321) :

– la production à un juge des ordres d'un jugement annulé par un arrêt de cour d'appel statuant sur renvoi de la Cour de cassation (Crim., 4 mars 1991, pourvoi n° 90-80.321, *Bull. crim.* 1991, n° 106 : constitue une mise en scène caractéristique des manœuvres frauduleuses de l'escroquerie la remise par un plaideur au juge des ordres d'un jugement qu'il savait sans valeur, cette décision, confirmée par un arrêt de cour d'appel, ayant été anéantie, après cassation, par la cour d'appel de renvoi);

– la production d'une liste de clients, partiellement fictive (Crim., 19 octobre 1993, pourvoi n° 92-83.743, *Dr. pén.* 1994, comm. 36 par M. Véron : « Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué qu'à l'occasion d'une procédure en concurrence déloyale diligentée à l'encontre de la SA SNRA, Christian X... a versé aux débats une liste de 388 clients, en affirmant qu'ils avaient été abusivement démarchés par la SNRA nouvellement créée; Attendu que, pour infirmer, au point de vue des intérêts civils, le jugement l'ayant relaxé du chef d'escroquerie, l'arrêt attaqué énonce notamment que quarante-trois des clients indiqués par X... n'avaient aucune relation avec ses sociétés et que le prévenu a versé aux débats une liste de clients qu'il savait manifestement fausse en partie; Que les juges ajoutent encore que les agissements de X... ont constitué une manœuvre qui avait pour but de surprendre les juridictions saisies de la procédure en concurrence déloyale et pour conséquence de porter préjudice à la SNRA; Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a, contrairement à ce qui est allégué, caractérisé les éléments constitutifs du délit poursuivi; »)

- la production d'un faux contrat de travail fabriqué par montage (Crim., 30 novembre 1995, pourvoi n° 94-84.612 : «Attendu que pour déclarer Mohamed X... coupable de tentative d'escroquerie, les juges du second degré énoncent qu'il a, par l'intermédiaire de son avocat, produit devant la juridiction prud'homale, saisie du litige l'opposant à l'un de ses salariés pour licenciement abusif, la photocopie d'un faux contrat de travail à durée déterminée, reproduisant par montage la signature de son adversaire, et que cette tentative, qui tendait à "l'exonérer de toute responsabilité" devant cette juridiction, n'a manqué son effet que parce que celle-ci n'en a finalement pas tenu compte; Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision»);
- la production de factures fictives correspondant à une dette effective, mais obtenues de façon telle que le créancier a usé de moyens dolosifs privant le débiteur de son libre arbitre (Crim., 30 octobre 1996, pourvoi n° 94-86.042 : «Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Jean-Pierre X... et la société Paris Pétrole Distribution, qu'il dirige, ont été cités, la seconde comme civilement responsable, pour avoir commis un faux en écriture de commerce, en faisant porter, sur un relevé de compte, des factures inexistantes figurant à des dates erronées, ainsi que pour avoir fait sciemment usage de ce document falsifié, en le produisant dans une instance commerciale; Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable, après requalification, d'escroquerie au jugement, la juridiction du second degré retient que le relevé incriminé, qui ne faisait état que de factures fictives, a été établi par le comptable de la société sur les directives de Jean-Pierre X..., "en vue du recouvrement des factures clients", afin de conserver le bénéfice d'une hypothèque conventionnelle garantissant le solde débiteur de l'un des comptes clients de la société Chauvet, clôturé après apurement du passif; qu'ultérieurement, le prévenu a produit ce document dans une instance commerciale l'opposant à cette société qui, par jugement, a été condamnée au paiement d'une somme comprenant le montant des factures fictives, objet du relevé mensonger; Que les juges ajoutent qu'il n'importe que cette somme corresponde à une dette effective dès lors que, pour en obtenir la remise, le créancier a usé de moyens dolosifs privant le débiteur de son libre arbitre; Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel, qui n'a nullement méconnu l'étendue de sa saisine, a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués»);
- la prétention mensongère selon laquelle une marchandise n'a pas été livrée (Crim., 24 septembre 1996, pourvoi n° 94-84.528, *Dr. pén.* 1997, comm. 2 par M. Véron, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 644, obs. R. Ottenhof);
- la production de fausses reconnaissances d'honoraires établies par l'épouse du prévenu (Crim., 26 mars 1998, pourvoi n° 96-85.636, *Bull. crim.* 1998, n° 117, *Gaz. Pal.* 1998, II, Chron. crim. par J.-P. Doucet, p. 121);
- diverses manipulations destinées à tromper un expert judiciaire (Crim., 6 septembre 2000, pourvoi n° 99-87.547, *Dr. pén.* 2001, comm. 30 par M. Véron : «Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, que le groupe Amice-Soquet dirigé par Jean-Claude X... et qui a pour objet social l'élevage industriel des volailles avec un centre situé à Kergoff, s'est fourni en œufs à couvrir auprès de la société Le Helloco; qu'à la suite d'une épidémie de salmonelles affectant les élevages industriels de volailles, ledit groupe a assigné en référé la société Le Helloco afin de désigner un expert pour déterminer l'origine de l'épidémie qu'il imputait à son fournisseur; que Raymond Y..., salarié du groupe, et Jean-Claude X..., son dirigeant, ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel, le premier pour avoir tenté par des manœuvres frauduleuses, de tromper le tribunal de commerce de Saint-Brieuc, l'expert désigné par cette juridiction et la société Le Helloco en vue de déterminer celle-ci à remettre des fonds et décharger le groupe

Amice-Soquet de toute responsabilité dans l'épidémie de salmonelle qui sévissait dans ses élevages, et le second pour avoir, par ordre ou fourniture d'instructions, provoqué la tentative d'escroquerie commise par Raymond Y... ; Attendu qu'après avoir déclaré Raymond Y... coupable des faits visés à la prévention pour avoir procédé à une substitution d'étiquettes destinée à empêcher l'expert judiciaire de découvrir que les produits de l'élevage de Kergoff étaient eux aussi contaminés par la salmonelle et accueillir ainsi la demande en justice déposée par le groupe Amice-Soquet tendant à faire déclarer la société Le Helloco entièrement responsable de l'épidémie, la cour d'appel énonce que la machination à laquelle s'est livré Raymond Y... ne constitue de sa part que l'exécution des instructions données par Jean-Claude X... dans le cadre d'une stratégie délibérée consistant à ne rien révéler des contaminations des élevages du groupe Amice-Soquet pour faire supporter par la seule société Le Helloco les conséquences financières de la contamination portant sur l'ensemble des élevages ; Attendu qu'en cet état, et dès lors que la complicité par fourniture d'instructions est prévue tant par l'article 60 ancien du code pénal en vigueur au moment des faits que par l'article 121-7 dudit code applicable depuis le 1^{er} mars 1994, la cour d'appel, qui en a caractérisé les éléments par des motifs relevant de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, a justifié sa décision ; D'où il suit que le moyen ne peut qu'être écarté ; »).

– l'affirmation d'une expérience commerciale, pour convaincre les juges d'accéder à une offre de reprise partielle d'activité dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire (Crim., 11 janvier 2006, pourvoi n° 05-82.530, *Dr. pén.* 2006, comm. 48 par M. Véron).

B. Éléments du régime de l'escroquerie au jugement

Deux points retiendront ici l'attention : d'une part, le rôle du juge civil (1) et, d'autre part, la détermination du point de départ du délai de prescription (2).

1. Rôle du juge civil

La généralité de la catégorie d'« escroquerie au jugement » pouvait faire craindre un effet d'aspiration vers les juridictions pénales des recours civils extraordinaires, notamment de la révision. Un arrêt (Crim., 24 juin 1970, pourvoi n° 69-93.217, *Bull. crim.* 1970, n° 213) a coupé court à ce risque en énonçant : « On ne saurait voir une manœuvre frauduleuse, au sens de l'article 405 du Code pénal, dans la production, à l'appui d'une action en justice, d'une pièce dont le juge civil a précisément pour mission de déterminer le sens exact et la valeur probante. »

Mais les seules hypothèses dans lesquelles la qualification est exclue sont celles dans lesquelles il n'est pas établi que des manœuvres frauduleuses ont existé. Ainsi, le fait de produire, à l'appui d'une demande en justice, un état dressé par le demandeur lui-même, et énumérant des dettes qu'il prétend avoir payées pour le compte du défendeur, ne saurait, même si cet état est mensonger, caractériser, à lui seul, le délit d'escroquerie. Il n'en serait autrement que si l'arrêt relevait des manœuvres destinées à imprimer force et crédit à cet état et ainsi à tromper le juge ou la partie adverse (Crim., 9 avril 1973, pourvoi n° 72-91.514, *Bull. crim.* 1973, n° 184, p. 444 ; voir aussi Crim., 12 décembre 1996, pourvoi n° 96-81.662).

De même (Crim., 6 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.075, *Gaz. Pal.* n° 6, 6 janvier 2011, p. 14, obs. E. Dreyer), il appartient au juge civil de déterminer les effets juridiques

des pièces produites, sans autre manœuvre leur donnant force ou crédit, à l'appui d'une action en justice.

Par suite, dès lors que la sincérité de l'acte produit par le demandeur est contestée, le juge pénal est compétent pour apprécier son caractère mensonger ou fictif et ne peut s'en remettre, sur ce point, à la décision du juge civil (production d'une reconnaissance de dette fictive : Crim., 22 mars 1973, pourvoi n° 72-90.523, *Bull. crim.* 1973, n° 147).

2. Point de départ de la prescription

Dans une affaire où les parties civiles accusaient un individu d'avoir utilisé de manœuvres frauduleuses pour obtenir à leur encontre une décision d'arbitrage, la Cour de cassation a posé en règle qu'en matière d'escroquerie au jugement le délit a été consommé le jour où la sentence arbitrale est devenue exécutoire (Crim., 30 juin 2004, pourvoi n° 03-85.019, *Bull. crim.* 2004, n° 178, *AJ pénal* 2004, p. 405, obs. J. Coste).

§ 3. Lois de blocage

La chambre criminelle (Crim., 12 décembre 2007, pourvoi n° 07-83.228, *Bull. crim.* 2007, n° 309) a eu à connaître des conditions dans lesquelles il peut être permis de rechercher et d'obtenir des preuves en France, spécialement lorsqu'un droit processuel étranger autorise la recherche de preuves dans des conditions moins strictes ou moins sûres que celles prévues dans nos codes nationaux.

Le tribunal fédéral de Californie, saisi d'un litige portant sur les conditions de la reprise de la société d'assurance vie nord-américaine Executive Life et opposant le commissaire aux assurances de cet État à la société Mutuelle d'assurance artisanale de France (MAAF), avait délivré des commissions rogatoires civiles internationales tendant à la communication, par cette dernière société, de documents se rapportant au litige, selon les modalités définies par la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. L'avocat français du commissaire aux assurances a contacté un ancien administrateur de la MAAF pour obtenir des renseignements sur les conditions dans lesquelles avaient été prises les décisions du conseil d'administration de cette société à l'époque du rachat d'Executive Life, alléguant que « les membres du conseil d'administration n'avaient pas été bien informés... qu'il n'avait pas été débattu de la question et que les décisions auraient été prises dans les couloirs ». Sur plainte avec constitution de partie civile de la MAAF, cet avocat a été renvoyé devant le tribunal pour avoir demandé ou recherché des renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères, faits prévus et réprimés par les articles 1 bis et 3 de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980.

Ainsi que l'indique le rapporteur du dossier, l'examen des travaux préparatoires de cette dernière loi montre que :

– elle avait initialement pour objet d'étendre aux transports aériens l'interdiction faite, par la loi du 26 juillet 1968, aux personnels des compagnies de transport maritime de communiquer aux autorités étrangères certains renseignements d'ordre économique ou financier concernant leur entreprise (Sénat, 1^{re} lecture);

- cet objet a été étendu par l'Assemblée nationale, puis par le Sénat en deuxième lecture, à la communication à une autorité étrangère, en dehors de l'application des traités internationaux, de « tous renseignements d'ordre économique, commercial, technique, industriel ou financier » afin de « mettre un frein à la volonté des États-Unis d'imposer une application extra-territoriale de leurs lois » et de « protéger notre économie contre une législation et une inquisition étrangères abusives »;
- en sens inverse, l'article 1 bis sur la recherche et la communication de documents a été modifié en seconde lecture à l'Assemblée nationale pour en réduire la portée, puisqu'il a été décidé que l'interdiction devait être édictée sous réserve des traités et accords internationaux, être limitée aux renseignements « d'ordre économique, commercial, technique, industriel ou financier » recherchés à l'occasion ou en vue d'une procédure étrangère, enfin être réservée aux renseignements destinés à constituer des preuves obtenues illégalement pour les produire au cours d'une procédure étrangère.

La chambre criminelle a cependant approuvé la cour d'appel qui avait déclaré coupable l'avocat poursuivi. Dans son arrêt du 12 décembre 2007, il est relevé dans la motivation des juges du fond que le prévenu ne s'est pas contenté d'approcher, de manière neutre, des personnes dont le témoignage aurait pu être ultérieurement sollicité conformément aux dispositions de la Convention de La Haye, mais a obtenu, ou, en tout cas tenté d'obtenir, la preuve que les administrateurs de la MAAF avaient pris leur décision en pleine connaissance de cause ; que le prévenu a recherché, alors qu'il était dépourvu de tout mandat autorisé au sens de la convention précitée, des informations à caractère économique, commercial ou financier tendant à la constitution de preuves, susceptibles de justifier la désignation de la personne approchée comme témoin à charge dans la procédure suivie devant la juridiction californienne et d'orienter son interrogatoire ultérieur ; que, contrairement à ce que soutient le prévenu, l'incrimination, qui vise à limiter les abus pouvant être commis dans la recherche de la preuve, ne constitue pas une entrave disproportionnée aux droits de la défense, dont l'exercice est assuré par les garanties attachées aux procédures instaurées par la Convention de La Haye. En l'état de ces énonciations, d'où il résulte que les renseignements recherchés sur les circonstances dans lesquelles le conseil d'administration de la MAAF a pris ses décisions sur le rachat de la société Executive Life sont d'ordre économique, financier ou commercial et tendent à la constitution de preuves dans une procédure judiciaire étrangère, la chambre criminelle approuve la déclaration de culpabilité qui était critiquée devant elle.

TITRE 2 – PRINCIPES GOUVERNANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

La liberté de la preuve, même lorsqu'elle est affirmée, ne saurait être absolue. Elle doit naturellement être limitée, notamment pour respecter les autres libertés qui peuvent être en concours. Il est donc de principe que toutes les preuves ne peuvent être admises devant le juge.

Il est en particulier nécessaire qu'elles aient pu faire l'objet d'un véritable débat. Le juge met ainsi, au nom du principe de la contradiction, chaque partie en mesure d'examiner et de contester les preuves avancées par l'autre (chapitre 1).

Il veille également à ce que les preuves employées par les parties soient obtenues de manière régulière. La manifestation de la vérité ne justifie nullement que des procédés illicites ou déloyaux soient employés. L'admission des preuves impose donc un contrôle judiciaire (chapitre 2).

Chapitre 1 – Principe de la contradiction et droits de la défense

Le principe de la contradiction est l'un des fondements du procès équitable. Le juge doit assurer et faire assurer son respect. Mais, comme tout principe, il peut arriver que, dans certaines situations, un intérêt légitime supérieur, comme la nécessité de garantir le respect du secret médical ou de protéger le témoin d'un risque de représailles, nécessite le recours à des procédés de preuve non contradictoires, ou à la contradiction limitée.

Le respect du principe de la contradiction doit être assuré tout au long de la procédure, tant au cours des mesures préparatoires à la décision (section 1) qu'en ce qui concerne l'accès aux sources d'information (section 2). En matière pénale, domaine où les libertés individuelles sont directement dans le débat, ce principe revêt une importance particulière (section 3).

Section 1 – Principe de la contradiction lors des investigations

La Cour de cassation s'attache à faire respecter le principe de la contradiction s'agissant, notamment, des expertises (§ 1) et des visites domiciliaires en matière fiscale (§ 2).

§ 1. Expertise

La Cour de cassation assure un contrôle strict du respect du principe de la contradiction au cours même des opérations d'expertise judiciaire (A), dont elle tempère les effets lorsqu'il s'agit d'expertises amiables (B).

A. Garantie des droits de la défense au cours de l'expertise

Le principe de la contradiction s'appliquant à l'expertise (1), sa violation appelle une sanction (2).

1. Principe de la contradiction appliqué à l'expertise

Le code de procédure civile comporte un ensemble de dispositions prévoyant les conditions dans lesquelles les parties sont associées au déroulement de l'expertise, assurant ainsi le respect des droits de la défense au stade de l'expertise. L'expert agissant sur délégation du juge, il est souvent fait référence au respect par l'expert du principe de la contradiction, alors que cette obligation n'est faite qu'au juge par le code de procédure civile. D'ailleurs, la Cour de cassation vise parfois ce principe pour sanctionner des violations par l'expert de ses obligations à l'égard des parties (1^{re} Civ., 1^{er} février 2012, pourvoi n° 10-18.853, *Bull.* 2012, I, n° 20). On peut donc dire que « les principes fondamentaux de procédure qui garantissent l'équité du procès » s'appliquent au

stade de l'expertise (*Droit de l'expertise, sous la direction de Tony Moussa*, Dalloz action 2009/2010, § 211-21).

Ainsi, il est jugé que l'obligation, pesant sur le juge, de ne trancher le litige que sur des pièces soumises à la libre discussion des parties, n'est pas satisfaite par la simple communication du rapport d'expertise au cours de la procédure (2^e Civ., 28 février 2006, pourvoi n° 04-12.616; 2^e Civ., 3 novembre 2005, pourvoi n° 03-18.705). C'est donc dès la phase d'expertise que les parties doivent être en mesure d'avoir un débat contradictoire. La jurisprudence de la Cour de cassation est ainsi conforme aux exigences qui résultent de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, requête n° 21497/93; CEDH, 18 février 2010, *Baccichetti c. France*, requête n° 22584/06).

L'expert a, en premier lieu, l'obligation de convoquer les parties aux opérations d'expertise (2^e Civ., 20 décembre 2001, pourvoi n° 00-10.633, *Bull.* 2001, II, n° 202). L'article 160 du code de procédure civile dispose que les parties et les tiers qui doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction, ainsi que leur défenseur, sont convoqués par la personne exécutant la mesure d'instruction et énonce les modalités de convocation. Cet article, figurant dans les dispositions communes aux mesures d'instruction, s'applique non seulement aux mesures d'expertise, mais également aux constatations régies par les dispositions des articles 249 et suivants du code de procédure civile (2^e Civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 08-11.650, *Bull.* 2009, II, n° 66). Il a été jugé que l'obligation de convocation concerne toutes les réunions (1^{re} Civ., 9 juin 1982, pourvoi n° 81-11.455, *Bull.* 1982, I, n° 219; 3^e Civ., 7 février 2007, pourvoi n° 05-20.410, *Bull.* 2007, III, n° 20; 2^e Civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 07-13.412).

Dans les cas où l'expert s'est adjoint les services d'un technicien d'une autre spécialité que la sienne (article 278 du code de procédure civile), il ne peut fonder ses conclusions sur l'avis de celui-ci qu'à la condition de donner connaissance de cet avis aux parties, afin qu'elles puissent le discuter devant lui (2^e Civ., 21 janvier 2010, pourvoi n° 07-13.552, *Bull.* 2010, II, n° 16; 2^e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-10.239, *Bull.* 2010, II, n° 83; 1^{re} Civ., 1^{er} février 2012, pourvoi n° 10-18.853, *Bull.* 2012, I, n° 20).

De même, s'il est admis que l'expert effectue seul des constatations purement matérielles, dans des situations particulières le justifiant (mesure de bruits nocturnes, étude de pièces comptables, mesurage de locaux...), c'est à la condition de réunir ensuite les parties pour leur faire part de celles-ci (2^e Civ., 13 janvier 2005, pourvoi n° 04-12.623; 2^e Civ., 15 mai 2003, pourvoi n° 01-12.665, *Bull.* 2003, II, n° 147; 2^e Civ., 3 novembre 2005, pourvoi n° 03-18.705; 2^e Civ., 26 octobre 2006, pourvoi n° 05-10.843).

Les parties et leur conseil peuvent formuler des observations auprès de la personne chargée de la mission d'instruction; selon l'article 276 du code de procédure civile, l'expert doit les prendre en considération et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a apporté diverses précisions à cette obligation afin qu'elle n'induisse pas des contraintes telles qu'elles génèrent des retards indus dans le dépôt du rapport. Ainsi, l'expert peut fixer un délai aux parties pour le dépôt des observations et si les parties déposent plusieurs dires, l'expert n'est tenu de répondre qu'au dernier d'entre eux. On reconnaît ici un mécanisme similaire à celui s'appliquant aux conclusions déposées devant le juge (article 753 du code de procédure civile).

Les procès-verbaux, avis ou rapports établis à l'occasion ou à la suite de l'exécution d'une mesure d'instruction sont adressés ou remis en copie à chacune des parties (article 173 du code de procédure civile). Le code de procédure civile n'impose pas à l'expert d'établir un prérapport avant le dépôt de son rapport définitif, mais de nombreuses missions d'expertise le prévoient.

2. Sanction du principe

Deux sanctions sont appliquées : la nullité entre les parties au litige (a), l'inopposabilité à l'égard des tiers (b).

a. Nullité

La question est ici de savoir comment la partie à une expertise peut faire sanctionner, dans le litige au fond, la violation par l'expert du principe de la contradiction à son égard, quelle que soit la forme qu'a pu prendre cette violation : absence totale de convocation de la partie, absence de convocation de la partie ou de son conseil à une ou plusieurs réunions, absence de réponse à dire... Cette situation est à distinguer de celle de l'opposabilité d'une expertise à un tiers, situation qui sera examinée plus loin.

À titre préliminaire, il convient de rappeler que la demande de nullité de l'expertise formée à titre principal est irrecevable et que le juge doit relever cette irrecevabilité d'office (2^e Civ., 3 mai 2007, pourvoi n° 06-12.190, *Bull.* 2007, II, n° 116 ; voir aussi 2^e Civ., 2 décembre 2004, pourvoi n° 02-20.205, *Bull.* 2004, II, n° 513) : le rapport d'expertise est un élément de preuve produit au soutien d'une prétention soumise au juge.

La doctrine de la Cour de cassation a connu des évolutions en ce qui concerne la question de la sanction des obligations de l'expert et a parfois été marquée par des divergences entre ses chambres. S'il est certain qu'une expertise effectuée sans que l'expert respecte le principe de la contradiction encourt l'annulation, la question de savoir si cette sanction suppose que la partie établisse que la violation du principe de la contradiction lui a causé un grief a fait difficulté.

C'est pourquoi la Cour de cassation s'est réunie en chambre mixte le 14 septembre 2012, pour se prononcer sur le régime des sanctions des irrégularités de l'expertise judiciaire. Par l'arrêt rendu le 28 septembre 2012 (Ch. mixte, 28 septembre 2012, pourvoi n° 11-11.381, *Bull.* 2012, Ch. mixte, n° 1), la chambre mixte a clairement précisé que la partie à une instance dans laquelle une expertise a été diligentée et qui se plaint de violation de ses droits au stade de l'expertise ne peut que solliciter la nullité du rapport et non son inopposabilité. Par ailleurs, cette formation solennelle a rappelé que cette nullité suivait les règles applicables en matière de nullité des actes de procédure, comme le prévoit l'article 175 du code de procédure civile. Par un chapeau intérieur elle a jugé : « les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure ».

Ainsi, la partie ne peut qu'invoquer un vice de forme ou une irrégularité de fond, étant rappelé que, depuis un arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2006 (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 03-20.026, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 6), ces derniers sont

limitativement énumérés à l'article 117 du code de procédure civile. Cela implique que la partie qui n'invoque qu'un vice de forme (par exemple l'absence de convocation ou de convocation régulière à une réunion d'expertise) devra prouver le grief que lui a causé l'irrégularité en cause. Il appartiendra alors au juge du fond, saisi de ce moyen, d'apprécier souverainement si ce vice a empêché la partie de faire valoir ses arguments devant l'expert. Dans l'affaire jugée par la chambre mixte le 28 septembre 2012, la partie n'ayant pas sollicité l'annulation du rapport, son pourvoi a été rejeté.

Il faut noter que si un rapport est annulé à la demande de l'une des parties au procès, cette nullité vaut à l'égard de toutes les parties, quand bien même n'auraient-elles pas invoqué la nullité (2^e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-10.239, *Bull.* 2010, II, n° 83).

b. Inopposabilité

La question de l'opposabilité d'une expertise peut se poser dans deux situations distinctes. Il se peut, en premier lieu, qu'une expertise ait été ordonnée entre deux parties (en référé ou au fond) et qu'un tiers devienne partie à l'instance ultérieurement, soit que n'ayant pas été partie à l'instance de référé, il soit assigné au fond, soit qu'il ne soit appelé à la procédure qu'après le dépôt du rapport d'expertise judiciaire. Il se peut, en second lieu, que l'expertise réalisée au contradictoire des parties à une instance déterminée soit invoquée dans une autre instance, impliquant deux autres parties ou seulement l'une des parties au premier litige. Dans ces deux cas, il s'agit d'opposer une expertise à une partie au contradictoire de laquelle elle n'a pas été réalisée. Cette situation est donc différente du cas, envisagé précédemment, dans lequel l'expertise a été ordonnée au contradictoire de toutes les parties, mais où l'expert n'a pas respecté toutes les obligations pesant sur lui pour garantir les droits de la défense de chacune d'elles.

En matière d'opposabilité, l'article 175 du code de procédure civile, relatif à la seule nullité du rapport, ne peut s'appliquer. Il s'agit ici d'une question de recevabilité ou d'admissibilité de l'expertise produite à titre de preuve : la pièce produite, en l'occurrence le rapport d'expertise, peut-il valoir contre une partie qui n'a pu faire valoir ses arguments lors de son élaboration ?

La deuxième chambre civile, dans sa jurisprudence la plus récente (2^e Civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-16.824, *Bull.* 2008, II, n° 95 ; 2^e Civ., 8 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.919, *Bull.* 2011, II, n° 166) juge que l'expertise ordonnée dans une autre instance peut être prise en considération dès lors qu'elle a été régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire des parties. Elle reprend ainsi la position adoptée par la chambre commerciale dans certains de ses arrêts (Com., 15 février 2000, pourvoi n° 97-16.770, *Bull.* 2000, IV, n° 33 ; Com., 24 mai 2005, pourvoi n° 04-10.324).

Il ressort d'arrêts de la troisième chambre civile que certaines circonstances de fait peuvent conduire à limiter le champ de cette jurisprudence, en exigeant qu'un tel rapport soit étayé par d'autres éléments de preuve (3^e Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-10.520, *Bull.* 2011, III, n° 4). Ainsi, cette chambre a jugé, le 27 mai 2010, qu'ayant relevé « que les opérations d'expertise s'étaient déroulées au contradictoire du maître d'œuvre à l'exclusion de toute autre partie et que les entreprises intervenantes et l'[assureur de l'une d'entre elles] n'avaient été [mis] en cause par l'architecte que plus de deux années après le dépôt du rapport, et retenu que la communication de ce rapport en cours d'instance ne suffisait pas à assurer le respect du contradictoire, la

cour d'appel devant laquelle l'inopposabilité de l'expertise était soulevée et aucun autre élément de preuve n'était invoqué, a exactement retenu qu'aucune condamnation ne pouvait intervenir à l'encontre des appelés en garantie sur la base de ce seul rapport d'expertise » (3^e Civ., 27 mai 2010, pourvoi n° 09-12.693, *Bull.* 2010, III, n° 104 ; dans le même sens, 3^e Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-10.520, *Bull.* 2010, III, n° 4). La première chambre s'appuie également souvent sur l'existence d'autres éléments de preuve pour considérer que l'expertise pouvait être opposée à la partie qui n'avait pas été appelée à la procédure dans laquelle l'expertise avait été ordonnée (1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° 01-02.700 ; 1^{re} Civ., 14 avril 2010, pourvoi n° 08-20.386), mais admet parfois que cette circonstance n'est pas nécessaire (1^{re} Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-12.065).

B. Expertise amiable non contradictoire

Le montant du loyer cristallise souvent les antagonismes entre les parties au bail. Il oblige, dans les statuts locatifs impératifs, le législateur à dégager des règles de compromis, de telle sorte que le loyer ne soit pas trop lourd pour le locataire, mais qu'il ne soit pas non plus si faible que les bailleurs soient dissuadés de proposer leurs biens à la location.

Le statut des baux commerciaux prévoit ainsi, pour la fixation du loyer du bail renouvelé, un dispositif censément respectueux des intérêts des deux cocontractants.

Selon l'article L. 145-34 du code de commerce, à moins d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1^o à 4^o de l'article L. 145-33 du même code, soit, notamment, les facteurs locaux de commercialité (définis à l'article R. 145-6 du même code), le loyer du bail renouvelé est plafonné.

Il est depuis longtemps reconnu aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement le caractère notable de la modification des éléments de calcul du loyer (voir, par exemple, 3^e Civ., 25 juin 1975, pourvoi n° 74-13.069, *Bull.* 1975, III, n° 219).

À cette fin, ils apprécient tout aussi souverainement les éléments de preuve qui leur sont soumis par le bailleur à l'appui de sa demande de déplafonnement fondée sur une modification notable des facteurs locaux de commercialité (3^e Civ., 24 janvier 2001, pourvoi n° 99-12.688).

S'il est entendu qu'une telle preuve peut être administrée par tous moyens, est-il envisageable que le bailleur puisse exciper des résultats d'une expertise diligentée à son initiative et, qui plus est, non contradictoire ?

La troisième chambre civile a apporté à cette question délicate une réponse nuancée. Aux termes d'un arrêt en date du 3 février 2010 (3^e Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 09-10.631, *Bull.* 2010, III, n° 31), elle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui s'était fondée exclusivement sur une expertise de la sorte pour se prononcer sur le déplafonnement du loyer d'un bail renouvelé (« Qu'en statuant ainsi, en se fondant exclusivement sur une expertise non contradictoire établie à la demande d'une des parties, la cour d'appel, qui a méconnu le principe de l'égalité des armes, a violé le texte susvisé [article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] »).

Fondée sur le principe conventionnel dit d'« égalité des armes », qui régit la matière de la preuve devant les juridictions, cette décision peut être regardée comme assurant

un certain équilibre entre les parties : s'il n'est pas interdit au bailleur de produire, pour démontrer l'existence d'une évolution notable des facteurs locaux de commercialité, un rapport d'expertise amiable établi à sa seule initiative et à l'insu du locataire, il est fait défense au juge du bail d'appuyer sa décision sur cette seule preuve « unilatérale », serait-elle soumise *a posteriori* à la discussion du locataire dans le cadre de l'instance. Ce juge devra donc, s'il entend utiliser cette preuve à l'appui de sa décision, l'étayer par d'autres, non suspectes de partialité, parmi lesquelles, le cas échéant, une expertise judiciaire ordonnée par ses soins.

§ 2. Visites domiciliaires en matière fiscale

La jurisprudence a considéré qu'il convenait d'imposer à l'administration, dès lors qu'une demande était faite, de transmettre les pièces à l'auteur de l'appel. La faculté de consultation du dossier au greffe, prévue par l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, ne dispense pas l'administration de communiquer à la partie qui le demande les pièces dont elle fait état. Si la faculté pour la partie qui exerce, en application de l'article L. 16 B, II, du livre des procédures fiscales, un appel contre une ordonnance autorisant des visites et saisies, de consulter au greffe les pièces présentées par l'administration fiscale pour obtenir cette autorisation, ne dispense pas l'administration de communiquer la copie de ces pièces à cette partie lorsqu'elle en fait la demande, le premier président saisi seulement d'une demande tendant à obtenir du greffe copie des pièces communiquées par l'administration au soutien de sa requête d'autorisation peut rejeter cette demande (Com., 2 février 2010, pourvoi n° 09-13.795, *Bull.* 2010, IV, n° 29 ; Com., 2 février 2010, pourvoi n° 09-14.821, *Bull.* 2010, IV, n° 27 ; Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67.382 ; Com., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-16.392 : « Mais attendu que les dispositions de l'article 164 de la loi du 4 août 2008, qui introduisent la possibilité d'un appel devant le premier président de la cour d'appel en matière de droit de visite des agents de l'administration des impôts permettent d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la décision prescrivant la visite ; qu'ayant retenu que le dossier transmis par le tribunal de grande instance ne comportait que la requête, visant et décrivant les pièces qui en étaient le support, et l'ordonnance du juge reprenant dans ses attendus les pièces fondant sa décision, et qu'une audience avait permis de recoler ces pièces par la mise à disposition d'une copie des archives de l'administration fiscale et l'envoi à l'avocat de l'appelant d'une copie dématérialisée de ces pièces, le premier président en a déduit à bon droit que la procédure n'avait pas porté atteinte aux droits de M. X... qui avait bénéficié d'un recours effectif ; que le moyen n'est pas fondé »).

Section 2 – Principe de la contradiction et secret

Le principe de la contradiction rencontre des limites lorsque sont en cause certains secrets. Le secret médical en matière d'accident du travail (§ 1) et celui de l'identité des syndiqués (§ 2) illustrent cette difficulté.

§ 1. Secret médical en matière d'accident du travail

La prise en charge des accidents du travail et des maladies professionnelles réunit en un rapport triangulaire la victime (ou ses ayants droit), l'employeur et l'organisme de sécurité sociale. C'est à ce dernier qu'il revient de procéder à la reconnaissance de

l'accident ou de la maladie et à l'indemnisation de la victime (versement des prestations légales), ainsi qu'à la tarification du risque pour la détermination du taux des cotisations dues au titre du risque professionnel par l'employeur. Ce dernier peut avoir intérêt, dès lors, à contester non seulement la qualification même, au regard des dispositions du livre IV du code de la sécurité sociale, de l'accident ou de la maladie, mais également les modalités de son indemnisation, s'agissant en particulier de la fixation du taux d'incapacité permanente partielle applicable à la rente allouée à la victime après consolidation.

La contestation pouvant porter en la matière sur des questions d'ordre médical touchant la victime (imputation de séquelles à un précédent accident, détermination de la date de la guérison ou de la consolidation, taux d'incapacité permanente), la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'équilibre à retenir entre les exigences opposées de la protection de la vie privée de la victime et de la faculté pour l'employeur de défendre ses droits. La question s'est posée, plus particulièrement, devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale (tribunaux du contentieux de l'incapacité et Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail) appelées à statuer sur les litiges nés de la contestation du taux d'incapacité permanente partielle après consolidation de l'état de la victime.

La Cour de cassation a procédé à une distinction :

- Le respect de la vie privée et le secret médical (lequel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin), garantis respectivement par les articles 9 du code civil et R. 4127-4 du code de la santé publique, font normalement obstacle à la communication à l'employeur de toutes pièces administratives et médicales se rapportant à l'état de la victime, la seule sollicitation de l'attribution des prestations dues au titre de la législation professionnelle ne valant pas accord de la victime, ni absence d'opposition de sa part, à la levée du secret médical (2^e Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.364, *Bull.* 2008, II, n° 240, *Rapport annuel* 2008, p. 264; 2^e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-11.959 [1^{er} moyen, 1^{re} branche], *Bull.* 2009, II, n° 62);

- Dès lors que l'organisme ne communique pas à l'employeur les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire, ce dernier ne peut exercer son droit à un recours; le respect des principes d'un procès équitable conduisent alors à rendre inopposable à l'employeur la décision de l'organisme fixant le taux d'incapacité permanente partielle de la victime d'un accident du travail (2^e Civ., 19 février 2009, pourvois n° 08-11.959 [2^e moyen] et n° 08-11.888 [deux arrêts], *Bull.* 2009, II, n° 62).

La question a fait l'objet, il convient de le souligner, d'aménagements. Les dispositions de l'article L. 143-10 du code de la sécurité sociale ont ainsi été modifiées par l'article 79 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 à effet d'instituer, dans le cadre de l'expertise organisée par la juridiction du contentieux technique, la communication du dossier médical au médecin-expert et, par l'intermédiaire de celui-ci, au praticien désigné par l'employeur. Une suggestion de même facture a été formulée, dans ses *Rapports annuels*, par la Cour de cassation de manière à permettre la communication, à la demande de l'employeur, au bénéfice du praticien qu'il mandate à cet effet, du dossier constitué par le service du contrôle médical de l'organisme et adressé à l'expert médical dans les litiges portés devant les juridictions du contentieux général (*Rapport annuel* 2010, p. 24, *Rapport annuel* 2011, p. 26, *Rapport annuel* 2012, p. 44).

§ 2. Secret de l'identité des syndiqués en matière de preuve de l'existence d'une section syndicale

Comment un syndicat peut-il établir sa présence effective dans l'entreprise ? Au premier chef, en démontrant avoir des adhérents au sein de la structure. C'est pourquoi les textes de droit du travail ont toujours exigé que, pour exercer au sein de l'entreprise certaines prérogatives, un syndicat doive démontrer, entre autres, avoir créé au sein de celle-ci une section syndicale, c'est-à-dire un pôle de contacts entre le syndicat et ses adhérents.

La difficulté est qu'une telle démonstration, lorsqu'elle se fait en justice dans le cadre d'un contentieux, nécessite de faire connaître, de manière contradictoire, le nom des salariés de l'entreprise qui ont choisi d'adhérer au syndicat dont l'implantation est contestée. Or la partie adverse dans le contentieux est le plus souvent l'employeur, dont on peut craindre qu'il n'ait à l'égard des salariés dont il découvre l'adhésion syndicale une réaction négative.

Consciente de cette problématique importante, la chambre sociale avait, dans un premier temps, élaboré une jurisprudence permettant au syndicat, lorsqu'il établissait qu'il existait dans l'entreprise un « risque de représailles » envers les salariés syndiqués, de ne pas faire connaître à l'employeur, dans le cadre de la procédure judiciaire, le nom des adhérents qu'il revendiquait (Soc., 12 décembre 1990, pourvoi n° 89-60.811, *Bull.* 1990, V, n° 669). Cette jurisprudence, vécue comme une exception au principe de la contradiction, nécessitait cependant au préalable qu'il soit bien établi un risque de représailles, ce qui, outre la difficulté d'une telle preuve, transformait le litige d'une simple discussion sur une implantation syndicale en une procédure accusatoire vis-à-vis de l'employeur (J.-M. Verdier, « Secret et principe du contradictoire : la liberté syndicale en question ? À propos des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation des 12 janvier et 4 mai 1993 », *Dr. soc.* n° 11, novembre 1993, p. 866).

En 1997 (Soc., 27 mai 1997, pourvoi n° 96-60.239, *Bull.* 1997, V, n° 194), la chambre sociale a décidé de modifier cette jurisprudence et, estimant sans solution la question de la preuve contradictoire de l'existence d'adhérents syndicaux, a purement et simplement abandonné toute nécessité de preuve à cet égard : l'exercice d'une prérogative par un syndicat représentatif suffisait à démontrer l'existence d'une section syndicale.

Mais en 2008, la question a été rouverte par le législateur. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail évoque à nouveau, en effet, la nécessité pour les syndicats de constituer une section syndicale en entreprise pour y exercer des prérogatives et précise que la création de la section syndicale est conditionnée à l'existence de « plusieurs adhérents » (article L. 2142-1 nouveau du code du travail : « Dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est représentatif, chaque syndicat affilié à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel ou chaque organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres conformément à l'article L. 2131-1 »).

La jurisprudence a donc dû à nouveau s'interroger sur la possibilité de faire se concilier deux principes : le droit au secret de l'adhésion syndicale et le principe de la contradiction dans le procès.

Les acteurs, à l'unanimité, refusaient un retour à la jurisprudence connue sous le nom de « risque de repréailles ». À l'unanimité également, ils considéraient comme inopportune la connaissance par toutes les parties au litige du nom des adhérents d'un syndicat. Avec l'évolution de la société et du droit, les employeurs eux-mêmes faisaient valoir que le fait qu'ait été porté à leur connaissance le nom des salariés syndiqués dans leur entreprise risquait de leur imposer une vigilance particulière pour éviter les suspicions de discrimination qui s'ensuivraient. Mais la loi était claire : l'exercice des prérogatives syndicales en entreprise d'une section syndicale nécessitait bien, en cas de contestation, de démontrer l'existence d'une section syndicale et donc d'adhérents. Dans un arrêt *Okaïdi* du 8 juillet 2009 (Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.011, *Bull.* 2009, V, n° 180), la chambre sociale a donc, de manière exceptionnelle, au visa de l'alinéa 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 9 du code civil et des articles L. 2141-4, L. 2141-5 et L. 2142-1 du code du travail, décidé que : « En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance ».

Pour cette décision inhabituelle, la chambre sociale a pris appui sur la nécessaire protection de la vie privée du salarié, lequel, adhérent d'un syndicat, n'est absolument pas partie au litige qui oppose son syndicat à l'employeur ou à d'autres syndicats, et qui n'a donc pas à voir son nom révélé dans ce cadre. Le Bureau international du travail (BIT) a d'ailleurs à plusieurs reprises affirmé l'engagement syndical d'un salarié comme élément de sa vie personnelle. Dans ce cadre, la protection des droits individuels a justifié une dérogation exceptionnelle au principe de la contradiction, dérogation que la Cour de cassation rappelle constamment être limitée au strict nécessaire (voir, par exemple, Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.137, *Bull.* 2010, V, n° 290) : le syndicat conserve la charge de prouver l'existence d'une section syndicale, par tous moyens, et de communiquer les documents de preuve au tribunal et aux autres parties. Mais, les éléments d'identification qui peuvent figurer sur ces documents doivent être rendus illisibles ou supprimés lors de la communication aux parties adverses.

Ce faisant, comme le souligne un auteur (M. Grévy, « Droit syndical dans l'entreprise : quand la Cour de cassation conjugue l'audace et le réalisme. Observations sur l'arrêt *Okaïdi* », *Rev. dr. trav.* n° 12, décembre 2009, p. 729; voir également J. Mouly, « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la "vie privée professionnelle" », *D.* 2010, p. 282), la jurisprudence de la chambre sociale est en phase avec la jurisprudence européenne : « Le droit à un procès équitable, protégé par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et dont le principe du contradictoire est, dans le cadre de l'égalité des armes, le corollaire, implique que tous les éléments de preuve soient communiqués et débattus entre les parties. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que ce droit, qui n'est pas absolu, n'exclut pas un aménagement des règles probatoires afin

de préserver les droits fondamentaux de tiers, parmi lesquels figure le droit au respect de la vie privée, également protégé par cette convention. Le rattachement de l'appartenance syndicale à la "vie personnelle" du salarié, sous le visa de l'article 9 du code civil, qui permet ainsi de justifier l'aménagement porté au principe du contradictoire, ne convainc cependant pas totalement tant la liberté d'adhérer à un syndicat relève de l'exercice d'une liberté publique.»

Section 3 – Principe impératif de la contradiction en matière pénale

Pour la Cour européenne, le principe de la contradiction implique, d'une part, le droit pour une partie de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter (CEDH, 20 février 1996, Lobo Machado c. Portugal, requête n° 15764/89), d'autre part, que les éléments de preuve détenus par l'autorité de poursuite ainsi que ses réquisitions soient portés à la connaissance des autres parties et, enfin, que le juge ne fonde sa décision que sur des moyens de droit ou des éléments de preuve qui ont été discutés par les parties.

L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle se caractérise par une prise en considération croissante des exigences des articles 6 § 1 de la Convention européenne et préliminaire du code de procédure pénale (voir, sur ce point, *Rapport annuel* 2010, p. 178 et s.), qui dispose que la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des parties.

S'agissant plus particulièrement de l'administration de la preuve, l'obligation de respecter le principe de la contradiction est régulièrement rappelée par la chambre criminelle. L'article 427, alinéa 2, du code de procédure pénale dispose, à cet égard, que «le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui» (voir, notamment, Crim., 20 novembre 1984, pourvoi n° 84-91.332, *Bull. crim.* 1984, n° 361). Le juge ne peut ainsi écarter une exception de procédure en se fondant sur des documents non soumis à la libre discussion des parties (Crim., 6 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.503); il ne peut prononcer une peine en se fondant sur les pièces produites par le prévenu si elles n'ont pas été communiquées au ministère public et soumises au débat contradictoire (Crim., 5 janvier 2010, pourvoi n° 09-85.819).

Toutefois, si l'article 427 du code de procédure pénale impose au juge correctionnel de ne fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui, cette disposition n'exige pas que les pièces soient communiquées à la partie adverse avant l'audience des débats. Le juge doit faire assurer le respect du principe de la contradiction, et, le cas échéant, ordonner le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure, si cela s'avère nécessaire pour permettre au ministère public et à l'ensemble des parties de prendre connaissance des pièces produites (Crim., 22 octobre 2003, pourvoi n° 02-88.388). La chambre criminelle censure avec constance les arrêts qui écartent des pièces produites aux débats au motif qu'elles auraient dû être communiquées à la partie adverse antérieurement à l'audience (Crim., 19 juin 1991, pourvoi n° 90-86.630, *Bull. crim.* 1991, n° 267). Encourt ainsi la censure l'arrêt qui écarte des débats des attestations produites par le prévenu au motif qu'elles n'ont pas été communiquées dans un temps permettant aux parties d'en prendre connaissance de façon à pouvoir les discuter contradictoirement lors de

l'audience (Crim., 10 novembre 2004, pourvoi n° 03-87.628, *Bull. crim.* 2004, n° 285). Encourt également la censure l'arrêt qui écarte des débats des documents produits à l'audience par le conseil d'un prévenu au motif qu'ils n'ont pas été remis préalablement au ministère public (Crim., 12 janvier 2005, pourvoi n° 04-81.982, *Bull. crim.* 2005, n° 17 ; Crim., 23 septembre 2009, pourvoi n° 09-80.707).

Le principe de la contradiction interdit, par ailleurs, aux juges, de fonder leur décision sur des éléments qui leur sont parvenus entre la fin de l'audience à laquelle ont eu lieu les débats et le prononcé de la décision. Pour la chambre criminelle, les juges ne peuvent, en effet, fonder leur décision que sur des preuves qui leur sont apportées au cours des débats et contradictoirement débattues devant eux (Crim., 20 mai 1992, pourvoi n° 91-84.297, *Bull. crim.* 1992, n° 201). Pour pouvoir prendre en compte un élément reçu entre la fin de l'audience à laquelle ont eu lieu les débats et le prononcé de la décision, les juges sont obligés d'ordonner la réouverture des débats.

Chapitre 2 – Admissibilité des modes de preuve

Le juge dans sa mission d'administration des preuves doit contribuer à la manifestation de la vérité en assurant le respect des droits et libertés des justiciables. Il doit, à cette fin, conduire un travail délicat de conciliation ne sacrifiant ni l'exigence de liberté, ni les droits substantiels des justiciables et des tiers au litige. Le contrôle du juge porte en la matière sur deux points. Certains éléments de preuve doivent, en raison de leur nature, faire l'objet d'une protection particulière. La réalisation de la justice n'impose pas au justiciable de procéder à toutes les révélations (section 1). Le contrôle du juge porte également sur la manière d'obtenir des preuves. Il s'attache à cet égard à vérifier que, pour faire apparaître la vérité, les procédés employés ont été respectueux des droits des justiciables (section 2).

Section 1 – Encadrement en fonction de la nature des preuves

La manifestation de la vérité rencontre une limite lorsque sont en cause le respect dû à la personne (§ 1) mais également le secret des affaires (§ 2).

§ 1. Respect de la personne

Les personnes ne sauraient, pour n'importe quelle cause judiciaire, subir des atteintes à leur corps (A), avoir à révéler des informations touchant à leur santé (B), supporter des intrusions dans leurs correspondances (C). Cette opposabilité de l'intimité de la vie privée aux demandes de preuve cède parfois devant le droit à la preuve (D).

A. Corps humain

Les progrès de la science, et tout particulièrement de l'analyse ADN, permettent d'avoir accès à des certitudes là où il n'était possible de raisonner que par présomptions. L'utilisation et le maniement de ces moyens de preuve modernes doivent être encadrés pour écarter toute réification de la personne. L'expertise sanguine, strictement

encadrée par la loi, ne doit pas être utilisée à des fins autres que celles auxquelles elle est destinée (1) et suppose un contrôle judiciaire (2).

1. Expertise biologique

a. Expertise biologique et preuve de la filiation

La preuve de la filiation est fondée sur un système de preuve légale reposant principalement sur les actes de l'état civil.

L'établissement non contentieux de la filiation est déterminé par les articles 310-1 et suivants du code civil.

S'agissant de l'établissement contentieux de la filiation, l'article 310-3 dispose *in fine* : « Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action. »

L'expertise biologique occupe, en matière d'établissement ou de contestation de la filiation, paternelle principalement, une place toute particulière (voir, sur ce point, A. Pascal et M. Trapero, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *in Rapport annuel* de la Cour de cassation 2004, p. 101).

Dans son arrêt du 28 mars 2000 (pourvoi n° 98-12.806, *Bull.* 2000, I, n° 103), qui concernait une action en contestation de reconnaissance introduite par la mère, la première chambre a jugé, au visa des articles 339, 311-12 du code civil et de l'article 146 du code de procédure civile, que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ».

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, la Cour avait déjà jugé, s'agissant des actions en recherche de paternité, que la réunion préalable d'indices graves ou de présomptions (ancien article 341 du code civil, abrogé par l'ordonnance susvisée) n'avait pas à être rapportée (1^{re} Civ., 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16.152 ; 1^{re} Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-15.445, *Bull.* 2005, I, n° 251 ; 1^{re} Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 03-16.204, *Bull.* 2006, I, n° 291).

Le principe posé par l'arrêt du 28 mars 2000 susvisé a été étendu aux actions à fins de subsides (1^{re} Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-12.641, *Bull.* 2005, I, n° 253 ; 1^{re} Civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 04-15.981 ; 1^{re} Civ., 9 février 2011, pourvoi n° 09-72.009).

Toutefois, les actions en constatation de possession d'état sont exclues du champ d'application de l'expertise biologique. En effet, l'expertise est impropre à caractériser les éléments constitutifs de la possession d'état (*nomen, tractatus, fama* notamment), qui fondent une filiation sociologique ne reposant sur aucun lien biologique (1^{re} Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 08-20.475, *Bull.* 2011, I, n° 116).

Enfin, c'est à celui qui, principalement, ne souhaite pas se soumettre à l'expertise biologique, de justifier d'un motif légitime.

La Cour a considéré comme motif légitime l'impossibilité matérielle de mettre en œuvre la mesure d'expertise en raison d'une absence de localisation du père présumé et de l'impossibilité, à défaut, de pratiquer l'examen sur un tiers (1^{re} Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-19.582, *Bull.* 2005, I, n° 250 ; 1^{re} Civ., 3 janvier 2006, pourvoi n° 04-14.904).

Elle a aussi considéré que, dès lors qu'une action en contestation de paternité légitime est irrecevable, la demande d'expertise biologique qui l'accompagne l'est également (1^{re} Civ., 14 février 2006, pourvoi n° 03-19.533, *Bull.* 2006, I, n° 78).

L'existence d'une première expertise sanguine qui permet d'établir la paternité à un taux très élevé de probabilité – plus de 99,99 % – est un motif légitime pour ne pas ordonner une nouvelle expertise ADN, celle-ci pouvant être considérée comme inutile, l'examen comparé des sangs présentant le caractère d'une méthode médicale certaine et l'analyse ADN ne permettant pas d'obtenir une certitude de paternité supérieure (1^{re} Civ., 12 juin 2001, pourvoi n° 98-21.796, *Bull.* 2001, I, n° 169; 1^{re} Civ., 6 mai 2003, pourvoi n° 01-15.904).

La Cour a, en revanche, jugé qu'une identité partielle de patrimoine génétique entre deux frères biologiques ne constitue pas, *a priori*, un motif légitime pour ne pas ordonner une expertise biologique, de droit en matière d'action à fins de subsides (1^{re} Civ., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-18.223, *Bull.* 2009, I, n° 159).

S'agissant des expertises *post mortem*, l'article 16-11 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dispose : « Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort. »

Le Conseil constitutionnel, saisi de la conformité de cette disposition avec le droit de mener une vie familiale normale et le respect dû à la vie privée, a jugé que ce texte était conforme à la Constitution, que « le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts » et qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur (Cons. const., 30 septembre 2011, décision n° 2011-173 QPC, M. Louis C. et autres [conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation]).

La Cour, qui a fait une application immédiate de l'article 16-11 aux situations en cours (1^{re} Civ., 2 avril 2008, pourvoi n° 06-10.256, *Bull.* 2008, I, n° 101), a considéré, en cas de décès, que les juges du fond pouvaient caractériser l'existence d'un motif légitime rendant impossible l'expertise biologique (1^{re} Civ., 3 novembre 2004, pourvoi n° 02-11.699; 1^{re} Civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 06-13.872, *Bull.* 2007, I, n° 163).

Celui qui refuse, sans motif légitime, de se soumettre à la mesure d'expertise ordonnée par les juges du fond prend le risque, en dépit de sa résistance, de voir la juridiction reconnaître sa paternité en se fondant sur l'ensemble des autres éléments portés à sa connaissance.

Ces éléments sont souverainement appréciés par les juges du fond qui tirent toutes les conséquences d'un refus de se soumettre à l'expertise ordonnée (1^{re} Civ., 3 janvier 2006, pourvoi n° 03-19.737; 1^{re} Civ., 11 juillet 2006, pourvoi n° 05-17.814, *Bull.* 2006, I, n° 385; 1^{re} Civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 04-15.981), ce refus étant considéré comme un indice supplémentaire venant s'ajouter à ceux déjà réunis au cours de la procédure (1^{re} Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 03-16.204, *Bull.* 2006, I, n° 291; 1^{re} Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10.936).

b. Expertise biologique et preuve de l'adultère

L'expertise biologique est, en matière de filiation, un mode de preuve déterminant, mais peut-elle être aussi utilisée au cours d'un divorce pour faute pour venir au soutien d'un grief d'infidélité formé à l'encontre d'un époux ou plus exactement l'analyse sanguine peut-elle constituer une preuve de l'adultère ?

Si l'expertise génétique est strictement encadrée par l'article 16-11 du code civil qui la cantonne notamment à « l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation », ou à l'« obtention ou la suppression de subsides » et la subordonne à une décision judiciaire, l'analyse sanguine n'est soumise quant à elle à aucune contrainte. Dans un arrêt du 28 février 2006 (pourvoi n° 04-12.736, *Bull.* 2006, I, n° 113), la première chambre civile a jugé qu'une cour d'appel peut retenir, comme élément de preuve du grief d'infidélité invoqué à l'encontre de l'épouse, les examens sanguins produits par le mari démontrant son impossibilité biologique d'être le père de deux enfants communs. Dans cette espèce qui opposait deux conjoints exerçant la même profession de médecin, le mari avait découvert, à l'occasion d'une opération effectuée sur l'un des enfants du couple, que celui-ci avait un groupe sanguin incompatible avec le sien ; une analyse sanguine effectuée sur sa dernière fille permettait aussi d'exclure sa filiation. Aucune expertise biologique n'avait été effectuée, mais la détermination des groupes sanguins des enfants, examen banal, non confidentiel, et obtenu sans fraude, conduisait à exclure la paternité de l'époux à leur égard.

Ces éléments pouvaient-ils être utilisés au cours d'une procédure de divorce pour mettre en évidence l'infidélité de l'épouse ?

Le législateur a expressément interdit certains modes de preuve en matière de divorce et notamment les témoignages des descendants des époux (article 205 du code de procédure civile et article 259 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce), les éléments de preuve obtenus par violence ou fraude (article 259-1 modifié par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004), les constats ayant donné lieu à une violation de domicile ou à une atteinte illicite à l'intimité de la vie privée (article 259-2 du code civil), les éléments contenus dans une enquête sociale (article 373-2-12 du code civil).

Pour prendre en considération, dans une procédure de divorce, un examen sanguin, la première chambre de la Cour, dans son arrêt du 28 février 2006 précité, a raisonné comme suit :

- en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens, l'article 259 du code civil disposant en effet « Les faits invoqués en tant que causes du divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu » ; aussi l'analyse sanguine peut-elle être admise comme preuve de l'adultère ;
- la prise en considération d'un examen sanguin au cours d'une procédure de divorce ne remet pas en cause la filiation des enfants, il convient de dissocier l'action en divorce de celle relative à la filiation. Dans un arrêt ancien (2^e Civ., 19 mars 1965, pourvoi n° 63-12.717, *Bull.* 1965, II, n° 293), la Cour avait déjà dissocié l'action en établissement d'une filiation de la simple constatation d'un adultère dans une procédure de divorce ;
- enfin, s'agissant de la force probante de l'analyse sanguine, celle-ci constitue un des éléments de preuve appréciés souverainement par les juges du fond venant au soutien du grief d'infidélité.

2. Irrecevabilité de l'expertise biologique pratiquée en dehors du contrôle du juge

La première chambre (1^{re} Civ., 29 février 2012, pourvoi n° 11-12.460), dans une espèce atypique, a affirmé d'une part l'impossibilité de prendre en considération une expertise ADN réalisée à l'étranger en méconnaissance de l'article 16-11 du code civil, d'autre part l'obligation faite au juge de régler le conflit de filiation dont il est saisi.

La spécificité de l'espèce tenait au fait que, dans l'action en recherche de paternité naturelle engagée par la mère de l'enfant, le père présumé avait spontanément reconnu, chose assez rare, sa paternité, tout en déclarant être prêt à se soumettre, si nécessaire, à une expertise biologique. Les premiers juges, se contentant de cet aveu et considérant que l'expertise biologique n'était pas utile, l'avaient déclaré père de l'enfant. Cependant, dans le délai d'appel, apprenant qu'une analyse ADN réalisée en Espagne excluait sa paternité, il avait interjeté appel du jugement, se fondant sur l'analyse réalisée à l'étranger, ainsi que sur la reconnaissance effectuée par la personne identifiée dans cette analyse comme étant le véritable père de l'enfant, sans demander pour sa part qu'une analyse biologique soit effectuée sur sa personne en application de l'article 16-11 du code civil.

La cour d'appel, au vu de ces éléments, a confirmé la décision entreprise, au seul motif que la comparaison d'empreintes génétiques réalisée à l'étranger en méconnaissance de l'article 16-11 du code civil ne pouvait fonder l'annulation de la première reconnaissance.

La première chambre a cassé, au visa de l'article 455 du code de procédure civile, cet arrêt et jugé « qu'en statuant ainsi, quand était également produit l'acte de reconnaissance de l'enfant par la personne identifiée comme le père de celui-ci par le test génétique litigieux, la cour d'appel, à laquelle il incombait de trancher ce conflit de filiation, s'est déterminée par des motifs inopérants en méconnaissance des exigences du texte susvisé ».

Il convient de se demander pourquoi l'auteur de la première reconnaissance n'a pas sollicité devant la cour d'appel d'expertise génétique et pourquoi la cour d'appel ne l'a pas ordonnée d'office. Le simple fait d'écarter l'analyse litigieuse réalisée à l'étranger ne suffit pas à régler le conflit de filiation.

B. Santé

Les compagnies d'assurance peuvent avoir besoin d'accéder à des informations relatives à la vie privée de l'assuré, et en particulier à son état de santé, pour déjouer les tentatives de fraude. Dans le domaine de l'assurance couvrant les risques de décès, d'incapacité ou d'invalidité consécutifs à une maladie ou un accident, la preuve de la dissimulation d'antécédents médicaux dans les réponses apportées au questionnaire de santé ne peut en pratique être rapportée par l'assureur qu'en obtenant certaines données médicales afférentes à l'état de santé de l'assuré au moment de la souscription du contrat. Se pose alors la question de savoir comment concilier le droit à la preuve, dont peut se prévaloir l'assureur qui invoque la déloyauté de son cocontractant, et le principe de la confidentialité des données médicales, rappelé par l'article L. 1110-4 du code de la santé publique qui énonce que « toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à

la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant».

Après avoir admis la production par l'assureur d'un certificat médical obtenu sans l'autorisation de l'assuré en relevant que l'invocation du secret médical par ce dernier ne tendait pas à protéger un intérêt légitime, mais à faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions (1^{re} Civ., 9 juin 1993, pourvoi n° 91-16.067, *Bull.* 1993, I, n° 214), la jurisprudence a évolué dans le sens d'un plus grand respect de la confidentialité des données de santé. Il a ainsi été jugé que le médecin-conseil d'une compagnie d'assurances ne pouvait révéler à celle-ci des renseignements qu'il avait reçus du médecin traitant de l'assuré et que la pièce contenant ces informations devait être écartée des débats (1^{re} Civ., 6 janvier 1998, pourvoi n° 95-19.902, *Bull.* 1998, I, n° 3 ; 1^{re} Civ., 12 janvier 1999, pourvoi n° 96-20.580, *Bull.* 1999, I, n° 18). Il est ainsi nécessaire, pour que les documents médicaux relatifs à l'état de santé de l'assuré soient admissibles à titre de preuve, que ce dernier ait donné son accord à leur divulgation et renoncé au bénéfice du secret médical. La Cour de cassation admet en effet que le patient puisse délier le médecin de l'obligation de confidentialité qui pèse sur lui. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel qui, après avoir constaté qu'il avait remis volontairement aux médecins-conseils de l'assureur des documents médicaux, avait énoncé que l'assuré, tenu de respecter les obligations mises à sa charge par le contrat d'assurance, et en vertu desquelles il s'était engagé à déclarer toutes les circonstances connues de lui de nature à permettre à l'assureur d'apprécier les risques qu'il prenait, avait implicitement, mais nécessairement renoncé à se prévaloir du secret médical (1^{re} Civ., 3 janvier 1991, pourvoi n° 89-13.808). En revanche, face au refus de l'assuré d'autoriser la divulgation des données médicales confidentielles le concernant, l'assureur n'a d'autre recours que de saisir le juge pour qu'il ordonne une expertise judiciaire (1^{re} Civ., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-21.581, *Bull.* 2000, I, n° 87). La Cour de cassation a d'abord admis que l'expert désigné puisse avoir accès au dossier médical du patient sans restriction (même arrêt), précisant seulement qu'il appartenait au juge de prescrire des mesures efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades (1^{re} Civ., 18 mars 1997, pourvoi n° 95-12.576, *Bull.* 1997, I, n° 99). La jurisprudence a ensuite évolué dans le sens d'un meilleur équilibre entre confidentialité des informations de santé et droit à la preuve. La Cour de cassation a ainsi décidé que « si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés ; qu'il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance » (1^{re} Civ., 15 juin 2004, pourvoi n° 01-02.338, *Bull.* 2004, I, n° 171 ; 1^{re} Civ., 7 décembre 2004, pourvoi n° 02-12.539, *Bull.* 2004, I, n° 306 ; voir aussi 1^{re} Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-12.742, *Bull.* 2009, I, n° 128).

Le recueil par l'expert d'informations médicales confidentielles trouve ainsi sa limite dans l'accord de la personne concernée, mais le juge du fond, auquel il appartient d'apprécier la légitimité du refus, pourra, s'il apparaît que celui-ci n'est dicté que par le souci de faire écarter un élément de preuve, en tirer toutes conséquences, notamment en ce qui concerne l'appréciation de l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. La deuxième chambre a précisé que le juge, pour apprécier

la légitimité de l'opposition de l'assuré, pouvait avoir recours à une mesure d'instruction (2^e Civ., 2 juin 2005, pourvoi n° 04-13.509, *Bull.* 2005, II, n° 142). Cet arrêt a été rendu dans une espèce où l'assureur, exposant être en possession d'éléments de preuve qu'il ne pouvait produire en raison du secret médical, avait sollicité une mesure d'expertise pour établir que l'affection de son adhérent était due à son éthylisme et comme telle exclue de la garantie. La décision des premiers juges refusant d'ordonner cette mesure d'instruction au seul motif qu'il n'était justifié d'aucun commencement de preuve est censurée au visa des articles L. 1110-4 du code de la santé publique et 4 du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale devenu l'article R. 4127-4 du code de la santé publique, dès lors que l'assureur ne pouvait produire un document couvert par le secret médical intéressant le litige qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce secret et qu'il appartenait au juge, en cas de difficulté, d'apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si l'opposition de l'assuré tendait à faire respecter un intérêt légitime. Précisons que l'expert ainsi désigné, s'il se heurte à une nouvelle opposition de l'assuré, ne pourra passer outre, mais que cet élément de fait pourra être pris en considération dans l'appréciation de la légitimité du refus de l'assuré.

C. Correspondances

Aux échanges épistolaires classiques, faits d'encre et de papier, succèdent désormais les SMS (*Short Message Service*) et courriels. S'est dès lors rapidement posée la question consistant à déterminer si la protection due aux correspondances papier devait s'étendre à ces nouveaux moyens de communication.

1. SMS et divorce

Le principe de l'inviolabilité des correspondances et du droit au respect de la vie privée connaît, en matière de divorce, un tempérament; exiger le double consentement de l'auteur d'une lettre et de son destinataire afin de la produire en justice rendrait manifestement difficile la preuve de l'adultère, aussi, la Cour a-t-elle admis, de longue date (Cass. Civ., 13 juillet 1897, *S.* 1898, 1, 220; plus récemment, 2^e Civ., 29 janvier 1997, pourvoi n° 95-15.255, *Bull.* 1997, II, n° 28), que les courriers entre époux ou entre un époux et un tiers puissent être produits lors de la procédure de divorce sans égard à leur caractère confidentiel.

La seule limite à cette production est posée par l'article 259-1 du code civil : « Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude. »

Le législateur, prenant en considération ces nouvelles technologies, a précisé, dans l'article 1316-1 du code civil, que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve, au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité » et, dans un article 1316-3 du même code : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

Cette équivalence étant posée, le régime applicable aux messages électroniques devrait donc suivre celui des lettres missives.

La première chambre de la Cour s'est prononcée sur l'admissibilité des courriels et SMS au cours d'une procédure de divorce dans plusieurs arrêts :

– dans un arrêt du 18 mai 2005 (1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-13.745, *Bull.* 2005, I, n° 213), elle a jugé qu'une cour d'appel qui retient, en appréciant souverainement les éléments de preuve fournis, que des relations injurieuses pour le mari entretenues par l'épouse avec un tiers sont établies par des courriels et par un rapport d'enquête privé, en déduit justement, en l'absence de preuve de violence ou de fraude, que des violations graves et renouvelées des obligations du mariage sont démontrées.

– dans un arrêt du 17 juin 2009 (1^{re} Civ., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-21.796, *Bull.* 2009, I, n° 132), la première chambre a jugé qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens et le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude. Dès lors, viole les articles 259 et 259-1 du code civil une cour d'appel qui écarte des débats des minimessages, dits « SMS », reçus sur le téléphone portable professionnel d'un époux, sans constater que ces messages ont été obtenus par violence ou fraude.

La cour d'appel avait retenu, dans cette affaire, que le grief d'adultère n'était pas « loyalement établi » et qu'il y avait lieu d'écarter des débats le procès-verbal de constat de l'huissier retranscrivant les SMS. Les juges d'appel ont considéré que les courriers électroniques adressés par le biais d'un téléphone portable sous forme de courts messages relevaient de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers personnels à l'insu de leur destinataire constituait une atteinte grave à l'intimité de la personne et ce d'autant que l'officier ministériel qui les avait retranscrits sur procès-verbal n'avait pas été autorisé par décision de justice à procéder à la lecture du contenu de l'appareil téléphonique.

La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa des articles 259 et 259-1 du code civil au motif que la cour d'appel a écarté les minimessages sans constater qu'ils avaient été obtenus par violence ou fraude. Elle rappelle le principe de liberté de la preuve s'agissant de l'appréciation de faits juridiques, et pose comme limite à ce principe la loyauté de la preuve, l'obtention de l'élément de preuve ne pouvant résulter de fraude ou de violence. Il appartient enfin à celui qui se dit victime d'une production frauduleuse et non à celui qui s'en prévaut d'en rapporter la preuve. En l'espèce, l'épouse avait opportunément trouvé le téléphone portable professionnel que son mari avait égaré.

Publié au *Rapport annuel* 2009 (p. 316), l'arrêt du 17 juin 2009 susvisé était accompagné du commentaire suivant : « [...] il est admis depuis longtemps que le secret des correspondances cède en matière de divorce devant la nécessité de prouver des faits qui, par leur nature même, sont souvent intimes. Des lettres peuvent être produites pour prouver les fautes, et notamment l'adultère, en matière de divorce à la condition que ces lettres aient été obtenues sans violence ni fraude (2^e Civ., 28 mars 1973, pourvoi n° 72-10.380, *Bull.* 1973, II, n° 115 ; 2^e Civ., 26 novembre 1975, pourvoi n° 74-13.034, *Bull.* 1975, II, n° 314 ; 2^e Civ., 29 janvier 1997, pourvoi n° 95-15.255, *Bull.* 1997, II, n° 28). [...] La première chambre civile avait déjà étendu sa jurisprudence sur les lettres mises aux courriers électroniques ou courriels échangés entre un conjoint et un tiers et avait admis, dans un arrêt récent, que des relations injurieuses puissent être établies par des "emails" échangés entre une épouse et un tiers, en l'absence de preuve de violence

ou de fraude dans l'obtention de ces éléments de preuve (1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-13.745, *Bull.* 2005, I, n° 213)» ;

– enfin, par un arrêt du 26 octobre 2011 (1^{re} Civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-27.872), la première chambre a complété ses décisions antérieures sur l'admission de courriels venant au soutien des procédures de divorce pour faute et, donnant des précisions sur les modalités d'accès, sans fraude, à l'ordinateur, a jugé : « Attendu qu'ayant retenu que les courriels versés aux débats par M. Y... se trouvaient sur l'ordinateur personnel de celui-ci et qu'aucune protection n'était mise en place pour minimiser leur accès, la cour d'appel, qui a repris ces éléments contenus dans les conclusions mêmes de Mme X..., en a souverainement déduit qu'ils n'avaient pas été obtenus par fraude. »

2. Accès à la messagerie du salarié

Le caractère privé de l'utilisation par le salarié des nouvelles technologies mises à sa disposition pour son travail peut avoir une double incidence, sur la possibilité pour l'employeur de prendre connaissance du contenu de ces nouveaux supports, et de l'utiliser à l'encontre du salarié.

S'agissant dans un premier temps de l'ouverture des fichiers et messages informatiques, le salarié étant présumé n'utiliser son ordinateur professionnel que pour les besoins de son travail (présomption de bonne foi), la chambre sociale a considéré que cet ordinateur professionnel n'était pas *a priori* un espace de vie privée, mais un outil appartenant à l'entreprise que l'employeur devait donc pouvoir ouvrir et contrôler en l'absence de son détenteur à l'occasion notamment de la recherche spécifique d'un dossier précis, mais aussi de façon récurrente ou impromptue, dans le cadre de son pouvoir de contrôle de l'activité des salariés, compte tenu des risques qu'une éventuelle utilisation détournée faisait courir à l'intégrité du réseau électronique de l'entreprise comme à son image sociale. Toutefois elle a aussi pris en compte dès ce premier stade la nécessaire protection des droits du salarié et notamment celle du droit au respect de l'intimité de sa vie privée comprise dans l'article L. 1121-1 du code du travail, consciente, comme l'avait mis en lumière le professeur Gérard Lyon-Caen, que « même dans la vie professionnelle, et parce que le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail (manuelle, intellectuelle), mais non sa personne, subsiste un noyau d'autonomie sur lequel la direction n'a pas de prise » (*Les Libertés publiques et l'emploi. Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*, La documentation française, 1992, § 169, p. 156).

C'est donc d'abord sur le terrain, préalable à la sanction, de la preuve, que s'est placée la chambre sociale pour écarter ou encadrer certains modes de preuve d'une faute du salarié mettant en jeu le respect de la vie privée, au visa des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, L. 1121-1 du code du travail, et de l'article 9 du code de procédure civile qui consacre la loyauté des preuves ou des procédés de preuve, voire, le cas échéant, du principe du secret des correspondances, sanctionné pénalement par l'article 226-15 du code pénal.

La chambre sociale a ainsi en premier lieu décidé que « sauf risque ou événement particulier », l'employeur ne peut ouvrir qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé les fichiers qu'il a identifiés comme personnels (Soc., 17 mai 2005, pourvoi n° 03-40.017, *Bull.* 2005, V, n° 165), y compris les messages électroniques (Soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-40.274, *Bull.* 2009, V, n° 153), restreignant ainsi la portée de son

arrêt «Nikon» du 2 octobre 2001 (Soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, *Bull.* 2001, V, n° 291), et autorisé la désignation d'un huissier de justice chargé, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, de contrôler le contenu de l'ordinateur professionnel s'il existe des raisons légitimes et sérieuses d'ordonner cette mesure (Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, *Bull.* 2008, V, n° 129).

Puis elle a posé successivement une présomption du caractère professionnel des fichiers électroniques (Soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.025, *Bull.* 2006, V, n° 308 : «les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence»; Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-43.455) et des connexions électroniques internet (Soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.800, *Bull.* 2008, V, n° 150 : «les connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence»; Soc., 9 février 2010, pourvoi n° 08-45.253) et enfin, des courriels (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-42.486 : «les courriels adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels»; Soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-26.782; Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-14.022), comme la Cour l'avait fait pour les courriers papier (Ch. mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 3 : «Le pli litigieux [étant] arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel [...] cet envoi avait pu être considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, [et] la cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite», repris par Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-12.330 et Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-22.972).

Notons toutefois que le règlement intérieur peut poser des règles de consultation de la messagerie électronique des salariés plus contraignantes (présence obligatoire du salarié concerné) que l'employeur doit alors respecter, sauf à se voir opposer le caractère illicite de la preuve obtenue en infraction avec ses dispositions (Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-15.310, *Bull.* 2012, V, n° 196).

Enfin, complétant sa construction jurisprudentielle, la chambre a indiqué que l'identification par le salarié d'un fichier comme personnel devait résulter de son intitulé et non de son contenu (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, *Bull.* 2009, V, n° 284), précisant que les initiales (Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 07-43.877, *Bull.* 2009, V, n° 226) ou le prénom du salarié (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.840) n'identifiaient pas un fichier comme personnel, pas plus que la dénomination «données personnelles» donnée au disque dur ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-12.502).

Elle a ensuite précisé que si le contenu des courriels ne pouvait être pris en considération pour empêcher l'ouverture de la messagerie professionnelle, il pouvait l'être pour entraver le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Car c'est aussi dans une deuxième étape des événements et du raisonnement, une fois ouvert (licitement) le fichier du salarié, que se pose le problème de savoir si son contenu est susceptible d'être produit à l'encontre du salarié, en conciliant droit du salarié à une vie personnelle, même aux temps et lieu du travail, et intérêt de l'entreprise. Le caractère personnel du contenu du fichier réapparaît donc à ce deuxième stade, puisque, selon la jurisprudence sociale, l'employeur ne peut reprocher au salarié un fait de vie personnelle qui ne saurait constituer une faute disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement à une obligation contractuelle (Soc., 21 octobre 2003, pourvoi n° 00-45.291, *Bull.* 2003, V, n° 259; Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-45.256, *Bull.* 2009, V, n° 160). Et peut être considéré comme relevant de la vie privée du salarié non seulement un fait commis en dehors du travail, mais même un fait survenu au temps et au lieu du travail, comme la réception d'une correspondance privée, sur le contenu de laquelle l'employeur ne peut se fonder pour sanctionner son destinataire (Ch. mixte, 18 mai 2007, précité : revue destinée à des couples échangistes).

Ainsi, même si l'employeur a le droit d'ouvrir un fichier présumé professionnel, il ne peut utiliser contre le salarié un fichier se révélant finalement comme relevant de sa vie personnelle : parce qu'il est reconnu au salarié un espace de vie personnelle même dans l'entreprise, la chambre sociale juge que : « le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée; [...] si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée » (Soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 10-17.284 : licenciement pour faute grave pour correspondance érotique; Soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-25.706 : correspondance amoureuse produite contre une demande de requalification de la démission et d'heures supplémentaires).

En revanche, la chambre sociale a récemment rappelé (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, *Bull.* 2009, V, n° 284) que le respect de la vie privée et le secret des correspondances ne s'attachaient pas à des correspondances adressées par le salarié de son lieu de travail ne concernant pas sa vie privée *stricto sensu*, au sens où l'entend la jurisprudence civile (1^{re} Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-11.810, *Bull.* 2008, I, n° 225), c'est-à-dire concernant sa santé, son patrimoine ou sa vie affective. Elle a ainsi précisé dans plusieurs arrêts du 2 février 2011 (pourvoi n° 09-72.313, pourvoi n° 09-72.449 et pourvoi n° 09-72.450) que des courriels envoyés aux temps et lieu du travail en rapport avec l'activité professionnelle du salarié n'avaient aucun caractère privé, fussent-ils adressés à une personne extérieure à l'entreprise comme son conjoint. Elle l'a jugé également (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-16.995) pour un message laissé sur le téléphone portable professionnel d'une collègue.

Enfin, il existe un troisième niveau de protection de la vie privée du salarié, mais qui dépasse le problème de la preuve, dans l'appréciation de l'existence ou non d'une faute, voire d'une faute grave, du fait de l'utilisation « détournée » de son ordinateur, qui doit correspondre à un abus en raison, soit de modalités d'utilisation excessives (Soc., 18 mars 2009, pourvoi n° 07-44.247), soit du contenu de l'utilisation [violation d'une obligation légale : utilisation de la messagerie pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique, agissements susceptibles pour certains de revêtir une qualification pénale (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-42.691), ou

contractuelle : concurrence déloyale ou dénigrement (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, *Bull.* 2009, V, n° 284)].

En revanche, si l'appareil utilisé par le salarié, même aux temps et lieu du travail, lui est personnel, l'employeur ne peut procéder à l'écoute des enregistrements réalisés en l'absence de l'intéressé ou sans qu'il ait été dûment appelé (Soc., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-23.521, *Bull.* 2012, V, n° 156 : il s'agissait d'un dictaphone).

Dans un cas d'espèce différent où c'était le salarié qui opposait à l'employeur des enregistrements litigieux, la chambre sociale a jugé que « si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur » (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, *Bull.* 2007, V, n° 85).

D. Tempérament du « droit à la preuve »

Toute preuve recueillie à l'insu d'une personne dont elle bouscule sérieusement les prétentions – quand elle n'établit pas leur inanité – est-elle pour autant empreinte d'une déloyauté la rendant irrecevable ?

La réponse affirmative est acquise, au civil, lorsqu'il s'agit du contenu d'une communication téléphonique enregistrée sans que l'auteur des propos tenus l'ait su, afin, par cette violation du secret légal de cette correspondance, de produire en justice les paroles précises des personnes ainsi écoutées et identifiées (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.316, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1).

Toutefois, notamment lorsqu'il s'agit de litiges affectant l'intimité de la personne physique ou de ses relations à autrui, familiales, amicales, ou « autres », la preuve d'un fait se heurtera pratiquement toujours au secret de la vie privée ou au droit de chacun sur son image, l'irrecevabilité de la preuve par production de la lettre, même trouvée ouverte, ou de la photographie prise au téléobjectif conduisant alors au déni de justice, au « *summum jus, summa injuria* ». C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme, soucieuse de promouvoir des droits effectifs et concrets, a commencé d'opposer à cette situation un « droit à la preuve », déduit du droit au juge et au procès équitable.

Pour consacrer, donc, « le droit à la preuve », la voie évolutive ouverte par la Cour de Strasbourg consiste à aborder la recevabilité d'un mode *a priori* inadmissible ou suspect à travers le prisme d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle, dès lors que, dans cette mise en balance, l'atteinte au secret paraît moindre, et constituer le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond (CEDH, 10 octobre 2006, L. L. c. France, requête n° 7508/02 ; CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T. A. c. Belgique, requête n° 65097/01).

La Cour de cassation (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, *Bull.* 2007, IV, n° 130), et singulièrement la première chambre civile, a mis en œuvre ce principe jurisprudentiel (1^{re} Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778, *Bull.* 2008, I, n° 230 : cassation pour avoir admis la production de la lettre du père de la partie adverse et touchant à la vie privée de celle-ci, sans que les juges aient caractérisé la nécessité de cette pièce quant aux besoins de la défense et la proportionnalité au but recherché ; 1^{re} Civ.,

5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, *Bull.* 2012, I, n° 85 : cassation pour avoir écarté une lettre fortuitement trouvée par le fils héritier dans les papiers de ses parents défunts, affectant incontestablement leur vie patrimoniale et celle d'un autre enfant, mais de nature à remettre en question le partage successoral vers lequel les parties s'acheminaient, sans que la cour d'appel se soit demandé si le recours à cette pièce n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionné aux intérêts antinomiques en présence). Toutefois, l'interrogation sur l'exigence du « seul moyen » a pu être éludée lorsque le fait qui en résultait, décisif pour la suite à donner à l'action en justice, n'apportait au secret de la vie privée qu'une atteinte anodine (1^{re} Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-11.810, *Bull.* 2008, I, n° 225 : admission validée de la production de relevés de prestations sociales parvenus au bureau de la personne et établissant son activité professionnelle malgré son théorique arrêt-maladie, dès lors qu'ils ne comportaient aucune indication sur les maux dont l'intéressée souffrait ni sur l'état financier de ses comptes ; 1^{re} Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476, *Bull.* 2012, I, n° 224 : admissibilité de la filature filmée, menée pendant deux jours par huissier de justice sur la voie publique, à la demande d'une compagnie d'assurance assignée en référé-provision, soucieuse de ses intérêts patrimoniaux et de ceux des autres assurés, et montrant le demandeur – contrairement aux constatations préalables de l'expert judiciaire le disant en totale perte d'autonomie et en besoin d'une assistance continue – se déplaçant seul sur la voie publique, sans aucune provocation à s'y rendre, qu'il s'agisse de conduire sa voiture, de se promener, ou de se livrer à diverses emplettes).

§ 2. Secret des affaires

Le droit français ne définit pas la notion de secret des affaires, contrairement à certains pays européens ou à la procédure communautaire devant la Commission, notamment, en matière de concurrence ou d'examen d'aides d'État, pour laquelle les secrets des affaires, dont la protection constitue un principe général (CJCE, 24 juin 1986, *Akzo Chimie c. Commission*, n° 53/85, point 28), ont été définis comme « des informations dont non seulement la divulgation au public, mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci » (TPICE, 18 septembre 1996, *Postbank c. Commission*, n° T-353/94, point 87), qui sont protégés, lorsqu'ils ne sont « connus que par un nombre restreint de personnes » et lorsque les « intérêts susceptibles d'être lésés par la divulgation de l'information [sont] objectivement dignes de protection » (TPICE, 8 novembre 2011, *Idromacchine e. a. c. Commission*, n° T-88/09, point 45).

À l'exception de la protection que peut offrir, sous réserve des traités et accords internationaux, aux ressortissants et résidents français à l'égard des autorités étrangères, la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, dite « loi de blocage » (sur son efficacité à l'étranger, voir *Rapport n° 4159 de B. Carayon, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 3985) de B. Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires*, enregistré à l'Assemblée nationale le 11 janvier 2012, p. 22 et s.), qui n'a donné lieu qu'à de rares arrêts de la Cour de cassation (2^e Civ., 20 novembre 2003, pourvoi n° 01-15.633 ; Crim., 12 décembre 2007, pourvoi n° 07-83.228, *Bull. crim.* 2007, n° 309), le secret des

affaires ne bénéficie pas, en tant que tel, d'une protection, mais de manière ponctuelle, par application de textes particuliers.

Afin de protéger de manière plus homogène ce secret qui relève du patrimoine informationnel de l'entreprise et dont dépend sa sécurité économique, comme le prévoit d'ailleurs l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) du 15 avril 1994, plusieurs propositions de loi ont été déposées, dont celle de Bernard Carayon précitée visant à sanctionner la violation du secret des affaires, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012.

Dans l'exercice de leurs droits et obligations en matière probatoire, prévus par les articles 10 du code civil, 9 à 11 ainsi que 145 du code de procédure civile, les parties, le juge et même le tiers, étranger à la procédure, à qui il est ordonné de produire des pièces (2^e Civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-20.048, *Bull.* 2011, II, n° 118), peuvent se trouver confrontés à un secret des affaires, lequel bénéficie d'une protection variable, ne rendant pas toujours admissible un élément de preuve y portant atteinte. À côté de l'application du droit commun des règles de preuve, a été aménagé un dispositif original des règles de preuve en matière de pratiques anticoncurrentielles.

A. Confrontation entre protection du secret des affaires et application des règles de preuve

Selon que le secret des affaires est, ou non, légalement protégé, un élément de preuve le concernant ne sera pas, ou sera, admissible.

1. Secrets des affaires non légalement protégés

En principe, est admissible un élément de preuve concernant un secret des affaires non légalement protégé. Ainsi, la Cour de cassation juge que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » (2^e Civ., 7 janvier 1999, pourvoi n° 95-21.934, *Bull.* 1999, II, n° 4; 2^e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 05-14.198, *Bull.* 2006, II, n° 44). L'appréciation de la légitimité dudit motif relève du pouvoir souverain des juges du fond, lesquels doivent caractériser l'existence du motif légitime (voir les arrêts cités, même partie, titre 1, chapitre 1, section 1, § 1, B, 1). Par contre, la protection du secret des affaires sera assurée lorsque, dans la balance des intérêts en présence, les juges excluront l'existence d'un motif légitime à la mesure d'instruction. Ainsi, ne fait qu'exercer son pouvoir souverain d'appréciation de l'absence de motif légitime de nature à justifier la mesure d'instruction, la cour d'appel qui, après avoir relevé que l'expertise sollicitée mettrait inmanquablement le demandeur en possession des secrets de fabrication de la partie adverse, retient que rien ne laisse supposer que les accords n'avaient pas été respectés jusqu'à la date de leur expiration (2^e Civ., 14 mars 1984, pourvoi n° 82-16.076, *Bull.* 1984, II, n° 49).

Toutefois, une protection contre une atteinte excessive au secret des affaires est assurée en ce sens que les mesures d'instruction légalement admissibles, qui sont celles prévues par les articles 232 à 284-1 du code de procédure civile (2^e Civ., 8 février 2006, pourvoi n° 05-14.198, *Bull.* 2006, II, n° 44), doivent être limitées dans leur objet et

dans le temps, ce qui permet d'éviter une atteinte excessive ou non légitime au secret des affaires. Tel est bien le cas de mesures portant sur la saisie, en copie, de correspondances et documents échangés entre des sociétés, limitée à la recherche d'informations concernant l'échec d'un accord précis et les seules relations entre deux sociétés pendant une période précise (2^e Civ., 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.841), sur des documents précis à propos desquels il existait de fortes suspicions de concurrence déloyale, pour lesquels le juge avait pris le soin de mettre en place des mesures tendant à garantir que seules les copies des pièces utiles à la solution du litige et directement liées à lui puissent être communiquées (2^e Civ., 23 juin 2011, pourvoi n° 10-18.540).

De plus, ces mesures doivent être strictement nécessaires. Tel est le cas de la mesure autorisant des huissiers de justice à prendre copie de documents et à cloner les disques durs des ordinateurs personnels et sociaux des dirigeants d'une société, dès lors que cette mesure était circonscrite à la recherche de documents relatifs à une franchise, la cession d'un fonds de commerce et de titres d'une société, où le clonage des disques informatiques, ordonné pour préserver les disques durs de risques de destruction de documents lors de la recherche des documents effacés, avait été organisé sous le contrôle des huissiers de justice, avec l'assistance d'experts en informatique, sans possibilité de divulgation à la requérante, et où il avait été rappelé que toute retranscription relative à la vie privée des intéressés était interdite (Com., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.253). En effet, si la protection du secret des affaires l'impose, la mesure d'instruction sollicitée peut être aménagée (Com., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.225).

Au contraire, excèdent de telles limites les mesures autorisant un huissier de justice à se rendre dans les locaux d'une société suspectée d'actes de concurrence déloyale et de détournement de clientèle et à se saisir de tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement, permettant ainsi à l'huissier de justice de fouiller à son gré les locaux de la société, sans avoir préalablement sollicité la remise spontanée des documents concernés et obtenu le consentement du requis (2^e Civ., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-17.229, *Bull.* 2012, II, n° 89), comme cela est le cas d'une mesure générale d'investigation portant sur l'ensemble de l'activité d'une société et tendant à apprécier cette activité et à la comparer avec celle de sociétés ayant le même objet (2^e Civ., 7 janvier 1999, pourvoi n° 97-10.831, *Bull.* 1999, II, n° 3).

Il est enfin intéressant de préciser que le fait d'avoir obtenu, au détriment du secret des affaires, par le biais d'une mesure d'instruction, des documents concernant une société concurrente, ne constitue pas une faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice (Com., 27 avril 2011, pourvoi n° 10-16.618).

2. Secrets des affaires légalement protégés

Certains secrets des affaires bénéficient d'une protection spécifique, assurée notamment par leur qualification de secret professionnel, dont la violation est pénalement incriminée et sanctionnée par les articles 226-13 et 226-14 du code pénal. Un élément de preuve y portant atteinte n'est, en principe, pas admissible. Le secret des correspondances des avocats et le secret bancaire constituent des exemples de secret des affaires dont la Cour de cassation est régulièrement saisie.

a. Secret des correspondances des avocats

Avant la loi n° 97-308 du 7 avril 1997 modifiant les articles 54, 62, 63 et 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, la confidentialité des correspondances entre avocats ne faisait l'objet d'aucune disposition législative ou réglementaire et ne s'imposait pas au juge qui pouvait recevoir en preuve une telle correspondance. L'article 66-5, plusieurs fois modifié depuis, énonce désormais, dans son alinéa 1^{er}, qu'« en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ». Ses alinéas suivants régissent les cas particuliers de la fiducie et de certains contrats mentionnés par le code des sports. L'article 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat impose à l'avocat le respect du secret professionnel.

Ainsi, à moins qu'il ne s'agisse d'une « lettre officielle » (1^{re} Civ., 31 janvier 2008, pourvoi n° 07-12.062, *Bull.* 2008, I, n° 32 ; 3^e Civ., 9 mai 2012, pourvoi n° 11-15.161, *Bull.* 2012, III, n° 74), toutes correspondances échangées entre avocats (1^{re} Civ., 27 septembre 2005, pourvoi n° 03-18.943) ou entre un avocat et son client (Com., 14 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.347) produites devant les juridictions, sans l'accord du client protégé par ce secret, doivent être écartées des débats, même si la lettre a été communiquée par le client destinataire à un tiers (1^{re} Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.854, *Bull.* 2010, I, n° 4). Le juge peut d'ailleurs les écarter d'office des débats, sans être tenu de solliciter les observations des parties (Com., 18 septembre 2012, pourvoi n° 11-21.898). Par contre, une lecture stricte de l'article 66-5 de la loi précitée impose d'exclure d'une telle protection les correspondances échangées entre l'avocat et l'expert-comptable de son client (Com., 15 juin 2010, pourvoi n° 09-66.688) et celles adressées directement par une partie à l'avocat de son adversaire (1^{re} Civ., 31 janvier 2008, pourvoi n° 06-14.303), mais d'en faire bénéficier « en toute matière » les correspondances des avocats, tels les courriels à l'en-tête d'un cabinet d'avocat, pourvus d'un avis de confidentialité, qui se rattachent à des activités, non de défense, mais de gestion relatives à la domiciliation des installations de son client à l'étranger, à son raccordement téléphonique, à l'établissement de son bilan, aux retards de paiement de l'impôt à l'étranger et au paiement des honoraires du commissaire aux comptes, qui auraient pu être exercées par un autre mandataire non protégé (Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-14.008, *Bull.* 2012, IV, n° 87).

Toutefois, toutes les correspondances « non officielles » entre avocats ou entre un avocat et son client ne sont pas protégées par ce secret professionnel.

D'abord, la confidentialité des correspondances échangées entre l'avocat et son client ne s'impose qu'au premier et non au second qui, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut les rendre publiques (1^{re} Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-13.596) et les produire en justice (1^{re} Civ., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-17.162), de sorte que la partie qui produit en justice une lettre qu'elle avait adressée à son avocat n'est pas recevable à invoquer le secret professionnel relativement aux informations qu'elle a elle-même rendues publiques (Com., 6 juin 2001, pourvoi n° 98-18.577, *Bull.* 2001, IV, n° 110).

Ensuite, ne sont pas couvertes par le secret professionnel les correspondances échangées entre deux avocats dont l'un a la qualité d'employeur de l'autre, lorsqu'elles concernent exclusivement leurs rapports personnels de travail (1^{re} Civ., 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-12.709), ni celles dont il n'est pas possible de déterminer si elles relèvent de l'activité d'avocat du cabinet, celles-ci pouvant relever de la gestion d'affaires d'un cabinet à compétences multiples autres que celles d'un avocat (Com., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-19.585) ou, enfin, lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à la fraude présumée (Com., 9 mars 1999, pourvoi n° 97-30.029; Crim., 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-83.755). En matière d'investigations fondées sur l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, le secret professionnel des avocats ne fait pas obstacle à ce que soient autorisées la visite de leurs locaux et la saisie des documents qu'ils détiennent, dès lors que le juge a trouvé dans les informations fournies par l'administration requérante les présomptions suffisantes de fraude fiscale mentionnées dans son ordonnance. Les atteintes éventuelles au secret professionnel relèvent du contrôle de la régularité des opérations et non de celle de l'autorisation (Crim., 6 avril 2005, pourvoi n° 03-85.244). Le juge qui autorise de telles mesures dans les locaux professionnels d'une personne astreinte au secret professionnel n'a ainsi pas à prescrire les mesures nécessaires au respect de ce dernier (Com., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-21.047, *Bull.* 2012, IV, n° 136).

b. Secret bancaire

Le secret bancaire a déjà fait l'objet de deux études publiées au *Rapport annuel* de la Cour de cassation (E. Collomp, «Le secret bancaire» in *Rapport* 2004, p. 45; *Rapport* 2010, § 2.1.2.2.1, p. 260). Nous nous attacherons ici à étudier la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'admissibilité des documents couverts par ce secret comme éléments de preuve.

Le secret bancaire est expressément prévu aux articles L. 511-33 et L. 511-34 du code monétaire et financier. L'alinéa 1 du premier de ces textes prévoit que «tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel». Sa violation est réprimée par l'article L. 571-4 du même code.

La première chambre civile a jugé (1^{re} Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 06-20.807) que «le refus d'ordonner la production de pièces qu'une partie détient au nom d'un tiers, et qui sont couvertes par le secret professionnel, ne porte pas atteinte aux exigences d'un procès équitable, dès lors que la partie qui sollicite ces pièces peut obtenir une mesure d'instruction ou s'adresser directement au tiers bénéficiaire du secret». Cet arrêt, qui ne précise pas les cas dans lesquels peut être ordonnée une mesure d'instruction portant sur un document protégé par le secret bancaire, semble admettre par principe de tels éléments de preuve.

En revanche, la chambre commerciale juge, de manière constante, en sens inverse (voir les arrêts cités dans la même partie, titre 1, chapitre 1, section 1, § 1, B, 1) que «le secret professionnel auquel est tenu un établissement bancaire en application de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier constitue un empêchement légitime opposable au juge civil», ou au tiers à qui il a été ordonné de produire des pièces

couvertes par le secret bancaire. Celui-ci peut alors exercer un recours devant la juridiction ayant rendu ce jugement, puis interjeter appel de la décision rendue sur recours (2^e Civ., 17 novembre 2011, pourvoi n° 10-21.326, *Bull.* 2011, II, n° 213).

Relatif, ce secret peut être levé par le client bénéficiaire (Com., 11 avril 1995, pourvoi n° 92-20.985, *Bull.* 1995, IV, n° 121) et n'est pas opposable lorsque la banque et le bénéficiaire du secret sont tous deux parties à l'instance. Ainsi, il a été jugé (Com., 19 juin 1990, pourvoi n° 88-19.618, *Bull.* 1990, IV, n° 179), dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre la banque, que « la demande de communication [de documents] était dirigée contre la banque, non pas en sa qualité de tiers confident, mais en celle de partie au procès intenté contre elle par les bénéficiaires du secret bancaire invoqué ». De même, la banque peut produire des pièces pour se défendre contre son salarié, bénéficiaire du secret (Soc., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.446).

Dans les autres cas, sauf dispositions légales particulières permettant sa levée au profit de certaines personnes (information de la caution, huissier de justice dans le cadre d'une saisie-attribution...) ou autorités (Autorité de contrôle prudentiel, Banque de France, TRACFIN, l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale, le président du tribunal de commerce ou le juge-commissaire, la Commission de surendettement des particuliers...), le secret bancaire est opposable à tous, y compris à l'ancienne gérante d'une société liquidée, qui n'avait plus qualité pour représenter la société dont elle sollicitait la communication des comptes, et se trouvait donc dans la situation de tout tiers (Com., 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-11.744, *Bull.* 2001, IV, n° 12), et ce même si la banque est partie au procès (Com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-19.573). Ainsi, dans un cas où une banque avait accordé un crédit confirmé pour la garantie d'achèvement d'un immeuble dont la construction avait été abandonnée par le promoteur et où le syndicat des copropriétaires avait demandé la communication par la banque des factures et justificatifs de sommes encaissées et décaissées, la chambre commerciale (Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 03-14.693, *Bull.* 2005, IV, n° 13) a jugé que « s'il était légitime d'exiger de la banque qu'elle démontre avoir délivré le crédit confirmé conformément aux engagements bénéficiant aux acquéreurs, en revanche, en tant qu'ils étaient relatifs au fonctionnement d'un compte bancaire ou susceptibles de comporter des informations dont [la banque] avait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, les documents réclamés pour permettre d'établir la destination donnée aux fonds perçus par le promoteur [...] étaient couverts par le secret bancaire dont le syndicat des copropriétaires [...] n'était pas bénéficiaire et ce secret constituait un empêchement légitime opposable au juge civil [...] ». La même solution a été retenue en matière de secret professionnel des experts-comptables : pour casser un arrêt ayant accueilli la demande d'un salarié de production de rapports d'un expert-comptable sur le fondement desquels son employeur l'avait licencié, la chambre commerciale énonce que « quel que soit l'objet de la mission dont il est chargé par contrat, l'expert-comptable est tenu à un secret professionnel absolu à raison des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce, de sorte que la demande contraire à ce principe ne peut être légitime » (Com., 8 février 2005, pourvoi n° 02-11.044, *Bull.* 2005, IV, n° 22). Cette « obligation au secret professionnel à laquelle sont tenus les établissements de crédit leur interdit de fournir à un client qui en formule la demande des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre de leurs clients » (Com., 18 septembre 2007, pourvoi n° 06-10.663, *Bull.* 2007, IV, n° 195).

En matière de virement, le secret bancaire est opposable au bénéficiaire du virement qui demanderait au banquier du donneur d'ordre des informations sur le compte de ce dernier. En sens inverse, la question s'est posée de manière plus originale, puisqu'en principe le donneur d'ordre dispose de telles informations sur le compte qu'il a crédité. À la suite d'un virement effectué sur le compte d'un homonyme de son créancier, le donneur d'ordre cherchait à identifier le bénéficiaire pour solliciter la répétition de l'indu. La chambre commerciale (Com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-10.900) a jugé que « les informations demandées, soit la dénomination, l'immatriculation et le lieu du siège social, identifiant son client, comme bénéficiaire du virement, étaient couvertes par le secret professionnel et ne pouvaient être communiquées à un tiers sans l'accord du client ». En effet, si les éléments d'identification sollicités sont publics, encore fallait-il pouvoir les rattacher au titulaire du compte bénéficiaire du virement et donc analyser le fonctionnement du compte et dévoiler l'identité de son titulaire. Cet arrêt se situe dans le prolongement de celui du 25 février 2003 (Com., 25 février 2003, pourvoi n° 00-21.184, *Bull.* 2003, IV, n° 26) qui avait jugé que la communication des coordonnées de la personne ayant procuration sur le compte d'une personne décédée, aux fins de restitution de pensions de retraite versées après le décès, se heurtait aux règles légales sur le secret bancaire, qui ne cesse pas avec la disparition de la personne qui en bénéficie, s'étend à celles qui ont le pouvoir de faire fonctionner le compte, et qui constitue un empêchement légitime opposable au juge civil.

En matière de chèque, les informations figurant au verso du chèque sont couvertes par le secret bancaire dû par l'établissement de crédit au bénéficiaire du chèque, lequel constitue un empêchement légitime opposable au juge civil. Dès lors, ne peut être ordonnée en justice, à la demande du tireur ou de ses héritiers, la production par la banque de la copie intégrale de ces chèques (Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-11.993, *Bull.* 2003, IV, n° 119; Com., 9 juin 2004, pourvoi n° 02-19.572; Com., 28 février 2006, pourvoi n° 04-17.545; Com., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-68.994).

Toutefois, la chambre commerciale a admis un assouplissement dans la protection du secret bancaire : dans un cas où était recherchée la responsabilité des banquiers présentateur et tiré de chèques à la suite de leur endossement frauduleux, elle a jugé (Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.490, *Bull.* 2011, IV, n° 153) que les règles du secret bancaire ne peuvent être invoquées par le banquier tiré pour s'opposer à la production en recto verso d'une copie des chèques, sollicitée par le tireur. En l'espèce, la communication du verso des chèques n'avait ni pour objet, ni pour effet, de faire connaître au tireur les coordonnées bancaires du bénéficiaire des chèques, ceux-ci ne leur ayant pas été payés, mais de vérifier la régularité des opérations effectuées par les banques dans l'encaissement et le paiement des chèques. Une telle solution avait déjà permis la production de documents couverts par le secret professionnel des commissaires aux comptes et experts-comptables (Com., 14 novembre 1995, pourvoi n° 94-13.361, *Bull.* 1995, IV, n° 263; Com., 14 novembre 1995, pourvoi n° 93-10.937, *Bull.* 2005, IV, n° 262). Décider autrement aurait sérieusement limité la possibilité d'engager la responsabilité de ces professionnels, que le secret bancaire n'est pas destiné à protéger.

Elle y a également dérogé en élargissant le cercle des personnes ne pouvant se voir opposer le secret bancaire :

- D'une part, à la caution contre laquelle la banque forme une demande en paiement : tenue d'établir l'existence et le montant de sa créance à son égard, la banque est

autorisée à lui communiquer les documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse lui être opposé le secret bancaire (Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.777, *Bull.* 2008, IV, n° 206);

– D'autre part, aux tiers intéressés au litige : ainsi, la chambre commerciale (Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-19.338) ne fait pas bénéficier de la protection du secret bancaire des tiers à une procédure de référé-expertise, mais qui étaient impliqués dans le litige en responsabilité en prévision duquel était sollicitée la communication de pièces. Dans cette affaire, une personne avait proposé à des investisseurs de s'associer en vue de créer une société d'investissement, qui avait déposé leurs fonds auprès d'une société financière. Après la condamnation de l'initiateur des placements, les investisseurs avaient assigné la société financière en référé-expertise en vue d'une éventuelle action en responsabilité à son égard. La cour d'appel y avait fait droit et donné mission à l'expert de procéder à diverses recherches nécessitant la communication de pièces, détenues par la société financière, relatives aux conventions souscrites et opérations menées entre cette dernière, la société d'investissement et son dirigeant. Pour rejeter le moyen invoquant une atteinte au secret bancaire, la chambre commerciale, relevant que la personne à l'origine de ces opérations avait cherché à dissimuler les pertes par une confusion créée entre son patrimoine, celui de la société d'investissement et les fonds qui lui avaient été remis, que la société d'investissement n'avait obtenu aucun agrément pour exercer une activité de gestion de patrimoine et qu'elle ne disposait d'aucune couverture conforme à la réglementation, a constaté que la mesure d'expertise portait sur un litige impliquant les investisseurs ainsi que la société d'investissement et son dirigeant, de sorte que ces derniers étaient tiers intéressés au litige. Les documents les concernant pouvaient donc être produits en justice. Décider autrement, c'est-à-dire en faisant une application stricte de la jurisprudence, notamment celle issue de l'arrêt du 25 janvier 2005 précité (Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 03-14.693, *Bull.* 2005, IV, n° 13), aurait permis à la société financière de bénéficier du secret bancaire qui n'est pas destiné à la protéger et d'empêcher ainsi que soit rapportée, le cas échéant, la preuve de sa responsabilité.

Pour que puisse être admise la preuve de l'existence ou du contenu d'un acte de cession de créances en bloc par un établissement bancaire, lequel contient, par définition, des informations sur des personnes étrangères au litige et est, dès lors, couvert par le secret bancaire, la chambre commerciale fait également preuve de pragmatisme en admettant la production d'extraits authentiques de l'acte, par lesquels le notaire certifie la provenance du document et l'absence d'autres dispositions de l'acte susceptibles de concerner les parties au litige (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.715, *Bull.* 2012, IV, n° 12); l'appréciation du sens, de la valeur et de la portée des éléments de preuve relève cependant des juges du fond qui peuvent considérer que de telles pièces produites ne sont pas toujours suffisantes pour établir l'existence de la créance (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-21.108). Elle suggère aussi la production de documents rendus anonymes : alors que se présentait la difficulté de rapporter la preuve du caractère déterminable du prix de la cession de la créance résultant de prêts consentis aux demandeurs, sans lequel le retrait litigieux prévu par l'article 1699 du code civil ne pouvait être exercé, elle a cassé (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-20.972, *Bull.* 2012, IV, n° 14) l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour écarter cet exercice, avait retenu que le caractère non déterminable du prix était établi par une attestation notariale certifiant que le prix ne pouvait être individualisé dans le prix global convenu du portefeuille de 391

créances, alors qu'il appartenait au juge de se prononcer en fonction d'éléments d'appréciation précis et concrets produits par les parties, et, a-t-elle pris le soin de préciser, « au besoin justifiés par des documents rendus anonymes ».

B. Protection du secret des affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles : un aménagement original des règles de preuve

En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'enquête, non contradictoire, ne risque pas, en principe, de violer un secret des affaires en le portant à la connaissance d'un concurrent. L'assurance d'une telle protection doit toutefois être relativisée par le fait que les éléments produits au soutien d'une demande d'autorisation de visite et saisie, prévue par l'article 48 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 450-4 du code de commerce, doivent pouvoir être consultés, *a posteriori*, par l'entreprise concernée (Com., 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-16.223, *Bull.* 1996, IV, n° 214; Com., 1^{er} avril 1997, pourvoi n° 95-30.152; Com., 21 octobre 1997, pourvoi n° 96-30.016).

L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence, étant, au contraire, pleinement « contradictoires » (article L. 463-1 du code de commerce), a été instauré un dispositif original de protection du secret des affaires, inspiré de celui existant à l'égard des parties intervenantes devant la Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal de l'Union européenne (article 93, § 3, du règlement de procédure de la Cour et article 116, § 2 du règlement de procédure du Tribunal). Ce dispositif, qui permet de concilier la protection du secret des affaires et l'exercice des droits de la défense, est applicable uniquement devant l'Autorité de la concurrence, mais la Cour de cassation s'en inspire également lors de procès civils.

1. Protection du secret des affaires

L'article L. 463-4, alinéa 1, du code de commerce prévoit ainsi que « Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles ». Les articles R. 463-13 à R. 463-15-1 du même code, issus du décret n° 2009-142 du 10 février 2009, précisent les modalités d'application de cette disposition. Ils créent notamment une présomption selon laquelle ne sont pas réputés mettre en jeu le secret des affaires, d'une part, les informations ou documents pour lesquels une demande de protection n'a pas été présentée, et, d'autre part, sauf décision contraire du rapporteur général dans des cas exceptionnels, les éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans.

La Cour de cassation, qui n'a eu que rarement l'occasion de se prononcer sur ce dispositif, a précisé (Com., 14 janvier 1992, pourvoi n° 89-21.518, *Bull.* 1992, IV, n° 16) que la décision d'accorder ou non cette protection était prise sans débat contradictoire. Puis, saisie d'un moyen contestant la conformité du dispositif au principe de l'égalité des armes, en ce que l'entreprise poursuivie n'a accès qu'aux seules pièces à charge et non à celles à décharge et en ce que la possibilité de demander le déclassement n'est pas

effective lorsqu'une messagerie a été classée comme une pièce unique, dans la mesure où, ignorant son contenu, il était impossible de démontrer qu'elle contenait des éléments indispensables à l'exercice des droits de la défense, elle a approuvé la cour d'appel qui, après avoir constaté que les requérantes n'avaient pas demandé le déclassement des messageries, ou de certains messages dans celles-ci, qu'elles estimaient nécessaires à l'exercice de leurs droits, sans qu'il soit démontré qu'une telle demande eût été vouée à l'échec, avait retenu que le défaut de communication des pièces en cause n'avait pas constitué une atteinte à l'égalité des armes et que le déclassement de certains éléments de messageries pouvait être ordonné, bien qu'elles constituent chacune une pièce unique (Com., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-12.913).

À l'exception de ces documents protégés par le secret des affaires, sauf lorsqu'ils sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense, les documents versés au dossier sont soumis à la contradiction et à la discussion des parties, même ceux issus du dossier d'instruction que le rapporteur a demandé à consulter en application de l'article L. 463-5 du code précité (Com., 13 octobre 2009, pourvoi n° 08-18.224, *Bull.* 2009, IV, n° 124). Toutefois, lorsqu'ils ne l'ont pas été, la décision du Conseil de la concurrence n'est susceptible d'être annulée que si le défaut de communication de ces pièces a porté atteinte aux intérêts de l'entreprise qui l'invoque (Com., 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-21.275, *Bull.* 2008, IV, n° 188; Com., 2 février 2010, pourvoi n° 08-70.449, *Bull.* 2010, IV, n° 26).

2. Dévoilement du secret des affaires

Si un dispositif similaire n'a pas été prévu devant les juridictions judiciaires, la Cour de cassation protège également lors de procès civils, sous réserve de l'exercice des droits de la défense, le secret des affaires dévoilé devant l'Autorité de la concurrence et le Conseil des marchés financiers.

Bien qu'elle soit contradictoire, l'instruction devant l'Autorité de la concurrence est secrète. La divulgation par l'une des parties d'informations concernant une autre partie ou un tiers, dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite de l'instruction, est pénalement sanctionnée par l'article L. 463-6 du code de commerce. Saisie de la question de la divulgation de tels documents dans le cadre d'un procès civil, la chambre commerciale a jugé que le principe du respect des droits de la défense ne la justifie que si elle est nécessaire à l'exercice de ces droits. Elle rejoint ainsi la jurisprudence de la chambre criminelle qui considère qu'est constituée l'infraction de violation du secret professionnel si celle-ci n'a pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense (Crim., 29 mai 1989, pourvoi n° 87-82.073, *Bull. crim.* 1989, n° 218; Crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85.304, *Bull. crim.* 2000, n° 192; Crim., 28 octobre 2008, pourvoi n° 08-81.432, *Bull. crim.* 2008, n° 215). Toutefois, en l'espèce, elle a constaté que la condition de nécessité pour l'exercice des droits de la défense n'était pas remplie. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir décidé, à la demande de la partie visée par les informations contenues dans les pièces issues d'une procédure achevée devant le Conseil de la concurrence et qui étaient produites devant elle, d'écarter ces pièces des débats, dès lors que les parties les ayant produites, qui n'ont pas contesté que cette production était de nature à entraîner leur divulgation, n'ont ni justifié, ni même allégué, de l'éventuelle nécessité de cette divulgation pour s'opposer à la demande de retrait de ces pièces des débats (Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.761, *Bull.* 2010, IV,

n° 8). C'est donc à la partie qui divulgue une information couverte par le secret de démontrer que cette communication est indispensable à l'exercice de ses droits de la défense. À défaut, le principe du secret de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence demeure.

Elle a également appliqué par analogie ce dispositif à une procédure d'appel d'une décision du Conseil des marchés financiers : en réponse à un moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir refusé de se faire communiquer l'ensemble des documents examinés par le Conseil des marchés financiers, non expurgés de leurs données financières, la Cour de cassation a indiqué « que la cour d'appel énonce exactement que s'il est de principe que la régularité de la décision du Conseil des marchés financiers s'apprécie au vu des documents examinés par le Conseil, ce principe ne fait pas obstacle à ce que certaines données communiquées au Conseil soient soustraites à l'examen des parties à l'instance dès lors qu'il existe un intérêt légitime à ce que des informations mettant en jeu le secret des affaires demeurent confidentielles et que la connaissance de celles-ci n'est pas nécessaire à l'exercice effectif du recours ouvert contre la décision de l'autorité de marché » (Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 02-14.053).

Section 2 – Encadrement des procédés probatoires

Les procédés probatoires sont soumis à une exigence de licéité. Les preuves doivent être recueillies conformément à la loi (§ 1). Cette exigence générale connaît des applications particulières lorsque la preuve résulte de la mise en œuvre d'un dispositif de surveillance (§ 2).

§ 1. Exigence générale de licéité des procédés probatoires

Le principe de licéité de la preuve (A) se heurte à une exception en droit pénal (B).

A. Affirmation de l'exigence

L'exigence de licéité est parfois un obstacle à certaines modalités d'obtention des preuves (1), parfois un obstacle à l'utilisation de preuves déjà obtenues (2).

1. Encadrement de l'obtention des preuves

a. Pressions sur autrui

Ne trouvant pas les éléments de preuve nécessaires, l'une des parties peut être tentée d'avoir recours à des pressions particulières pour obtenir des aveux (α), ou à des stratagèmes (β) pour provoquer l'événement qu'il s'agit de prouver. Là encore, la Cour de cassation a été amenée à intervenir pour assurer la loyauté de la recherche de la preuve.

α . Respect de la dignité de la personne

L'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne fait apparaître que celle-ci est beaucoup plus sévère lorsque les éléments de preuve ont été obtenus au mépris de cet article.

Déjà, en 1992, elle a énoncé que les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne; elle a ainsi considéré que l'intensité et la multiplicité des coups portés au requérant pendant sa garde à vue dans le cadre d'une enquête relative à un attentat perpétré en Corse contre un centre de repos de la Légion étrangère et attestés par des certificats médicaux conféraient à ce traitement un caractère inhumain et dégradant (CEDH, 27 août 1992, Tomasi c. France, requête n° 12850/87).

Une position plus sévère encore a été retenue dans une espèce relative à des violences physiques et psychologiques subies par le requérant lors de sa garde à vue dans le cadre d'une affaire de stupéfiants, la Cour considérant que les actes commis, en ce qu'ils ont provoqué des douleurs et souffrances «aiguës» au sens de l'article 1^{er} de la Convention des Nations unies contre la torture et revêtu un caractère particulièrement grave et cruel, devaient être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 (CEDH, 28 juillet 1999, Selmouni c. France, requête n° 25803/94).

De façon plus précise encore, la Cour européenne a rappelé que «l'article 3 consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans des situations extrêmement difficiles, telles que la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas d'exceptions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention, et il ne souffre nulle dérogation en vertu de l'article 15 § 2 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation» (CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c. Allemagne, requête n° 54810/00).

La Cour constate que «l'utilisation dans le cadre d'une procédure pénale d'éléments de preuve recueillis au mépris de l'article 3 soulève de graves questions quant à l'équité de cette procédure» et considère que «des éléments à charge, qu'il s'agisse d'aveux ou d'éléments matériels, rassemblés au moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'autres formes de traitements pouvant être qualifiés de torture, ne doivent jamais, quelle qu'en soit la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime» (même arrêt). C'est ainsi, qu'en l'espèce, elle a considéré que le fait que le requérant se soit vu administrer de force un émétique pour obtenir la preuve d'une infraction à la législation sur les stupéfiants constituait un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3.

Cette jurisprudence a été à nouveau énoncée dans un arrêt important dans lequel la Cour a considéré que les menaces réelles et immédiates proférées à l'adresse du requérant afin de lui extorquer des informations dans le cadre d'une affaire d'enlèvement et d'assassinat d'enfant avaient atteint le degré minimum de gravité voulu pour que le comportement litigieux tombe sous le coup de l'article 3. Elle a rappelé que, selon sa propre jurisprudence, qui se réfère aussi à la définition de la torture donnée à l'article 1 de la Convention des Nations unies contre la torture, et conformément aux positions adoptées par d'autres organes internationaux de contrôle des droits de l'homme, une menace de torture peut s'analyser en torture, la torture couvrant par nature les

souffrances physiques comme mentales (CEDH, 1^{er} juin 2010, Gäfgen c. Allemagne, requête n° 22978/05).

Il convient enfin de faire état d'un dernier arrêt dans lequel elle a estimé que les actes dénoncés par le requérant mineur (en l'occurrence, des blessures survenues au commissariat, lors d'un contrôle d'identité, alors qu'il se trouvait sous le contrôle des fonctionnaires de police et qu'il était menotté) étaient de nature à engendrer des douleurs ou des souffrances physiques et mentales chez lui et, compte tenu de son âge et du stress posttraumatique constaté, à créer également des sentiments de peur, d'anxiété et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement sa résistance physique et mentale. Elle en a alors conclu que les traitements exercés sur la personne du requérant avaient revêtu un caractère inhumain et dégradant (CEDH, 4 novembre 2010, Darraj c. France, requête n° 34588/07).

β. Provocation à l'infraction

La Cour européenne, lorsqu'elle est appelée à contrôler la conformité d'une procédure aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rappelle toujours que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne et, qu'en principe, il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles.

Elle considère que la tâche que lui attribue la Convention consiste à rechercher si la procédure examinée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable. Ainsi, s'agissant de la procédure pénale, elle exige que les moyens de preuve aient été produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire.

La provocation policière à la commission d'une infraction a été condamnée par la Cour européenne à plusieurs reprises. C'est ainsi qu'elle a énoncé que si la Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire et lorsque la nature de l'infraction peut le justifier, sur des sources telles que les indicateurs occultes, cette intervention d'agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties, l'intérêt public ne pouvant justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière (CEDH, 9 juin 1998, Teixeira De Castro c. Portugal, requête n° 44/1997/828/1034; CEDH, 7 septembre 2004, Eurofinacom c. France, requête n° 58753/00; CEDH, 26 octobre 2006, Khoudobine c. Russie, requête n° 59696/00; CEDH, 5 février 2008, Ramanauskas c. Lituanie, requête n° 74420/01, § 54 : « [...] si l'intervention d'agents infiltrés peut être tolérable dans la mesure où elle est clairement circonscrite et entourée de garanties, l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière. Un tel procédé est susceptible de priver *ab initio* et définitivement l'accusé d'un procès équitable »; CEDH, 27 août 2008, Ünél c. Turquie, requête n° 35686/02; CEDH, 4 novembre 2010, Bannikova c. Russie, requête n° 18757/06).

En droit interne, l'article préliminaire du code de procédure pénale dispose « I. – La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. » Cette exigence du procès équitable a pour corollaire le principe de la loyauté des preuves.

L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que celle-ci s'efforce de faire le partage entre les provocations policières admises et celles qui ne le sont pas.

Classiquement, la doctrine distingue les provocations à la preuve des provocations à l'infraction. La provocation est interdite lorsqu'elle est à l'origine de l'infraction, mais admise quand elle permet de rapporter la preuve d'une infraction. Certaines méthodes d'infiltration sont d'ailleurs autorisées par le législateur à la condition de ne pas constituer une incitation à commettre des infractions.

Plusieurs arrêts ont été rendus en la matière qui énoncent la position de la Cour et témoignent de sa constance. C'est ainsi qu'elle a depuis longtemps énoncé à propos des provocations à l'infraction que dès lors qu'il résulte des énonciations des juges que l'interpellation d'une personne, suspectée de trafic d'influence, a procédé d'une machination de nature à déterminer ses agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves, la chambre d'accusation est fondée à prononcer la nullité de la procédure subséquente (Crim., 27 février 1996, pourvoi n° 95-81.366, *Bull. crim.* 1996, n° 93).

De même : « porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire ; [...] la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus » (Crim., 9 août 2006, pourvoi n° 06-83.219, *Bull. crim.* 2006, n° 202).

Un domaine particulier a donné lieu à une application de ces principes : celui de l'infiltration dans le domaine de la cybercriminalité. En effet, afin de faciliter la constatation des infractions commises sur internet, le législateur a introduit, par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, un article 706-47-3 dans le code de procédure pénale, qui autorise les services de police à procéder à certains actes d'infiltration dans le domaine de la cybercriminalité.

La Cour de cassation a rendu sur cet aspect très particulier plusieurs décisions dans lesquelles elle a considéré qu'encontre la censure l'arrêt qui retient comme élément de preuve du délit de détention d'images de mineurs à caractère pornographique les actes résultant d'une provocation policière à la transmission de telles images (Crim., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-84.837, *Bull. crim.* 2006, n° 132); de même, elle a indiqué que porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique, en l'absence d'éléments antérieurs permettant d'en soupçonner l'existence et que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus, quand bien même ce stratagème aurait permis la découverte d'autres infractions déjà commises ou en cours de commission (Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753, *Bull. crim.* 2007, n° 37; Crim., 4 juin 2008, pourvoi n° 08-81.045, *Bull. crim.* 2008, n° 141).

En revanche, à plusieurs reprises, la Cour a considéré que ne constituent pas des atteintes au principe de la loyauté des preuves les provocations à la preuve : doit être approuvée la chambre d'accusation qui, pour considérer comme régulière l'intervention du policier, se borne à relever qu'elle n'a pas déterminé les agissements des personnes mises en examen, mais a eu pour seul effet, en facilitant son infiltration d'un réseau pré-existant, de constater le trafic de stupéfiants auquel ces dernières se livraient (Crim.,

30 avril 1998, pourvoi n° 97-85.747, *Bull. crim.* 1998, n° 147); de la même façon, elle a admis que ne constitue pas une atteinte au principe de loyauté des preuves une opération policière qui a lieu dans un contexte préexistant de trafic de stupéfiants qu'elle a pour objet de constater et qui ne détermine en rien les agissements délictueux, déjà commis et en train de se commettre, de l'un des participants interpellé dans le cadre de cette enquête (Crim., 8 juin 2005, pourvoi n° 05-82.012, *Bull. crim.* 2005, n° 173) ou que ne constitue pas un stratagème portant atteinte à la loyauté des preuves l'intervention des gendarmes qui a eu pour seul effet de permettre la constatation d'un délit de trafic d'influence dont ils n'ont pas déterminé la commission (Crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-87.633, *Bull. crim.* 2008, n° 14).

b. Intrusions chez autrui

a. Pénétration sur une parcelle agricole

Il a été évoqué, à l'occasion de développements relatifs à la liberté de la preuve (voir partie 3, titre 2, chapitre 6, section 2), que le bailleur de biens ruraux peut, en principe, librement prouver les manquements de son locataire en vue d'intenter une action en résiliation du bail aux torts de celui-ci sur le fondement de l'article L. 411-31 du code rural et de la pêche maritime.

Cette liberté n'est toutefois pas sans limites ainsi qu'il ressort d'un arrêt de la troisième chambre civile du 10 mars 2010 (pourvoi n° 09-13.082, *Bull.* 2010, III, n° 62).

La question posée était de savoir si un bailleur, désireux de collecter des éléments de preuve en vue d'intenter une telle action, est en droit de pénétrer, le cas échéant accompagné d'un huissier, d'un témoin ou d'un sachant, sur les lieux loués, à l'insu de son locataire, pour y constater d'éventuelles dégradations.

La Cour de cassation approuve le juge d'appel d'avoir écarté les preuves (en l'occurrence des rapports d'un expert commis par le bailleur) établies dans ces conditions : le bailleur ne saurait pénétrer sur le bien loué de sa propre initiative, pour se constituer la preuve d'éventuels manquements de la part du locataire (3^e Civ., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-13.082, *Bull.* 2010, III, n° 62 : « la cour d'appel, qui a retenu justement que M. X... ne pouvait pénétrer avec M. Z... sur la parcelle louée à Mme Y... qu'après accord préalable de celle-ci, en a exactement déduit, sans violer le principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention des droits de l'homme, alors qu'une autorisation judiciaire n'avait pas été sollicitée, que ces deux rapports devaient être écartés des débats »).

Il est vrai que le bailleur pouvait croire être en droit de fouler du pied un bien lui appartenant et manifestement insusceptible d'être regardé comme un domicile (il s'agissait, en l'espèce, d'un champ clos en nature d'oliveraie). Ce, d'autant plus que les rapports d'expertise ainsi établis paraissaient bien mettre en évidence les manquements qu'il soupçonnait.

Cette manière clandestine de procéder n'était certes pas constitutive, compte tenu de la destination du lieu, d'une atteinte à la vie privée du locataire. Le bailleur était néanmoins reprochable pour avoir manqué à son obligation de garantir à son cocontractant la jouissance paisible des lieux loués et, plus généralement, pour avoir agi de

manière déloyale en se dispensant de le prévenir. Les preuves collectées de la sorte devaient être, par conséquent, écartées.

Le bailleur faisait habilement valoir que la décision de la cour d'appel reposait sur une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, à plusieurs reprises, que le droit au procès équitable garanti par ce texte « implique[ait] l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (voir, notamment, CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas*, requête n° 14448/48) et s'opposait, par conséquent, à ce qu'une modalité de preuve soit offerte à une partie, mais pas à son adversaire.

La Cour de cassation avait tiré de ce texte de droit conventionnel que constituait une atteinte au principe dit d'« égalité des armes », induit par le droit au procès équitable, « le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel au succès de ses prétentions » (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, *Bull.* 2007, IV, n° 130).

Mais, comme relevé par la troisième chambre civile, il était loisible au bailleur de la cause, confronté à l'éventuel refus de son locataire de le laisser accéder à la parcelle louée, de solliciter une autorisation judiciaire à cette fin, éventuellement sur requête pour se ménager un effet de surprise. La voie du constat *in situ* ne lui était donc pas fermée.

Cet arrêt paraît marquer un point d'équilibre entre la règle de fond, qui postule la liberté de la preuve d'un fait nécessaire à l'exercice d'un droit, et la règle processuelle, qui appelle un contrôle des conditions dans lesquelles les preuves sont obtenues.

β. Visites domiciliaires en matière fiscale

Dans le domaine des visites domiciliaires, dès 1991, la chambre commerciale a imposé au juge statuant en application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales de mentionner l'origine apparente des pièces produites par l'administration au soutien de sa demande de visite, afin d'établir leur détention licite et de lui permettre d'exercer son contrôle (Com., 27 novembre 1991, pourvoi n° 90-11.980, *Bull.* 1991, IV, n° 363). Elle a ensuite toujours posé comme règle que les pièces obtenues en vertu du droit de communication de l'administration doivent être regardées comme ayant une origine apparemment licite, le contrôle de la régularité de la mise en œuvre de ce droit incombant à la juridiction appelée à statuer sur la fraude fiscale (voir, notamment, Com., 21 février 1995, pourvoi n° 93-19.697). Néanmoins, « les dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales ne limitent pas le contrôle exercé par le premier président, dans le cadre du débat contradictoire qu'elles instaurent en cas d'appel, à l'examen de la seule apparence de la licéité de l'origine des pièces produites au soutien de la requête, [dès lors], saisi d'une contestation sur ce point, le premier président, en vérifiant que les éléments d'information fournis par l'administration fiscale requérante avaient été obtenus par elle de manière licite, a procédé au contrôle qui lui incombait » (Com., 7 avril 2010, pourvoi n° 09-15.122, *Bull.* 2010, IV, n° 73).

À la suite de la réforme opérée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, cette décision est ainsi venue mettre fin à la jurisprudence antérieure qui se contentait d'exiger la seule constatation d'une apparence de licéité. En

cas de contestation relative à la licéité des pièces produites au soutien de la requête, il appartient désormais au premier président de vérifier que les éléments d'information fournis par l'administration fiscale requérante ont été obtenus par elle de manière licite (Com., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-18.108; Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-13.097, *Bull.* 2012, IV, n° 22), alors qu'auparavant, il fallait attendre l'achèvement des opérations pour contester, devant le juge compétent, la licéité des pièces en même temps qu'étaient contestés les résultats de l'opération de contrôle fiscal (Com., 3 octobre 1995, pourvoi n° 94-11.715, *Bull.* 1995, IV, n° 221; Com., 14 novembre 2002, pourvoi n° 01-88.122).

Dans le domaine des visites domiciliaires effectuées à la demande de l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, il est fréquent que les lieux visités abritent des professionnels en relation avec les contribuables suspectés de fraude, comme des cabinets d'avocats.

La chambre commerciale s'est montrée soucieuse d'assurer le respect des droits de la défense, en affirmant tout d'abord qu'il est impossible de rechercher la preuve de la fraude fiscale par la saisie de correspondances échangées entre l'avocat et son client, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les activités de défense et de gestion de l'avocat. Elle a en effet retenu qu'« il résulte des dispositions combinées des articles 66-5 de la loi [n° 71-1130] du 31 décembre 1971 et L. 16 B du livre des procédures fiscales qu'en toute matière, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel » (Com., 5 mai 1998, pourvoi n° 96-30.116, *Bull.* 1998, IV, n° 147) puis, encore récemment (Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-14.008, *Bull.* 2012, IV, n° 87) « qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Sa position ne signifie cependant pas qu'une saisie de pièces répondant à cette définition ne peut être autorisée ou maintenue à l'occasion d'une visite dans un cabinet d'avocats, mais c'est alors à la condition que les documents soient de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à la fraude présumée (Com., 5 mai 1998 précité et, dans le même sens, Com., 9 mars 1999, pourvoi n° 97-30.029).

Par ailleurs, il a été admis que le juge pouvait décider qu'il y a lieu d'annuler la saisie des documents litigieux et d'ordonner leur retrait de la procédure lorsqu'il constate qu'il s'agit de consultations et correspondances d'avocats, alors même que la saisie n'a pas été pratiquée au cabinet de l'avocat, la chambre commerciale ayant ainsi jugé que « l'étendue de la protection légale dont bénéficient les consultations adressées par un avocat à son client et les correspondances échangées entre le client et son avocat ne se limite pas aux seules saisies pratiquées au sein d'un cabinet d'avocat; que dès lors qu'il constatait que les documents saisis constituaient des consultations et correspondances d'avocat, le juge, qui n'avait pas à motiver plus précisément ni à procéder à la recherche inopérante visée à la deuxième branche, a pu, sans inverser la charge de la preuve, décider qu'il y avait lieu d'annuler la saisie des documents litigieux et d'ordonner leur retrait de la procédure » (Com., 15 décembre 1998, pourvoi n° 96-30.082).

c. Loyauté de l'obtention des preuves en matière fiscale

En droit fiscal, la chambre commerciale a été amenée à poser quelques règles relatives à la loyauté de la preuve.

Récemment, elle a approuvé une cour d'appel qui, dans une procédure de visites domiciliaires diligentées en application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, avait refusé de prendre en compte des éléments de preuve issus d'un vol, quand bien même ils avaient été transmis à l'administration fiscale par un procureur de la République et avaient servi à justifier la demande présentée au juge des libertés et de la détention (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-13.097, *Bull.* 2012, IV, n° 22).

Cette position doit être mise en perspective avec la jurisprudence du Conseil d'État qui décide que si, dans le cadre de l'instance pénale, une annulation est prononcée, cette annulation est sans incidence quant à l'utilisation des pièces par l'administration dès lors qu'elles sont obtenues dans le cadre du droit de communication (CE, 6 décembre 1995, n° 126826; CE, 6 octobre 1999, n° 126827) et se rapproche de celle prise par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 janvier 2011, laquelle, au visa des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, ensemble du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, a posé le principe de l'irrecevabilité de toute preuve obtenue au moyen d'un procédé déloyal, sauf en matière pénale (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.667 et n° 09-14.316, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1).

Toujours en matière fiscale, la chambre commerciale s'attache à vérifier la loyauté des débats relativement aux notifications de rectifications en imposant à l'administration de notifier les actes de la procédure les concernant, en cours de procédure, à l'ensemble des personnes qui peuvent être poursuivies (Com., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-19.762, *Bull.* 2008, IV, n° 195), quand bien même l'administration peut valablement choisir de notifier les redressements à l'un seulement des redevables solidaires de la dette fiscale.

Enfin, l'administration a l'obligation de communiquer l'ensemble des documents fondant le redressement qu'elle a utilisés pour établir l'imposition (Com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-14.806, *Bull.* 2009, IV, n° 75 ; Com., 3 juillet 2001, pourvoi n° 98-19.034, *Bull.* 2001, IV, n° 130) et, lorsqu'elle a usé de son droit de communication auprès des autorités judiciaires en application de l'article L. 76 B du livre des procédures fiscales, elle a maintenant l'obligation de communiquer au contribuable, y compris lorsqu'il est incarcéré, dans leur intégralité, les documents fondant les redressements qu'elle a utilisés pour établir l'imposition, y compris s'ils portent sur la situation d'un tiers (Com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-14.806, *Bull.* 2009, IV, n° 75 : hypothèse où a été validée la communication de l'intégralité d'un rapport d'expertise ordonnée dans une information pénale ouverte contre une société en participation dirigée par le contribuable, obtenu par le biais de l'exercice de son droit de communication en application des articles L. 82 C et L. 101 du livre des procédures fiscales, cet arrêt revenant sur la pratique antérieure consacrée par l'arrêt de la chambre commerciale du 6 octobre 1998 (pourvoi n° 96-20.306, *Bull.* 1998, IV, n° 231), en vertu de laquelle il avait été jugé que l'administration des impôts avait l'obligation de communiquer au contribuable redressé, sur la demande de ce dernier, les documents fondant le redressement et dont, n'en étant ni l'auteur ni le destinataire, il n'avait pas connaissance – voir, sur ce point, M. Betch, *Le Juge judiciaire et l'impôt*, Litec, 2010).

2. Encadrement de la production des preuves

Dans ces hypothèses, ce n'est pas l'obtention de la preuve qui fait l'objet de dispositions particulières, mais sa production lors du litige. Des dispositions particulières régissent à cet égard l'offre de preuve de la vérité d'un fait diffamatoire (a) et la recevabilité des preuves tirées d'un dossier pénal (b).

a. Vérité du fait diffamatoire

Si la loi du 29 juillet 1881 a entendu garantir la liberté de la presse et, à travers elle, la liberté d'expression consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en lui conférant un cadre juridique aujourd'hui encore en vigueur, elle lui a aussi apporté de nécessaires limites, d'ailleurs depuis expressément envisagées par l'article 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel « l'exercice de [la liberté d'expression] comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

La diffamation constitue l'une de ces limites, tenant à la nécessité de protéger les intérêts de la personne atteinte dans son honneur et sa considération.

De tels intérêts cèdent parfois devant le droit de savoir du public (voir, en ce sens, *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2010, p. 282 et s.), implicitement reconnu au travers des faits justificatifs propres à la diffamation que sont, d'une part, la bonne foi (voir, sur ce point, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 3, § 2) et, d'autre part, l'exception de vérité, prévue par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

L'offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires est cependant soumise à des règles procédurales qui l'encadrent de manière stricte, puisque l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 dispose :

« Quand le prévenu voudra être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, conformément aux dispositions de l'article 35 de la présente loi, il devra, dans le délai de dix jours après la signification de la citation, faire signifier au ministère public ou au plaignant au domicile par lui élu, suivant qu'il est assigné à la requête de l'un ou de l'autre :

- 1° Les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité;
- 2° La copie des pièces;
- 3° Les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve.

Cette signification contiendra élection de domicile près le tribunal correctionnel, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve. »

Ce texte a été jugé applicable devant les juridictions civiles (2^e Civ., 22 juin 1994, pourvoi n° 92-19.460, *Bull.* 1994, II, n° 164; 14 janvier 1999, pourvoi 97-10.454, *Bull.* 1999, II, n° 8).

Or les formalités et délais qu'il prévoit sont d'ordre public et doivent être observés à peine de déchéance, laquelle doit être relevée d'office par le juge et peut être invoquée en tout état de cause (Crim., 24 septembre 2002, pourvoi n° 01-86.181, *Bull. crim.* 2002, n° 173 ; 1^{re} Civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-14.104, *Bull.* 2005, I, n° 273).

Ainsi, faute de procéder, dans le délai imparti, à la signification prévue par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, la preuve de la vérité des faits diffamatoires est irrecevable (1^{re} Civ., 16 mai 2006, pourvoi n° 04-16.068, *Bull.* 2006, I, n° 245).

Certains ont cependant pensé que cette solution, qui contribue au rapprochement du procès civil et du procès pénal en matière de droit de la presse, pourrait être remise en cause à la suite des arrêts rendus par la première chambre civile les 24 septembre 2009 et 8 avril 2010 (pourvoi n° 08-17.315, *Bull.* 2009, I, n° 180 et pourvoi n° 09-14.399, *Bull.* 2010, I, n° 87 ; C. Bigot, « La Cour de cassation remet en cause l'uniformisation des procédures civile et pénale en matière de presse », *D.* 2010, p. 1673), relatifs à l'application de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, le premier d'entre eux étant évoqué en ces termes dans le *Rapport annuel* 2009 (p. 430) : « Une telle décision qui donne un sens à la dépenalisation et à la différence entre les juridictions civile et pénale constitue un revirement de jurisprudence, mais démontre que la loi s'applique dans la nuance et pour les circonstances pour lesquelles elle est faite. La défense de la liberté d'expression passe par l'accès au juge qui doit être facilité, car c'est devant lui qu'a lieu le vrai débat. »

Tel n'a pas été le cas, puisque, par arrêt du 17 mars 2011 (pourvoi n° 10-11.784, *Bull.* 2011, I, n° 58, *D.* 2011, note p. 951, S. Lavric), la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé qu'une cour d'appel qui, pour rejeter l'action en diffamation engagée à l'encontre d'un syndicat, s'était bornée à énoncer que la vérité des faits allégués était corroborée par une attestation, sans rechercher si le syndicat avait respecté le délai de dix jours après la signification de la citation pour faire l'offre de preuve de la vérité des faits imputés au demandeur, avait privé sa décision de base légale au regard des articles 35 et 55 de la loi du 29 juillet 1881.

Les dispositions d'ordre public de l'article 55 de la loi sur la liberté de la presse trouvent donc à s'appliquer tant devant les juridictions civiles que devant les juridictions pénales, et constituent un premier obstacle, de nature procédurale, à surmonter, pour apporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires.

De surcroît, la possibilité même de faire cette preuve est soumise à certaines conditions.

Certes, la preuve de la vérité des faits diffamatoires – qui, selon la formule consacrée par la jurisprudence, doit, pour produire l'effet absolu, être « parfaite, complète et corrélative aux imputations diffamatoires dans toute leur portée » (Crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-85.528, *Bull. crim.* 2000, n° 225) – peut être rapportée par tous moyens, y compris par « des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel » (article 35, dernier alinéa, de la loi du 29 juillet 1881, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes).

Ainsi la première chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle jugé mal fondé le moyen qui soutenait que la preuve de l'exception de vérité ne pouvait résulter que d'éléments de preuve antérieurs à la publication des propos diffamatoires, approuvant au contraire les juges du fond de s'être référés à des faits antérieurs à la diffusion litigieuse,

faits dont la preuve pouvait être apportée par tous éléments, même postérieurs à la publication des propos diffamatoires (1^{re} Civ., 25 février 2010, pourvoi n° 09-12.641).

Mais l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 exclut une telle offre de preuve lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne (article 35, a) – à moins que les faits ne soient prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal et qu'ils aient été commis contre un mineur – et lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision (article 35, c).

Ce texte prévoyait en outre, en son cinquième alinéa (article 35, b), que l'exception de vérité ne pouvait être admise lorsque l'imputation se référait à des faits remontant à plus de dix ans. Cette limitation, instituée par l'ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse, s'expliquait à cette date par un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale.

Très critiquée par la doctrine, en raison notamment de la minoration du contrôle démocratique qu'elle était de nature à provoquer (voir, par exemple, G. Levasseur, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 111 et s.), cette limitation a été jugée contraire à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Mamère c. France* du 7 novembre 2006 (n° 12697/03). Elle a en effet condamné sans ambiguïté cette disposition après avoir rappelé « que les personnes poursuivies à raison de propos qu'elles ont tenus sur un sujet d'intérêt général doivent pouvoir s'exonérer de leur responsabilité en établissant leur bonne foi et, s'agissant d'assertions de faits, en prouvant la véracité de ceux-ci [...] » (point 23), en énonçant qu'elle « perçoit, certes, d'un point de vue général, la logique d'une limite temporelle de cette nature, dans la mesure où, plus les allégations portent sur des circonstances anciennes, plus il est difficile d'évaluer leur véracité », mais que « cependant, lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou qui relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses » (point 24).

C'est dans ce contexte que, par une décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, le Conseil constitutionnel, saisi par la chambre criminelle de la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du cinquième alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, a déclaré cette disposition contraire à la Constitution, considérant que « cette interdiction vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général » et que, « par son caractère général et absolu, [elle] porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi », méconnaissant ainsi l'article 11 de la Déclaration de 1789.

La preuve de la vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans est donc désormais admise.

Il n'en demeure pas moins que l'exception de vérité est strictement encadrée et que, comme il a été souligné dans le *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2004 (S. Menotti, « La preuve de la vérité du fait diffamatoire », p. 91), « il s'agit d'un parcours semé d'embûches expliquant sans doute que ce moyen de défense n'est couronné de succès que dans un nombre extrêmement réduit de cas ». Reste cependant l'autre fait justificatif propre à la diffamation, d'origine prétorienne : la bonne foi, qui peut être admise « alors même que serait irrecevable la preuve de la vérité des faits diffamatoires » (2^e Civ., 29 juin 1988, pourvoi n° 87-10.463, *Bull.* 1988, II, n° 160).

b. Pièces d'un dossier pénal

Il est possible de prouver en produisant les pièces d'un dossier pénal, mais à condition que celles-ci aient été obtenues conformément à la loi. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'aucun texte n'interdisait à une personne qui s'est constituée partie civile dans une instance pénale et qui n'est pas tenue au respect du secret de l'instruction de produire dans un procès civil ultérieur les procès-verbaux qui lui ont été délivrés en sa qualité de partie civile et qui sont présumés avoir été obtenus régulièrement (Soc., 6 juillet 1994, pourvoi n° 90-43.640, *Bull.* 1994, V, n° 227 ; 2^e Civ., 22 octobre 2009, *Bull.* 2009, II, n° 253). En revanche, la jurisprudence retient qu'en application des articles R. 155 et R. 156 du code de procédure pénale, un tiers à une procédure pénale en cours ou terminée ne peut obtenir la délivrance de pièces extraites de ladite procédure qu'avec l'autorisation du procureur de la République. Dès lors, un plaideur qui produit de telles pièces sans justifier de l'autorisation requise s'expose à ce qu'elles soient écartées des débats (2^e Civ., 20 décembre 2007, pourvoi n° 07-12.281 ; 2^e Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-12.574, *Bull.* 2009, II, n° 96).

B. Exception à l'exigence

Autant la chambre criminelle fixe des limites fermes au principe de la liberté des preuves lorsque la preuve est constituée et produite par un agent de l'autorité publique, autant les limites sont flexibles ou faibles lorsque la preuve est produite par une partie privée.

Lorsque la preuve est constituée par un particulier, le principe est, en effet, celui de l'admission des moyens de preuve illicites ou illégaux. Selon une formule maintes fois répétée, « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante ». Se fondant sur cette disposition, aux termes de laquelle, hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve, la chambre criminelle a notamment admis comme mode de preuve la production par la partie civile poursuivante d'une correspondance confidentielle qui lui avait été communiquée de manière anonyme (Crim., 15 juin 1993, pourvoi n° 92-82.509, *Bull. crim.* 1993, n° 210), la production par la partie civile d'un film montrant un salarié volant dans la caisse, dans des poursuites pour abus de confiance (Crim., 6 avril 1994, pourvoi n° 93-82.717, *Bull. crim.* 1994, n° 136) et l'opération de « *testing* » dans des poursuites du chef de discrimination en raison de la race ou de l'ethnie (Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.559, *Bull. crim.* 2002, n° 131). Elle a, par ailleurs, jugé que pouvait être admis comme mode de preuve

l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, dès lors qu'il était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement était victime (Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim.* 2007, n° 27). Dans le droit fil de cette jurisprudence, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir refusé d'écarter des débats des pièces qui auraient été obtenues frauduleusement par un salarié, remises aux gendarmes au moment où il était allé dénoncer aux services de gendarmerie les agissements de son employeur (Crim., 27 janvier 2010, pourvoi n° 09-83.395, *Bull. crim.* 2010, n° 16).

Au stade de l'instruction, la chambre criminelle admet que le juge d'instruction verse au dossier des enregistrements de conversations privées, réalisés par un particulier à l'insu de la personne concernée, dès lors qu'ils ne sont pas en eux-mêmes des actes ou pièces de l'information au sens de l'article 170 du code de procédure pénale et comme tels susceptibles d'être annulés et qu'ils ne procèdent d'aucune intervention, directe ou indirecte d'une autorité publique. Il en va de même de leur transcription, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu (Crim., 6 avril 1993, pourvoi n° 93-80.184; Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim.* 2012, n° 27; Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, n° 64). Il en est également ainsi des enregistrements, réalisés dans des conditions identiques, de propos tenus entre un avocat et son client, ainsi que de leur transcription, lesquels échappent, en outre, aux prévisions de l'article 100-5 du code de procédure pénale relatif aux seules interceptions de correspondances ordonnées par une autorité publique, comme de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 concernant les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat (Crim., 31 janvier 2012, précité).

Si la chambre criminelle admet que les particuliers versent aux débats des moyens de preuve illicites ou déloyaux, elle a eu l'occasion de fixer certaines limites au principe de la liberté de la preuve.

En particulier, elle a souligné à plusieurs reprises que lorsque les particuliers agissent en concertation avec les agents de l'autorité publique, qu'ils agissent sur leurs instructions, ou avec leur concours, les actes accomplis doivent respecter les exigences de légalité et de loyauté. On peut citer à cet égard un arrêt rendu par la chambre criminelle dans une affaire dans laquelle un particulier s'était connecté sur internet à la demande de policiers, s'était fait passer pour un adolescent de quatorze ans et avait incité une personne à lui transmettre des images de mineurs à caractère pornographique. La chambre criminelle a jugé que « porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus » (Crim., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-84.837, *Bull. crim.* 2006, n° 132). À la suite de cet arrêt, le législateur a légalisé certains actes d'infiltration dans le domaine de la cybercriminalité (article 706-47-3 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007).

La chambre criminelle n'admet donc pas les preuves illicites lorsque les particuliers agissent en concertation avec les agents de l'autorité publique.

Par ailleurs, si la chambre criminelle admet la recevabilité de la preuve obtenue par un moyen illicite, c'est à la condition qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense. Elle vérifie ainsi que la pièce produite par les parties a été soumise à un débat contradictoire.

§ 2. Contrôle particulier des dispositifs de surveillance

Si la surveillance d'autrui est admise comme mode de preuve, ce n'est que dans les limites d'un cadre strictement délimité afin d'assurer le respect des libertés individuelles (A). Dans les relations particulières qu'implique un contrat de travail, l'employeur, du fait même de la nature de ce lien contractuel, dispose sur un autre individu d'un pouvoir de direction. Ce pouvoir de direction emporte celui de surveiller le salarié, mais dans des conditions qui doivent là encore assurer la protection des libertés de ce dernier (B).

A. Surveillance d'autrui

Le contrôle judiciaire de la surveillance s'exerce sur la surveillance humaine (1) et technologique (2).

1. Surveillance humaine

a. Détective privé

Les juridictions peuvent être réticentes à admettre un rapport d'enquête privé établi par un détective, d'une part, en raison de l'atteinte à la vie privée que des investigations trop intrusives peuvent susciter, d'autre part, à cause du caractère unilatéral de la démarche financée par l'une des parties.

Toutefois, dans un arrêt du 18 mai 2005 (1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-13.745, *Bull.* 2005, I, n° 213), la première chambre civile de la Cour de cassation admet qu'une enquête privée puisse être considérée comme un mode de preuve des relations injurieuses pour le mari entretenues par sa femme envers un tiers. Elle a ainsi jugé qu'une cour d'appel qui « retient, [...] après avoir souverainement apprécié les éléments de preuve fournis, que les relations injurieuses pour le mari entretenues par l'épouse avec un tiers sont établies par des courriels et par un rapport d'enquête privé [nous soulignons], en a justement déduit, en l'absence de preuve de violence ou de fraude, que [...] des violations graves et renouvelées des obligations du mariage étaient démontrées ».

L'enquête privée ne sert pas de seul fondement à la faute retenue par les juges du fond, elle s'inscrit dans un faisceau d'éléments qui vont fonder leur conviction. Mais, ce qu'il convient de retenir, c'est que le recours à ce mode de preuve n'est pas interdit.

Dans un arrêt du 3 juin 2004 (pourvoi n° 02-19.886, *Bull.* 2004, II, n° 273) la deuxième chambre civile a, au visa de l'article 9 du code civil et du respect de la vie privée, écarté le rapport établi par un détective venant étayer une demande de suppression de prestation compensatoire. La deuxième chambre a jugé que dès lors qu'il est établi qu'une personne « avait été épiée, surveillée et suivie pendant plusieurs mois, ce dont il résulte que cette immixtion dans sa vie privée [par un détective privé auquel avait été confiée la recherche d'éléments de train de vie susceptibles d'appuyer la demande en suppression de prestation compensatoire de l'ex-époux] était disproportionnée par rapport au but poursuivi, le tribunal a violé [l'article 9 du code civil] ».

Le mode de preuve lui-même, à savoir le recours à un détective, n'a pas été sanctionné en tant que tel. Dans un contrôle de proportionnalité proche de celui auquel procède la Cour européenne des droits de l'homme, la deuxième chambre a mis en cause la durée et la lourdeur des investigations.

Ces deux décisions ne sont donc pas incompatibles. Aussi, un rapport d'enquête privé peut être versé au soutien d'une demande en divorce pour faute et venir s'insérer en complément d'autres éléments probatoires sans être, *ab initio*, rejeté en raison de sa nature même.

Dans un arrêt du 28 février 2006 (pourvoi n° 05-14.288), la première chambre civile a jugé « qu'ayant retenu que les faits d'adultère de M. X... étaient démontrés tant par les rapports de détective privé que par l'attestation de Mme Z..., l'existence d'un compte commun ouvert au nom de M. X... et de Mme A... et la domiciliation de cette dernière chez celui-ci, la cour qui n'était pas tenue de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'elle décidait d'écarter, ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a, en prononçant le divorce aux torts partagés, nécessairement estimé que ces faits d'adultère n'étaient pas excusés par l'adultère de Mme Y... ».

La Cour a confirmé la position retenue dans son arrêt du 18 mai 2005 précité, le rapport d'un détective privé est un mode de preuve admissible dans une procédure de divorce; il constitue un élément probatoire qui s'inscrit dans l'ensemble de ceux qui sont souverainement appréciés par les juges du fond.

b. Interception des correspondances

Pour la Cour européenne, l'interception des correspondances s'analyse en une ingérence d'une autorité publique qui méconnaît l'article 8 de la Convention sauf si, prévue par la loi, elle est nécessaire à la poursuite d'un ou plusieurs des buts légitimes énoncés.

Dès 1978, elle a ainsi énoncé que « quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Cette appréciation ne revêt qu'un caractère relatif : elle dépend [...] [entre autres, du] type de recours fourni par le droit interne » (§ 50). « Par conséquent, il y a lieu de rechercher si les procédures destinées au contrôle de l'adoption et de l'application des mesures restrictives sont aptes à limiter à ce qui est "nécessaire dans une société démocratique" "l'ingérence" résultant de la législation incriminée » (§ 54) (CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, requête n° 5029/71).

Saisie de la question de savoir si le droit interne du Royaume-Uni présentait des normes juridiques accessibles et des garanties suffisantes, la Cour a considéré que le droit anglais et gallois en matière d'interceptions était obscur, peu accessible et qu'il existait un risque d'abus; elle a ainsi condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 8 (CEDH, 16 mai 1983, *Malone c. Royaume-Uni*, requête n° 8691/79).

Quelques années plus tard, la France a également fait l'objet d'une condamnation en raison de l'absence d'une législation spécifique applicable aux interceptions de correspondances (CEDH, 24 avril 1990, *Krüslin c. France*, requête n° 11801/85), ce qui a conduit à l'adoption, d'une part de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, dont les dispositions ont été insérées dans les articles 100 et suivants du code de procédure pénale, d'autre part à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 relative aux adaptations de la justice aux évolutions de la criminalité, posant un régime spécial en matière de criminalité organisée.

2. Surveillance technologique

a. Enregistrements

La diffusion aujourd'hui pratiquement universelle des moyens d'enregistrement, audio ou vidéo, a accompagné la démocratisation des téléphones portables multifonction. Désormais, chacun peut disposer de moyens modernes, efficaces et discrets de procéder à un enregistrement des faits et gestes d'autrui. La tentation est grande d'utiliser en justice les éléments de preuve ainsi recueillis. Mais les conditions de la captation de ces sons ou de ces images ne sont pas sans menacer le respect des droits d'autrui, de la vie privée, de secrets légalement protégés. La Cour de cassation a été amenée à se pencher sur les questions que soulève l'utilisation de ces technologies.

α. Retranscription de propos captés à l'insu des intéressés

La loyauté dans l'administration de la preuve trouve son fondement, en matière civile, dans l'article 9 du code de procédure civile, aux termes duquel « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention », ainsi que dans l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui consacre le droit à un procès équitable.

C'est au visa de ces dispositions que les chambres civiles, commerciale et sociale de la Cour de cassation ont jugé que l'enregistrement de conversations téléphoniques ou les enregistrements vidéo réalisés à l'insu des personnes enregistrées constituent un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue (voir, notamment, en ce sens : 2^e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.653, *Bull.* 2004, II, n° 447 ; 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).

Cette solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation statuant en assemblée plénière du 7 janvier 2011 (pourvoi n° 09-14.667, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1) qui, après avoir retenu que, « sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence », décide qu'il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que « l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

La question de l'admissibilité de tels éléments de preuve reçoit cependant un traitement différent en matière pénale, lorsqu'ils sont constitués et produits par un particulier. En effet, se fondant sur l'article 427 du code de procédure pénale, qui prévoit que « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction » et que « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui », la chambre criminelle décide, de manière constante, « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante » (Crim.,

7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, n° 64). Au stade de l'instruction, la chambre criminelle admet que le juge d'instruction verse au dossier des enregistrements de conversations privées, réalisées par un particulier à l'insu de la personne concernée, dès lors qu'ils ne sont pas en eux-mêmes des actes ou pièces de l'information au sens de l'article 170 du code de procédure pénale et comme tels susceptibles d'être annulés et qu'ils ne procèdent d'aucune intervention, directe ou indirecte d'une autorité publique. Il en va de même de leur transcription, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu (Crim., 6 avril 1993, pourvoi n° 93-80.184; Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim.* 2012, n° 27; Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, n° 64).

Elle a néanmoins semblé avoir amorcé, en 2007, un infléchissement de sa jurisprudence (voir, en ce sens, P. Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* n° 4, avril 2009, étude 8) en subordonnant la validation de la prise en compte d'un enregistrement téléphonique obtenu à l'insu de l'auteur des propos enregistrés à la circonstance que « l'enregistrement de la conversation téléphonique privée, réalisé par M. X., était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont il était victime et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violences qui lui étaient imputées » (Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim.* 2007, n° 27). De la même manière, par un arrêt du 19 janvier 2010 (pourvoi n° 09-84.408, *Bull. crim.* 2010, n° 12), rendu en matière de presse, elle a jugé que « le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les besoins de sa défense, les pièces de nature à établir la vérité des faits ou sa bonne foi, sans qu'elles puissent être écartées des débats au motif qu'elles auraient été obtenues par des moyens illicites ou déloyaux ».

Ses arrêts les plus récents ne font toutefois plus référence, pour admettre ces éléments de preuve, à la possibilité de se défendre contre une accusation, mais seulement, comme précédemment, au principe de la contradiction (Crim., 27 janvier 2010, pourvoi n° 09-83.395, *Bull. crim.* 2010, n° 16; 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim.* 2012, n° 27).

Les enregistrements de conversations privées réalisés à l'insu des personnes concernées par un particulier, certes recevables à titre de preuve en matière pénale, sont néanmoins susceptibles de constituer une atteinte à la vie privée et d'être incriminés sur le fondement des articles 226-1 et 226-2 du code pénal qui répriment, pour le premier, le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de volontairement porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ou en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé et, pour le second, le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1.

La question s'est cependant posée de savoir si, en pareille hypothèse, l'infraction est constituée dès lors que son auteur a utilisé des techniques d'enregistrement des propos ou de l'image d'une personne dans les conditions définies par ces textes, ou bien s'il est nécessaire, en outre, de rapporter la preuve d'une atteinte effective à l'intimité de la vie privée.

La chambre criminelle a clairement opté pour la première interprétation dans un arrêt du 30 septembre 2008 (pourvoi n° 07-82.249, *Bull. crim.* 2008, n° 197) dont il résulte que justifient leur décision les juges du fond qui, pour dire établi en tous ses éléments, y compris l'élément intentionnel, le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée prévu par l'ancien article 368 du code pénal, devenu l'article 226-1 du même code, retiennent que les interceptions pratiquées de façon clandestine et irrégulière sur les lignes téléphoniques du domicile ou du local professionnel des parties civiles, ont, par leur conception, leur objet et leur durée, nécessairement conduit les auteurs desdites écoutes à pénétrer dans l'intimité de la vie privée des personnes concernées et de leurs interlocuteurs; dans un arrêt du 16 février 2010 (pourvoi n° 09-81.492, *Bull. crim.* 2010, n° 25), elle précise que selon l'article 226-1, alinéa 2, du code pénal : « constitue une atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée le seul fait de fixer, enregistrer et transmettre, sans le consentement de celle-ci l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ».

La première chambre civile a adopté une solution identique en décidant, par deux arrêts du 6 octobre 2011 (pourvoi n° 10-21.822, *Bull.* 2011, I, n° 161 ; pourvoi n° 10-21.823, *Bull.* 2011, I, n° 162), que « constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ».

Elle a donc censuré l'arrêt qui, « pour rejeter les demandes [formées par une personne en référé] tirées de l'existence d'un trouble manifestement illicite constitué par la publication d'enregistrements réalisés à son insu à son domicile de conversations privées et du dommage imminent susceptible de lui être causé, [avait énoncé, notamment] que l'article 226-2 du Code pénal prend place au chapitre VI intitulé "Des atteintes à la personnalité" et à la première section de ce chapitre qui traite exclusivement "De l'atteinte à la vie privée" et que, sauf à se méprendre sur la portée de ces dispositions qui, définissant une infraction pénale, ne peuvent qu'être strictement interprétées, l'article 226-2 n'englobe pas dans sa prévention tout enregistrement de propos effectués sans le consentement de l'auteur qui les a tenus, mais uniquement ceux qui "portent atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui" ».

Cette interprétation convergente des articles 226-1 et 226-2 du code pénal est incontestablement de nature à renforcer la protection pénale et civile des droits de la personnalité.

β. Enregistrements clandestins dans le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence a donné l'occasion à la Cour de cassation de se prononcer à deux reprises sur la loyauté de preuves résultant d'enregistrements de communications téléphoniques réalisés à l'insu des intéressés. Dans la même affaire, par un premier arrêt du 3 juin 2008 (pourvoi n° 07-17.147, *Bull.* 2008, IV, n° 112), la chambre commerciale a jugé, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que ces enregistrements ne pouvaient être utilisés à titre de preuve. Puis, à la suite de la résistance de la cour d'appel de renvoi, l'assemblée plénière de la Cour est venue, par un nouvel arrêt du 7 janvier 2011 (pourvoi n° 09-14.667, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1), à la fois confirmer et affiner la solution déjà retenue par la chambre commerciale.

La difficulté résidait dans l'autonomie de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, investie de la mission de veiller à la régulation de la libre concurrence sur les marchés. On sait que cette procédure se décompose en deux temps :

- devant le Conseil de la concurrence, elle comprend l'instruction par le rapporteur et le jugement; elle bénéficie de la garantie du principe de la contradiction prévu et organisé par des textes; en effet, la procédure suivie devant lui est réglementée sous le chapitre III par les articles R. 463-1 et R. 463-16, les décisions et les voies de recours étant régies par les articles R. 464-1 et R. 461-31 du code de commerce;
- en revanche, la phase qui précède, c'est-à-dire l'enquête administrative destinée à rassembler les preuves et identifier les auteurs, n'est soumise par aucun texte au principe de la contradiction; c'est donc de façon prétorienne que l'obligation du contradictoire et de loyauté à l'égard des personnes entendues avait été étendue aux enquêteurs; en effet, dès 1994, la cour d'appel de Paris (arrêt du 8 avril 1994, Hyperrallye, recours contre la décision n° 93-D-24 du Conseil de la concurrence), sur le fondement de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a jugé que l'enquête menée par les inspecteurs de la direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF), non soumise aux exigences du principe de la contradiction, ne « peut conduire les personnes entendues à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elles pourraient se méprendre et qui seraient ensuite utilisées contre elles; qu'une telle conséquence, laquelle s'oppose à l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche des preuves, serait au demeurant incompatible avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantit le droit de toute personne à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».

À l'exception de l'article L. 462-8 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, et des ordonnances n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 et n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, aucun texte ne réglemente le régime de la preuve en cette matière. Le Conseil a donc dès l'origine utilisé la technique du faisceau d'indices pour établir la preuve des faits qualifiés puis sanctionnés par lui (en ce sens, voir Com., 8 décembre 1992, pourvoi n° 90-20.258, *Bull.* 1992, IV, n° 404; Com., 12 janvier 1993, pourvoi n° 91.11-533, *Bull.* 1993, IV, n° 8; Com., 25 avril 2001, pourvoi n° 99-11.667).

Les dispositions régissant sa procédure se sont avérées rapidement lacunaires, et le Conseil, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, s'est inspiré de principes énoncés dans le cadre de procédures proches de la sienne, tantôt de procédure pénale, en raison du caractère punitif des décisions qu'il prononce, de sa mission de protection de l'ordre public économique, et de l'efficacité exigée en la matière, tantôt de procédure civile.

Ainsi des règles processuelles pénales, comme celles de la prescription (théorie des infractions continues, définition des actes interruptifs : Com., 6 mars 2007, pourvoi n° 06-13.534, *Bull.* 2007, IV, n° 77) ou encore de la non-rétroactivité de la loi plus sévère (Conseil de la concurrence, 28 juillet 2005, décision n° 05-D-49; Conseil de la concurrence, 6 décembre 2006, décision n° 06-D-36), ou encore le principe *non bis in idem* (Com., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.852) ont fait l'objet d'applications.

Les autorités de contrôle du Conseil de la concurrence se sont également référées à des principes découlant de dispositions du code de procédure civile. Comme le

rappelle Chantal Momège (*Concurrences* n° 1-2006, p. 187), le Conseil de la concurrence n'étant pas une juridiction pénale, il est difficile de transposer purement et simplement les solutions du droit pénal. Elle ajoute que le Conseil exerce aussi un rôle correctif et ne dispose pas du principe d'opportunité des poursuites, ce qui le rapproche d'une juridiction civile ou commerciale. Enfin, cet auteur expose qu'il est choquant que la partie saisissante puisse utiliser, devant le Conseil, des moyens qu'elle ne peut utiliser devant le juge de droit commun devant lequel elle peut ensuite aller demander des dommages-intérêts.

La question se posait donc de savoir si les parties elles-mêmes, dont celles qui saisissent le Conseil de la concurrence, ne devaient pas être soumises à la même obligation de loyauté que celle qui pèse sur les enquêteurs, et plus généralement, dans le silence des textes, de savoir de quelle procédure, procédure pénale ou procédure civile, les règles gouvernant l'admissibilité de ces enregistrements devaient être issues.

En effet, contrairement à la chambre criminelle qui fait application d'autres textes et principes, les chambres civiles, commerciale et sociale de la Cour de cassation rejettent les enregistrements de conversations téléphoniques ou les enregistrements vidéo faits à l'insu de l'un des interlocuteurs en raison de leur caractère déloyal (voir, en ce sens, notamment, 2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 02-19.886, *Bull.* 2004, II, n° 273 [espionnage par un détective privé]; 2^e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.653, *Bull.* 2004, II, n° 447 [enregistrement d'une conversation téléphonique]; Com., 25 février 2003, pourvoi n° 01-02.913 [*idem*]; Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, *Bull.* 1991, V, n° 519 [s'agissant d'un enregistrement de paroles et d'images]).

Si l'étude comparative menée par le rapporteur de l'arrêt de l'assemblée plénière du 7 janvier 2011 précité établissait que les juridictions étrangères retiennent des solutions variées, la Cour de cassation disposait tout de même de quelques éléments d'importance.

Ainsi, en droit communautaire, la Commission européenne, dans une décision du 26 octobre 1999, a écarté des enregistrements et transcriptions de conversations téléphoniques qui avaient été réalisés à l'insu d'entreprises concernées par une enquête (Décision 2000/117/CE de la Commission du 26 octobre 1999, *JO L* 39 du 14 février 2000, p. 1-28).

Se fondant sur l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre commerciale, par un premier arrêt précité du 3 juin 2008, avait décidé que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constituait un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve.

Poursuivant cette jurisprudence, elle a, par deux décisions du 3 mars 2009, clairement fondé la procédure de concurrence sur les dispositions du code de procédure civile en énonçant la règle de principe suivante : « Les dispositions du code de procédure civile ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires du code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre les décisions du Conseil de la concurrence » (Com., 3 mars 2009, pourvoi n° 08-13.767, *Bull.* 2009, IV, n° 29 et pourvoi n° 08-14.435, *Bull.* 2009, IV, n° 30; *Contrats, concurrence, consommation* n° 5, mai 2009, p. 36, commentaire G. Decocq).

Parachevant la jurisprudence entamée par la chambre commerciale, l'assemblée plénière, dans son arrêt du 7 janvier 2011 précité, se fondant non plus seulement sur l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales, mais aussi sur l'article 9 du code de procédure civile et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, affirme que, «sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence». Il en résulte logiquement que «l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve».

Comme le rappelle le commentaire de cet arrêt au *Rapport annuel (Rapport 2011, p. 381)*, «Si les enjeux économiques et l'ordre public économique ne doivent pas être étrangers au juge, ils ne peuvent cependant le détourner de l'obligation de statuer suivant les principes fondamentaux qui fondent la légitimité de son action».

γ. *Enregistrements en matière pénale*

La Cour européenne, lorsqu'elle est appelée à contrôler l'admissibilité d'un moyen de preuve qui n'a pas été recueilli conformément au droit interne, tel qu'un enregistrement illégal, part du principe général en vertu duquel la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne réglemente pas l'admissibilité des preuves en tant que telle pour décider qu'elle ne saurait exclure par principe, et in abstracto, l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale et qu'il lui incombe seulement de rechercher si le procès a présenté dans l'ensemble un caractère équitable en conformité avec l'article 6 de la Convention (CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, requête n° 10862/84; CEDH, 10 mars 2009, Bykov c. Russie, requête n° 4378/02).

S'agissant précisément des modes de preuve que constituent les opérations de sonorisation ou de fixation d'images, elle est régulièrement saisie par des requérants invoquant une violation de l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance.

Au regard du droit français, les officiers de police judiciaire ne peuvent jamais, quel que soit le type d'enquête (de flagrance ou préliminaire), procéder à des écoutes téléphoniques sans autorisation, le juge des libertés et de la détention en matière de criminalité organisée et le juge d'instruction ayant le monopole de la décision en la matière.

La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a apporté quelques modifications à ce régime en prévoyant que l'autorisation est donnée non plus pour une durée de quinze jours, mais de un mois et que le juge des libertés et de la détention est notamment informé des procès-verbaux dressés en exécution de son autorisation.

Depuis la loi du 10 juillet 1991 précitée, la Cour européenne a rendu d'autres décisions concernant la France; elle a ainsi tout d'abord considéré que le dispositif législatif mis en place posait des règles claires et détaillées, précisant avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré (CEDH, 24 août 1998, Lambert c. France, requête n° 88/1197/872/1084). Elle a en revanche estimé qu'il y avait lieu de retenir une violation de l'article 8 de la Convention dans une espèce où le requérant se plaignait du versement à son dossier pénal de la transcription d'écoutes téléphoniques réalisées dans une autre procédure pénale à laquelle il était étranger et dont il n'avait pu contester la régularité, alors que la chambre criminelle avait approuvé l'irrecevabilité de sa demande

en annulation de ces écoutes, en estimant qu'il n'avait pas bénéficié d'un « contrôle efficace » tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était « nécessaire dans une société démocratique » l'ingérence litigieuse (CEDH, 20 mars 2005, *Matheron c. France*, requête n° 57752/00) (§ 43).

La Cour de cassation a rendu de très nombreuses décisions sur ce mode de preuve, énonçant notamment que « les écoutes et enregistrements téléphoniques trouvent leur base légale dans les articles 81 et 151 du Code de procédure pénale; [...] ils peuvent être effectués à l'insu des personnes intéressées, qui ne sont pas seulement celles sur qui pèsent les indices de culpabilité, s'ils sont opérés pendant une durée limitée, sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public, et d'en identifier les auteurs; [...] il faut en outre que l'écoute soit obtenue sans artifice ni stratagème et que sa transcription puisse être contradictoirement discutée par les parties concernées, le tout dans le respect des droits de la défense; [...] ces prescriptions [...] répondent aux exigences de l'article 8 alinéa 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont la méconnaissance serait de nature à entraîner l'annulation des actes critiqués » (Crim., 26 novembre 1990, pourvoi n° 90-84.594; voir aussi Crim., 5 novembre 1991, pourvoi n° 91-84.134).

Par la suite, elle a très régulièrement précisé, en matière de criminalité organisée et en droit commun, les conditions rendant licite ce mode de preuve, par exemple, en explicitant ce qu'il fallait entendre par information donnée sans délai au juge des libertés et de la détention (Crim., 23 mai 2006, pourvoi n° 06-83.241, *Bull. crim.* 2006, n° 139; Crim., 20 mars 2007, pourvoi n° 06-89.555; Crim., 26 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.814), en rappelant la nécessité d'un contrôle effectif de l'autorité judiciaire (Crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 07-82.625; Crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 07-82.401, *Bull. crim.* 2007, n° 172) ou en indiquant que les décisions d'autorisation des interceptions de correspondances téléphoniques n'ont pas à être motivées (Crim., 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.458, *Bull. crim.* 2011, n° 186).

Dans le prolongement de l'arrêt *Matheron* précité rendu en 2005 par la Cour européenne, la chambre criminelle a rendu un arrêt particulièrement important relatif à l'étendue du contrôle de la chambre de l'instruction sur la régularité des procédures comprenant des écoutes téléphoniques, en admettant qu'une personne est recevable à proposer des moyens de nullité pris de l'irrégularité d'actes accomplis dans une information à laquelle elle n'a pas été partie (Crim., 19 décembre 2007, pourvoi n° 07-86.885, *Bull. crim.* 2007, n° 317; Crim., 16 février 2011, pourvoi n° 10-82.865, *Bull. crim.* 2011, n° 29).

Il convient de signaler que le choix de recourir à de telles mesures connaît toutefois des limites, par exemple en raison du principe de la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat avec son client, principe auquel il ne peut être dérogé qu'à titre exceptionnel, s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction (Crim., 15 janvier 1997, pourvoi n° 96-83.753, *Bull. crim.* 1997, n° 14; Crim., 8 novembre 2000, pourvoi n° 00-83.570, *Bull. crim.* 2000, n° 335; Crim., 14 novembre 2001, pourvoi n° 01-85.965, *Bull. crim.* 2001, n° 238; Crim., 1^{er} octobre 2003, pourvoi n° 03-82.909, *Bull. crim.* 2003, n° 177; Crim., 18 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.447, *Bull. crim.* 2006, n° 22; Crim., 17 septembre 2008, pourvoi n° 08-85.229, *Bull. crim.* 2008, n° 191).

Les opérations de sonorisation et de fixation d'images de certains lieux ou véhicules sont soumises à des règles particulières.

La sonorisation d'un lieu privé (procédé de pose de microphones permettant d'écouter et d'enregistrer des conversations dans une pièce) et la fixation d'images (technique permettant de filmer des individus à leur insu) constituent des atteintes exceptionnelles à la liberté individuelle, à l'intimité de la vie privée et au respect du domicile. C'est la raison pour laquelle la Cour européenne se montre également extrêmement attentive au respect de leur mise en œuvre.

Elle a ainsi considéré que l'emploi d'un enregistrement audio et vidéo dans la cellule du détenu et dans la zone de visite de la prison constituait une ingérence non prévue par la loi (CEDH, 4 octobre 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, requête n° 35394/97).

Elle a également conclu à la violation de l'article 8 du fait de l'utilisation d'appareils d'enregistrement vidéo et audio placés à l'insu du détenu dans sa cellule et dans la zone de visite de la prison ainsi que sur la personne d'un codétenu, faute de dispositions légales autorisant ce type de pratiques, et à la violation de l'article 6, les informations recueillies grâce à l'intervention de l'informateur pouvant passer comme ayant été obtenues contre le gré du requérant et leur utilisation ayant porté atteinte à son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination (CEDH, 5 février 2003, *Allan c. Royaume-Uni*, requête n° 48539/99).

En droit interne, le législateur n'a autorisé les opérations de sonorisation et de fixation d'images qu'à des conditions et selon des formalités précisément énumérées par les articles 706-96 et suivants du code de procédure pénale, créés en matière de délinquance et de criminalité organisée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

La Cour de cassation a rendu plusieurs décisions (le plus souvent publiées) sur ces méthodes d'investigation après que la Cour européenne a estimé que de telles opérations devaient intervenir en vertu d'une loi préalable en assurant le strict respect des prescriptions légales énoncées.

Elle a ainsi indiqué que l'interception des conversations échangées entre une personne mise en examen et ses visiteurs, opérée dans les conditions et formes prévues par la loi, ne constituait pas un procédé déloyal d'obtention des preuves à l'encontre d'une tierce personne, ultérieurement mise en examen, et n'était pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense de celle-ci, notamment lorsque cette mesure avait eu pour objet de vérifier les accusations portées à son encontre par la personne mise en examen et qu'elle avait été en mesure de contester le contenu des procès-verbaux de transcription des conversations enregistrées, régulièrement versés à la procédure (Crim., 1^{er} mars 2006, pourvoi n° 05-87.251, *Bull. crim.* 2006, n° 59).

Elle a par exemple rappelé qu'il s'agit d'une procédure qui n'est pas applicable dans une enquête préliminaire (Crim., 21 mars 2007, pourvoi n° 06-89.444, *Bull. crim.* 2007, n° 89; Crim., 27 mai 2009, pourvoi n° 09-82.115, *Bull. crim.* 2009, n° 108; Crim., 12 mai 2010, pourvoi n° 10-80.238) et s'est prononcée sur les conditions de validité de la mesure qui, par exemple, suppose que le juge d'instruction prenne deux actes distincts, une ordonnance d'autorisation motivée puis une commission rogatoire spéciale (Crim., 13 février 2008, pourvoi n° 07-87.458, *Bull. crim.* 2008, n° 40; Crim., 27 février 2008, pourvoi n° 07-88.275, *Bull. crim.* 2008, n° 53) et doit comporter un

délai et respecter des conditions pour son renouvellement (Crim., 13 novembre 2008, pourvoi n° 08-85.456, *Bull. crim.* 2008, n° 230).

Elle s'est plus récemment prononcée sur les lieux susceptibles de faire l'objet d'un dispositif de sonorisation et de captation d'images en précisant, notamment, la différence existant entre « le lieu privé » et « le lieu d'habitation » (Crim., 27 mai 2009, pourvoi n° 09-82.115, *Bull. crim.* 2009, n° 108 ; Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim.* 2011, n° 234).

b. Géolocalisation en matière pénale

Par un important arrêt, la Cour européenne s'est prononcée, pour la première fois, sur la compatibilité avec les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'une surveillance par GPS (système de géolocalisation par satellite) ordonnée dans le cadre d'une enquête pénale (CEDH, 2 septembre 2010, *Uzun c. Allemagne*, requête n° 35623/05).

Dans sa décision, la Cour a tout d'abord relevé que les autorités d'enquête avaient véritablement « pisté » les déplacements du requérant en public, ce qui l'a amenée à conclure à l'existence d'une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, telle que protégée par l'article 8 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ayant vérifié que cette ingérence était bien « prévue par la loi » au regard des dispositions du code de procédure pénale allemand, elle a relevé que la surveillance était réalisée dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de la prévention des infractions pénales (terrorisme) et de la protection des droits des victimes, qu'elle avait seulement été ordonnée après l'échec d'autres mesures moins intrusives, et mise en œuvre pour une courte durée, ne « touchant » le requérant que lorsqu'il se déplaçait dans la voiture de son complice. Elle en a déduit que la surveillance était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et donc « nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 8 § 2.

En droit français, la mesure consistant à mettre en place, sur un véhicule automobile, un dispositif technique tendant à suivre les déplacements de celui-ci, ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique dans le code de procédure pénale, et son fondement légal paraît dès lors devoir être recherché dans les articles 81 et 151 du code de procédure pénale qui permettent au juge d'instruction d'effectuer, sur commission rogatoire, tous actes utiles à la manifestation de la vérité.

La chambre criminelle a vu dans ces dispositions une base légale suffisante pour justifier des mesures d'investigation non comprises dans la nomenclature légale, même lorsqu'elles étaient attentatoires aux droits de la personne.

Il convient de rappeler que, déjà, saisie du pourvoi formé contre la décision d'une chambre de l'instruction ayant rejeté la requête en annulation des réquisitions délivrées dans le cadre d'une enquête préliminaire à un opérateur de téléphonie relatives à la communication des informations concernant les appels reçus et adressés avec localisation des relais déclenchés, au motif que celles-ci n'avaient pas été autorisées par une ordonnance du juge des libertés et de la détention, la chambre criminelle a estimé que l'établissement du parcours d'un individu grâce aux déclenchements de relais n'était pas

de même nature que des écoutes téléphoniques, puis indiqué que la chambre de l'instruction ayant déclaré régulières lesdites réquisitions avait justifié sa décision, dès lors que ces réquisitions tendaient uniquement à la mise à disposition d'informations utiles à la manifestation de la vérité (Crim., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-81.846).

Cependant, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne, au-delà de l'existence d'un fondement légal, il faut que la loi qui prévoit la possibilité de prendre des mesures de surveillance soit accessible et prévisible et qu'il existe des garanties adéquates et suffisantes contre les abus.

La chambre criminelle a été récemment saisie d'un pourvoi formé contre la décision d'une chambre de l'instruction ayant refusé d'annuler des mesures de géolocalisation effectuées grâce à la mise en place d'un dispositif technique placé sur un véhicule (en l'espèce, dans le cadre d'une information suivie, notamment, des chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants et association de malfaiteurs, le juge d'instruction avait prescrit, par commission rogatoire distincte, la mise en place d'un dispositif technique, dit « de géolocalisation », sur un véhicule utilisé par les suspects aux fins d'en déterminer les déplacements).

Rejetant le pourvoi, elle a énoncé que caractérise la prévisibilité et l'accessibilité de la loi, et la proportionnalité de l'ingérence réalisée dans l'exercice, par les personnes concernées, du respect de leur vie privée, au regard de l'article 8 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre de l'instruction qui retient, d'une part, que l'apposition sur un véhicule automobile d'un dispositif technique dit « de géolocalisation » a pour fondement l'article 81 du code de procédure pénale et, d'autre part, que la surveillance a été effectuée sous le contrôle d'un juge et que, s'agissant d'un trafic de stupéfiants en bande organisée portant gravement atteinte à l'ordre public et à la santé publique, elle était proportionnée au but poursuivi et nécessaire au sens du texte conventionnel susvisé (Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim.* 2011, n° 234).

Ce faisant, elle a constaté que la chambre de l'instruction ne s'est pas contentée de se référer au fondement légal de la mesure, tel qu'il résulte des articles 81 et 151 du code de procédure pénale, mais qu'elle a également vérifié, conformément à la décision de la Cour européenne, que cette mesure, qui constitue une ingérence au sens de l'article 8 de la Convention, était bien proportionnée au but poursuivi.

B. Surveillance du salarié par l'employeur

Prérogative inhérente à sa créance de subordination, la possibilité reconnue à l'employeur de surveiller les salariés est porteuse de risques d'atteinte à leurs libertés individuelles. Le principe de cette surveillance et ses différentes formes (1) sont l'objet d'un contrôle (2).

1. Conciliation des prérogatives de l'employeur et des libertés du salarié

La question de la surveillance est particulièrement prégnante en droit du travail, domaine où par définition le salarié peut être surveillé par l'employeur qui dispose à cet égard d'un pouvoir de direction voire de sanction.

C'est la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage qui a assigné une double limite au pouvoir de contrôle compris dans le pouvoir de direction de l'employeur : d'une part, le respect des libertés individuelles et du droit à la vie privée du salarié, posé par l'article L. 1121-1 du code du travail (ancien L. 120-2), aux termes duquel «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», également protégé par l'article 9 du code civil; d'autre part, le principe de la loyauté des preuves, mis en œuvre par l'article L. 2323-32 (ancien L. 432-2-1), alinéa 3, du code du travail, aux termes duquel «Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés», auquel s'ajoutent les articles L. 1222-4 et L. 1221-9 (ancien L. 121-8), selon lesquels «Aucune information concernant personnellement un salarié (ou un candidat à un emploi) ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance», qui prohibent l'utilisation de procédés de preuve secrets, tout comme l'article 9 du code de procédure civile.

La jurisprudence qui en est issue tente de concilier les libertés des salariés, garanties notamment par les dispositions susvisées, avec l'intérêt de l'entreprise et les besoins de l'employeur, lequel, dans le cadre de son pouvoir de direction, doit pouvoir contrôler l'exécution du travail commandé en s'assurant que les salariés exécutent leur mission et respectent la réglementation. C'est ainsi que la chambre sociale a posé très tôt que, «si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés» (Soc., 22 mai 1995, pourvoi n° 93-44.078, *Bull.* 1995, V, n° 164; voir aussi Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, *Bull.* 1991, V, n° 519, le premier arrêt cité reprenant les termes des articles L. 121-8 et L. 432-2-1 introduits par le législateur en 1992, le second étant fondé sur l'article 9 du code de procédure civile). Notons que la formule alors employée «qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés» permettait de recouvrir à la fois les exigences de l'article L. 432-2-1 et celles de l'article L. 121-8 rappelées ci-dessus, bien que leurs conditions respectives d'application ne se recoupent pas nécessairement, puisque le premier concerne les procédés de contrôle **collectif**, ce qui justifie l'information collective des salariés par la voie de leurs représentants du personnel, alors que le second vise les dispositifs permettant de donner des informations **personnelles** sur un salarié et donc son identification, ce qui justifie son information personnelle préalable.

Encore faut-il souligner que la chambre sociale ne soumet à cette information préalable que les dispositifs de surveillance mis en place spécialement pour contrôler l'activité professionnelle des salariés, conformément aux prévisions légales.

Dispositifs, en premier lieu, tels l'enregistrement des conversations (Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-42.090, *Bull.* 2000, V, n° 101, s'agissant de l'information personnelle), la vidéosurveillance (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-43.866, *Bull.* 2006, V, n° 206 : «Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du

comité d'entreprise»). Constituent ainsi un moyen de preuve illicite l'enregistrement du salarié par le système de vidéosurveillance de la clientèle mis en place par l'employeur qui est également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés, sans information et consultation préalables du comité d'entreprise (Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, *Bull.* 2001, V, n° 28) ou le badge de contrôle de rondes (Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 09-72.766; Soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-42.284).

En revanche, la chambre a jugé que ne constituent pas un procédé de surveillance illicite et donc un mode de preuve illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance d'un salarié ou du comité d'entreprise :

- le recours à des contrôleurs au service de l'employeur qui agissent de façon anonyme et qui sont chargés de surveiller les salariés qui manient des fonds (Soc., 11 janvier 1995, pourvoi n° 93-42.270);
- la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux de travail par son supérieur hiérarchique (Soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 04-43.582, *Bull.* 2006, V, n° 145 : « la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite »), ou par un inspecteur des recettes de l'employeur, la RATP (Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-44.612);
- le simple contrôle de l'activité d'un salarié chargé de l'approvisionnement et de la collecte des fonds de distributeurs automatiques dans le métro par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-14.241).

Si les deux premiers arrêts sont relatifs à l'absence d'information personnelle du salarié, la solution adoptée dans le troisième a été la même s'agissant de l'obligation d'information et de consultation préalable du comité d'entreprise qui ne concerne que les « moyens ou les techniques », et non une délégation de son pouvoir de contrôle par l'employeur à des salariés de l'entreprise – mission de tout chef de chantier ou de tout chef de service. Mais si l'employeur fait appel à une entreprise extérieure pour exercer ce contrôle, les dispositions précitées retrouvent tout leur empire, puisque les salariés ne peuvent *a priori* savoir qu'ils font l'objet d'une surveillance de sa part (Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-42.219, *Bull.* 2001, V, n° 167).

En second lieu, la chambre sociale admet la recevabilité des preuves établies au moyen de dispositifs de surveillance ayant pour objet de garantir la sécurité des locaux dans lesquels les salariés ne travaillent pas, car il ne s'agit pas alors de contrôler l'activité des salariés, mais de protéger les biens (Soc., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-45.092 : « si l'employeur ne peut mettre en œuvre dans l'entreprise un procédé de contrôle de l'activité des salariés qui n'a pas été porté préalablement à leur connaissance, il peut librement mettre en place un dispositif de surveillance d'une partie des locaux dans laquelle les salariés ne travaillent pas »; Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-46.295, *Bull.* 2005, V, n° 141 : « si l'employeur ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle de l'activité professionnelle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés, il peut leur opposer les preuves recueillies par les systèmes de surveillance des locaux auxquels ils n'ont pas accès, et n'est pas tenu de divulguer l'existence de procédés installés par les clients de l'entreprise; qu'ayant constaté que la mise en place de la caméra avait été décidée par un client et n'avait pas pour but de contrôler le travail des salariés, mais uniquement de surveiller la porte d'accès d'un local dans lequel ils ne devaient avoir aucune activité, une cour d'appel a pu décider [...] que les enregistrements

vidéo litigieux constituaient un moyen de preuve licite »; Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, *Bull.* 2001, V, n° 28), ou d'un dispositif d'enregistrement des numéros des appels téléphoniques passés par un autocommutateur téléphonique, qui a pour vocation de servir de standard téléphonique automatique (Soc., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-45.279).

Ajoutons que certains procédés de contrôle, nécessairement clandestins et donc déloyaux, sont considérés comme des moyens de preuve illicites sur le seul fondement de l'article 9 du code de procédure civile, comme la filature ou la surveillance par un détective privé ou un huissier (Soc., 4 février 1998, pourvoi n° 95-43.421, *Bull.* 1998, V, n° 64; Soc., 15 mai 2002, pourvoi n° 00-42.885), l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel de La Poste (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.266, *Bull.* 2012, V, n° 208) ou le recours à un stratagème pour des vérifications clandestines (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-45.093, *Bull.* 2008, V, n° 64), alors que ceux qui pourraient donner lieu à information préalable des salariés, comme la vidéosurveillance, ne sont censurés qu'en raison du défaut de respect de cette exigence (Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, *Bull.* 2001, V, n° 28; Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-42.219, *Bull.* 2001, V, n° 167); ou à l'inverse reçus (Soc., 2 février 2011, pourvoi n° 10-14.263).

S'agissant plus spécifiquement de ce dernier mode de preuve, la chambre sociale a été amenée par des considérations finalistes à étendre cette exigence d'information préalable du comité d'entreprise et des salariés, d'une part au système de vidéosurveillance de la clientèle, également utilisé par l'employeur pour contrôler les salariés (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-43.866, *Bull.* 2006, V, n° 206), et, plus récemment, au système de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente de l'employeur pour protéger les entrées de l'entreprise qui permettait également le contrôle des heures de travail des salariés (Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.482, *Bull.* 2012, V, n° 2), revenant ainsi sur sa jurisprudence antérieure (Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-46.295, précité) qui avait jugé que l'employeur n'était pas tenu de divulguer l'existence de procédés installés par les clients de l'entreprise. Il doit être souligné que cette dernière décision est intervenue alors même que l'employeur avait sollicité une autorisation judiciaire d'utiliser les enregistrements par requête fondée sur l'article 145 du code de procédure civile, procédure qui n'a pas été considérée comme permettant de couvrir leur caractère illicite originel.

2. Mise en œuvre de la conciliation

a. Filature

Pour établir l'existence de comportements répréhensibles de son salarié, vol, concurrence déloyale, non-exécution de ses obligations professionnelles, l'employeur peut être tenté d'avoir recours aux services d'un détective privé, que l'enquête porte sur le comportement du salarié sur son lieu de travail ou dans le cadre de sa vie privée.

Les possibilités de dérive d'une telle pratique sont manifestes, tant du point de vue de leur loyauté que du point de vue de leur proportionnalité au but poursuivi. La chambre sociale de la Cour de cassation a construit sa jurisprudence sur le fondement des articles 9 du code civil, 9 du code de procédure civile, L. 1121-1 du code du travail et également 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Suivant une jurisprudence stricte, la chambre sociale exclut toute possibilité de filature du salarié dans le cadre de sa vie privée. C'est ainsi qu'il a été affirmé qu'une filature, organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié, constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur. Un supérieur hiérarchique ne peut par exemple se poster à proximité du domicile d'un salarié pour en surveiller les allées et venues (Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, *Bull.* 2002, V, n° 352).

Seule peut être loyale une filature organisée pendant le temps de travail, si le salarié a été averti d'une telle mesure. Selon une jurisprudence constante, la preuve rapportée par l'enquête d'un détective privé n'est ainsi loyale, et donc licite, que si le salarié a été averti de la conduite d'une telle enquête. Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés. Les comptes rendus de filature constituent un moyen de preuve illicite s'ils ont été effectués à l'insu du salarié (Soc., 22 mai 1995, pourvoi n° 93-44.078, *Bull.* 1995, V, n° 164; Soc., 4 février 1998, pourvoi n° 95-43.421, *Bull.* 1998, V, n° 64; Soc., 6 novembre 2008, pourvoi n° 06-45.749).

Le contrôle de la licéité du recours à ce mode de surveillance est particulièrement poussé. Les juges du fond doivent, y compris d'office, dans le respect du principe de la contradiction, vérifier que le salarié a bien été averti de la procédure de contrôle que constitue le recours à un enquêteur privé (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-41.401, *Bull.* 2005, V, n° 333).

Le caractère illicite du rapport établi par un détective privé chargé d'une mesure de filature entache l'ensemble de cette pièce. Les juges ne peuvent décider de ne retenir que la partie d'un tel rapport qui ne ferait pas mention d'actes de filatures opérés sans que le salarié en soit averti. L'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet pur et simple des débats (Soc., 4 février 1998, pourvoi n° 95-43.421, *Bull.* 1998, V, n° 64).

Le fait qu'un des griefs faits au salarié ait été rapporté devant la juridiction par le biais d'une enquête de détective privé illicite ne prive cependant pas l'employeur de la possibilité de prouver ces agissements par d'autres moyens dont les juges apprécient la pertinence (Soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-43.578). Le défaut de loyauté de l'élément de preuve n'affecte que celui-ci et non pas l'agissement du salarié lui-même. La chambre sociale de la Cour de cassation prend ainsi soin de vérifier que les juges du fond ont examiné, après avoir écarté l'enquête illicite, les autres éléments de preuve qui ont pu être produits par l'employeur (« le seul moyen de preuve offert étant illicite » : Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-45.382).

Une filature par un détective privé conduite de façon illicite peut cependant permettre à un employeur de prendre connaissance des agissements du salarié. Si cette filature ne peut en soit être utilisée comme mode de preuve devant la juridiction prud'homale, elle peut conduire l'employeur à faire constater, de façon licite, les agissements du salarié par un huissier de justice (Soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.301).

b. Constat d'huissier

Autant le recours à un enquêteur privé est en pratique presque exclusivement le fait de l'employeur, ne serait-ce que du fait du coût d'une telle intervention, autant les salariés peuvent facilement avoir recours à l'intervention d'un huissier de justice, par exemple pour faire constater une dégradation de leurs conditions de travail constitutive d'un harcèlement moral (Soc., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-42.557) ou l'impossibilité d'accéder à l'entreprise à la suite d'un licenciement verbal (Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-45.553). Même si les juges du fond apprécient souverainement la valeur et la portée du contenu d'un constat d'huissier de justice, dont les constatations font foi jusqu'à preuve du contraire (Soc., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-68.163), la force probante d'une telle pièce en fait un élément de preuve parfois incontournable.

Le recours par l'employeur à un constat d'huissier comme mode de preuve suit un régime particulier. S'agissant d'un officier ministériel, l'huissier est habilité à procéder à des constats sans qu'il soit nécessaire que le salarié en soit informé. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi rappelé qu'un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié (Soc., 10 octobre 2007, pourvoi n° 05-45.898). Il est vrai que l'intervention de l'huissier est strictement encadrée, tant en ce qui concerne les conditions et lieux de son intervention qu'en ce qui concerne les faits qu'il est habilité à constater.

L'huissier doit ainsi agir à visage découvert. Il lui est interdit d'user d'un stratagème, ce qui ferait basculer son intervention dans la clandestinité ou la déloyauté et la rendrait illicite. La chambre sociale sanctionne ainsi l'employeur qui s'assure le concours d'un huissier organisant un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces, puis en procédant, après la fermeture du magasin et hors la présence de la salariée, à un contrôle des caisses et du registre des ventes (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-40.852, *Bull.* 2008, V, n° 65). L'huissier doit faire connaître sa qualité lors de ses opérations. Il ne peut donc la dissimuler, ne serait-ce que par omission, même s'il agit dans le cadre d'une ordonnance du président du tribunal de commerce l'en ayant dispensé (Soc., 5 juillet 1995, pourvoi n° 92-40.050, *Bull.* 1995, V, n° 237). C'est cette loyauté de l'intervention de l'huissier qui donne la force probante aux constatations qu'il peut être amené à faire.

L'huissier doit en principe effectuer ses constatations matérielles dans un lieu ouvert au public (Soc., 19 janvier 2005, pourvoi n° 02-44.082). Son intervention ne se cantonne cependant pas aux lieux publics. Il est simplement nécessaire qu'il ait eu un accès autorisé aux locaux dans lesquels il mène ses opérations. Ainsi, un employeur peut demander à un huissier de justice de procéder à un constat dans les locaux de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire que le salarié soit présent ou soit averti de l'établissement de ce constat. Le juge doit simplement vérifier dans un tel cas que dans les locaux visités ne se trouvait aucune affaire personnelle du salarié ni aucun objet ou document susceptible de révéler quoi que ce fût sur la vie privée du salarié (Soc., 13 avril 2010, pourvoi n° 08-45.558).

L'huissier de justice ne peut procéder qu'à des constatations matérielles. Il résulte en effet des dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers que les huissiers de justice peuvent être commis en justice pour effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter. Ils ne peuvent être

commis pour procéder à des auditions de témoins qui relèvent de la procédure d'enquête prévue par les articles 204 et suivants du code de procédure civile et ne peuvent dès lors recueillir des témoignages qu'aux seules fins d'éclairer leurs constatations matérielles (Soc., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.392). En revanche doit être écarté des débats le procès-verbal de constat établi par un huissier commis pour interroger des salariés d'une entreprise concurrente (Soc., 29 octobre 2002, pourvoi n° 00-42.918, *Bull.* 2002, V, n° 326).

c. Géolocalisation

Lorsque le salarié exécute sa prestation de travail à l'extérieur de l'entreprise, en raison de déplacements ou de tâches à réaliser à domicile, le contrôle de la durée du travail implique la mise en place de dispositifs spécifiques. Dans une telle situation, le recours à la géolocalisation peut être regardé comme un outil utile de nature à permettre à l'employeur, tant de vérifier les horaires réellement effectués par le salarié, que de prévenir d'éventuels dépassements des durées maximales de travail.

Mais, eu égard au caractère particulièrement intrusif de cette technologie et aux risques qu'elle représente pour le respect de la vie privée du salarié, le matériel étant en mesure de fournir des informations allant bien au-delà de la simple révélation des horaires de travail, la chambre sociale a, dans un arrêt du 3 novembre 2011 (pourvoi n° 10-18.036, *Bull.* 2011, V, n° 247), encadré strictement les conditions dans lesquelles l'employeur peut y recourir. Un tel système ne peut être utilisé que dans le respect des dispositions de l'article L. 1121-1 du code du travail, aux termes duquel 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 ni proportionnées au but recherché. Les critères de justification et de proportionnalité fixés par ce texte ont conduit la chambre sociale à retenir un principe de subsidiarité, rejoignant ainsi la position de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) (délibération n° 2006-06 du 16 mars 2006, portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public) : la géolocalisation pour le contrôle de la durée du travail n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen et, en toutes hypothèses, il n'est pas justifié lorsque le salarié dispose d'une liberté d'organisation du travail. Or, dans l'affaire examinée par la chambre sociale, le salarié jouissait d'une telle liberté d'organisation, le contrat prévoyant en outre que les rapports d'activité quotidiens que celui-ci devait adresser à l'employeur faisaient preuve de cette activité. Dès lors, le recours à la géolocalisation n'était pas justifié.

L'utilisation d'un système de géolocalisation étant soumise à une obligation de déclaration auprès de la CNIL et d'information des salariés (articles L. 1222-4, alinéa 2 et L. 2323-32, alinéa 2, du code du travail), la chambre sociale a précisé, dans le même arrêt, qu'un tel système de contrôle ne pouvait être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles déclarées auprès de la CNIL et portées à la connaissance des salariés. L'employeur ayant déclaré que le système de géolocalisation installé à bord du véhicule avait pour objet l'amélioration du processus de production par une étude des déplacements, son utilisation pour contrôler la durée du travail du salarié constituait un détournement de finalité.



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

Prud'hommes – Référé – Mesures conservatoires ou de remise en état – Trouble manifestement illicite – Défaut – Applications diverses – Changement d'affectation d'un salarié consécutif au retrait de son habilitation à la conduite de certains véhicules – Conditions – Détermination – Portée

Ass. plén., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-14.688, Bull. 2012, Ass. plén., n° 1, rapport de M. Le Dauphin et avis de M. Foerst

Ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement d'affectation d'un salarié consécutif au retrait de son habilitation à la conduite de certains véhicules dès lors qu'il a pour seul objet, conformément au règlement de sécurité de l'exploitation d'un système de transport public guidé, d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers.

Ayant constaté que le retrait par un employeur de l'habilitation d'un salarié à la conduite des tramways et son affectation sur une ligne d'autobus étaient intervenus après que ce salarié, à qui aucune réprimande n'avait été adressée en raison de cet incident, eut conduit une rame à contresens de la circulation, et qu'il n'en était pas résulté une modification de son contrat de travail mais seulement de ses conditions de travail, une cour d'appel, statuant en référé, a pu en déduire que le trouble invoqué n'était pas manifestement illicite.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 6 janvier 2012 a conduit l'assemblée plénière à faire application, dans un contexte particulier, de certains des principes régissant le droit disciplinaire du travail.

Le salarié d'une société exploitant un réseau de transport public de personnes utilisant des autobus et des tramways s'était vu retirer son habilitation à la conduite des tramways par son employeur après avoir fait circuler la rame qu'il conduisait à contresens de la circulation. À la suite de ce retrait d'habilitation, il avait reçu une nouvelle affectation en tant que conducteur d'autobus. Invoquant un trouble manifestement illicite, caractérisé, selon lui, tant par le prononcé d'une sanction disciplinaire sans qu'ait été mise en œuvre la procédure prescrite en pareil cas par la convention collective applicable et le règlement intérieur de l'entreprise prévoyant la saisine préalable du conseil de discipline, que par la modification unilatérale de son contrat de travail, l'intéressé avait saisi la formation de référés de la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir des mesures de remise en état.

Il résulte des dispositions de l'article L. 1331-1 du code du travail (ancien article L. 122-40) que revêt le caractère d'une sanction disciplinaire toute mesure prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif. De

sorte qu'en présence d'une mesure qui, telle que le changement d'affectation, peut se rattacher à l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur aussi bien qu'à son pouvoir de gestion, il faut, pour déterminer sa qualification juridique, répondre à cette question : l'employeur a-t-il eu la volonté de sanctionner un comportement regardé par lui comme fautif? Une réponse affirmative à cette interrogation aurait nécessairement abouti, en l'espèce, à la conclusion qu'il existait un trouble manifestement illicite dès lors que, selon une jurisprudence constante de la chambre sociale, l'inobservation par le titulaire du pouvoir disciplinaire d'une disposition extra-légale ayant pour objet de renforcer les droits de la défense des salariés, telle que celle imposant la saisine d'un conseil de discipline avant le prononcé d'une sanction, qui constitue une garantie de fond, entraîne l'annulation de la mesure.

La qualification de sanction disciplinaire avait cependant été écartée par le juge des référés et, sans nullement remettre en cause les principes ci-dessus rappelés, l'assemblée plénière approuve cette décision, étroitement liée aux spécificités du secteur d'activité de l'entreprise en cause. En effet, cette dernière, en tant qu'exploitant d'un système de transport utilisant des tramways, se trouvait soumise à des obligations définies par le décret n° 2003-425 du 9 mai 2003 relatif à la sécurité des transports publics guidés, au nombre desquelles figure l'élaboration d'un règlement de sécurité de l'exploitation précisant les mesures nécessaires pour assurer « [...] la sécurité des usagers, des personnels d'exploitation et des tiers » (article 28) et fixant les conditions de l'habilitation du personnel affecté à une tâche de sécurité, en particulier les conducteurs (article 37). Le retrait de l'habilitation à la conduite des tramways et le changement subséquent d'affectation ayant été décidés, en l'espèce, sans qu'aucune réprimande n'ait été adressée au salarié concerné, à seule fin de répondre à l'exigence de sécurité de l'exploitation, et sans qu'il en soit résulté une modification du contrat de travail de l'intéressé, il était vainement reproché à l'arrêt attaqué d'avoir violé les dispositions de l'article L. 1331-1 du code du travail en refusant de qualifier la mesure litigieuse de sanction disciplinaire.

Propriété industrielle – Brevets d'invention – Droits attachés – Transmission et perte – Nullité – Effets – Limite – Paiement effectué en exécution d'une condamnation du chef de contrefaçon devenue irrévocable

Ass. plén., 17 février 2012, pourvoi n° 10-24.282, Bull. 2012, Ass. plén., n° 2, rapport de M. André et avis de M. Le Mesle

L'anéantissement rétroactif et absolu d'un brevet par une décision de justice n'est pas de nature à fonder la restitution des sommes payées en exécution d'une condamnation antérieure du chef de contrefaçon devenue irrévocable.

Par un arrêt irrévocable, M. X... a été condamné à payer diverses sommes pour contrefaçon par reproduction des revendications d'un brevet, enregistré et déposé par M. Y..., qui en avait concédé l'exploitation exclusive à la société LPG Systems. Ces revendications ayant été annulées par un arrêt postérieur, devenu lui aussi irrévocable, M. X... a assigné M. Y... et la société LPG Systems en restitution de ces sommes.

À l'appui du pourvoi dirigé contre l'arrêt l'ayant débouté de ses prétentions, M. X... s'est prévalu des dispositions de l'article L. 613-27 du code de la propriété intellectuelle, soutenant que l'effet à la fois rétroactif et absolu de la décision d'annulation du brevet d'invention privait de fondement juridique la condamnation précédemment prononcée pour contrefaçon du brevet désormais annulé, quand bien même elle serait devenue

irrévocable, et rendait donc indu le paiement fait en exécution d'une telle condamnation, ouvrant ainsi droit, en application des articles 1235 et 1376 du code civil, à la répétition des sommes versées.

L'assemblée plénière rejette le pourvoi, approuvant la cour d'appel, laquelle, après avoir relevé que M. X... avait été condamné comme contrefacteur par une décision irrévocable, en a déduit que l'anéantissement rétroactif et absolu du brevet prononcé par une décision postérieure n'était pas de nature à fonder la restitution des sommes payées en exécution de sa condamnation du chef de contrefaçon.

Arrêts rendus en matière pénale

Président de la République – Exercice des droits de la partie civile – Procès équitable – Égalité des armes – Recevabilité

Ass. plén., 15 juin 2012, pourvoi n° 10-85.678, Bull. crim. 2012, Ass. plén., n° 1, rapport de Mme Bregeon et avis de M. Salvat

Le Président de la République, en sa qualité de victime, ayant joint son action à celle du ministère public, est recevable, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat. Au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial, qui ne vise que les juges, la seule nomination des juges par le Président de la République ne crée pas pour autant une dépendance à son égard dès lors qu'une fois nommés, ceux-ci, inamovibles, ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Les garanties du procès équitable s'apprécient en fonction des circonstances de l'espèce.

L'article 67 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007, prévoit que le Président de la République «ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite» et que tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation de ses fonctions. Ni la commission présidée par le professeur Pierre Avril, dont le rapport a été utilisé lors de l'élaboration de ce texte, ni les parlementaires, au cours de leurs travaux préparatoires, n'ont évoqué la possibilité pour le chef de l'État français d'agir en justice au cours de l'exercice de son mandat.

Saisie d'un pourvoi formé par un prévenu contre un arrêt de condamnation pénale pour des délits d'escroquerie, l'assemblée plénière a été appelée à se prononcer sur la constitution de partie civile du Président de la République, victime d'une partie des faits.

Aucun texte n'interdit l'exercice de cette faculté, mais le pourvoi en soulevait l'impossibilité au regard des exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le procès équitable, à raison, d'une part, de l'interdiction d'interroger ou de confronter le chef de l'État et, en cas d'abus de sa part, d'agir contre lui, tant civilement que pénalement, pendant la durée de son mandat, d'autre part, du fait qu'il intervient dans la nomination des magistrats.

L'assemblée plénière constate qu'en l'espèce :

- le risque de procédure abusive de la part du Président de la République n'existait pas puisque celui-ci est intervenu comme partie civile dans une procédure déjà engagée par le ministère public et que le prévenu n'a pas bénéficié d'une décision de non-lieu ou de relaxe;
- l'impossibilité d'interroger ou de confronter le chef de l'État était dépourvue d'incidence puisque la culpabilité du prévenu résultait d'autres éléments.

L'assemblée plénière retient par ailleurs que la signature des décrets de nomination des juges du siège par le Président de la République ne suffit pas à créer une dépendance à son égard.

B. Chambre mixte

Arrêts rendus en matière civile

Mesures d'instruction – Expertise – Irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise – Sanction – Portée

Ch. mixte, 28 septembre 2012, pourvoi n° 11-11.381, Bull. 2012, Ch. mixte, n° 1, rapport de Mme Vallée et avis de M. Mucchielli

Les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure.

Dès lors, ayant constaté que la nullité d'un rapport d'expertise dont le contenu clair et précis avait été débattu contradictoirement devant elle n'était pas soulevée, une cour d'appel, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve soumis à son examen, a pu tenir compte des appréciations de l'expert pour fixer l'indemnisation.

Par cet arrêt, la chambre mixte se prononce sur les effets du non-respect par l'expert du principe de la contradiction au détriment d'une partie au litige. Il tend à mettre fin aux divergences constatées entre les chambres civiles de la Cour de cassation, la deuxième chambre et la chambre commerciale admettant qu'une expertise diligentée dans ces conditions pouvait être prise en considération si elle était confortée par d'autres éléments de preuve, les autres chambres appliquant rigoureusement le principe en casant les décisions qui l'auraient méconnu.

En l'espèce, un artisan avait souscrit un contrat d'assurance auprès d'une société, garantissant notamment un risque « invalidité totale ou partielle ». Victime d'un accident, il avait saisi la juridiction civile pour demander la condamnation de la société à lui payer une rente au titre de cette garantie.

Après avoir ordonné une expertise pour déterminer les taux d'invalidité et d'incapacité de l'assuré, la cour d'appel, statuant au fond, a constaté que la société, qui avait seulement fait état dans ses écritures de l'omission par l'expert de la convoquer, ne demandait pas la nullité du rapport d'expertise, et que celui-ci, clair, détaillé et précis,

avait été débattu contradictoirement devant elle. Elle a donc alloué à l'artisan une somme au titre de la rente.

La société a formé un pourvoi contre cette décision, lui faisant grief de s'être fondée uniquement sur le rapport d'expertise pour fixer les taux d'incapacité et d'invalidité de l'assuré, en violation des dispositions de l'article 16 du code de procédure civile qui impose au juge, en toutes circonstances, de faire observer et d'observer lui-même le principe de la contradiction.

Pour rejeter ce pourvoi, la Cour de cassation, d'abord, décide que les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise.

Elle juge, ensuite, que ces irrégularités sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile, qui renvoient aux règles régissant la nullité des actes de procédure.

Cette décision peut être lue à la lumière de l'arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2006 qui a déjà posé pour principe 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).

Preuve (règles générales) – Règles générales – Moyen de preuve – Expertise non judiciaire réalisée à la demande de l'une des parties – Élément suffisant (non)

Ch. mixte, 28 septembre 2012, pourvoi n° 11-18.710, Bull. 2012, Ch. mixte, n° 2, rapport de M. Feydeau et avis de M. Mucchielli

Si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise non judiciaire réalisée à la demande de l'une des parties.

Autant la définition de l'expertise judiciaire apparaît claire en ce qu'elle recouvre la désignation par un juge de spécialistes chargés de lui donner un avis scientifique ou technique de nature à l'aider à statuer, autant la notion d'expertise amiable peut recouvrir des situations diverses.

Une partie de la doctrine considère d'ailleurs qu'il serait préférable de parler «d'expert de partie» dès lors que l'homme de l'art est mandaté par une des parties au litige (C. Diaz, *Le guide des expertises judiciaires*, Dalloz, 2008, § 0.12); d'autres suggèrent de distinguer «l'expertise officieuse», qui viserait le cas où le technicien est désigné par certaines parties ou par l'une d'entre elles, de «l'expertise amiable», terme qui serait réservé à la situation où l'expert est désigné d'un commun accord par toutes les parties intéressées (T. Moussa, J. Beauchard, «L'expertise judiciaire et l'expertise amiable au regard du principe de la contradiction» in *Rencontres Université – Cour de cassation, 23 janvier 2004, deuxième chambre de la Cour de cassation, La procédure civile, BICC 2004*, hors-série n° 3; *Droit de l'expertise*, Dalloz Action 2011/2012, chapitre 212 «Cas particuliers d'intervention des sachants» par V. Vigneau).

Telle n'est pas l'acception de l'expertise amiable en jurisprudence, la lecture des arrêts rendus en la matière montrant que la Cour de cassation désigne, sous le terme d'expertise amiable, toutes les expertises qui ne sont pas ordonnées par le juge, que l'expert soit mandaté par une seule des parties, ou désigné d'un commun accord entre elles.

Il n'en reste pas moins que la plupart des décisions rendues concernent des expertises amiables non contradictoires, fréquentes en matière d'assurance. C'était le cas dans la présente affaire.

En l'occurrence, à la suite de l'incendie d'un véhicule automobile, l'assureur de sa propriétaire avait mandaté un expert en vue de déterminer l'origine du sinistre. Ce technicien ayant conclu à un défaut de câblage du circuit électrique du véhicule, la société d'assurances a assigné le constructeur et son assureur responsabilité civile en vue d'obtenir le remboursement de la somme versée à l'assurée en réparation de son préjudice.

La cour d'appel de Paris a rejeté cette demande au seul motif que, dépourvu de caractère contradictoire à l'égard du constructeur et de son assureur, le rapport d'expertise était insuffisant à en établir le bien-fondé. Un pourvoi a été formé contre la décision.

Au regard de la jurisprudence unanime des chambres civiles selon laquelle tout rapport amiable peut valoir à titre de preuve, dès lors qu'il est soumis à la discussion contradictoire des parties, la cassation paraissait encourue.

En sens contraire, la Cour de cassation a rendu plusieurs décisions récentes excluant que puisse être accueillie une demande fondée exclusivement sur une expertise amiable non contradictoire.

Ainsi en est-il d'une décision de la troisième chambre civile du 3 février 2010 (3^e Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 09-10.631, *Bull.* 2010, III, n° 31). Dans cette affaire, à l'occasion du renouvellement d'un bail commercial, les bailleurs avaient sollicité la fixation d'un loyer déplaçonné en faisant état d'une modification notable des facteurs locaux de commercialité intervenue au cours du bail expiré. La cour d'appel avait accueilli cette prétention, en reprenant les constatations faites dans un rapport amiable établi à la demande des bailleurs qui mettait en évidence l'évolution de ces facteurs. La cassation était intervenue au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel ayant méconnu le principe de l'égalité des armes en se fondant exclusivement sur une expertise non contradictoire établie à la demande d'une des parties.

Tout aussi net, mais pris sur un autre fondement, à savoir l'article 16 du code de procédure civile, est un arrêt de cassation de la première chambre civile (1^{re} Civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-25.770) rendu, dans une affaire où était en cause la responsabilité contractuelle du vendeur d'un véhicule, à propos d'un rapport d'expertise amiable discuté contradictoirement lors des débats; le chapeau de l'arrêt est ainsi rédigé : «Attendu que le juge, tenu de faire respecter et de respecter lui-même le principe de la contradiction, ne peut se fonder exclusivement, pour retenir la responsabilité d'une partie, sur un rapport d'expertise non contradictoire à son égard, dont celle-ci soutenait expressément qu'il lui était inopposable».

La chambre mixte adopte cette position. Elle précise ainsi dans son arrêt la portée probatoire d'une expertise non judiciaire et non contradictoire, décidant que le juge ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties.

Officiers publics ou ministériels – Acte authentique – Acte affecté d'un défaut de forme – Prescriptions de l'article 8, devenu 21, du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 – Respect – Défaut – Portée

Ch. mixte, 21 décembre 2012, pourvoi n° 12-15.063, Bull. 2012, Ch. mixte, n° 3, rapport de M. Maunand et avis de M. Azibert

Ch. mixte, 21 décembre 2012, pourvoi n° 11-28.688, Bull. 2012, Ch. mixte, n° 4, rapport de M. Maunand et avis de M. Azibert

L'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique et, partant, son caractère exécutoire.

Par ces deux arrêts, la chambre mixte se prononce sur la sanction éventuellement encourue par un acte notarié qui ne respecterait pas les prescriptions de l'article 8, devenu 21, du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, c'est-à-dire auquel ne seraient pas annexées les procurations, ou qui ne mentionnerait pas leur dépôt au rang des minutes du notaire instrumentaire.

Dans la première espèce (pourvoi n° 12-15.063), la cour d'appel avait jugé que l'acte de prêt ne constituait pas un titre exécutoire régulier, déclaré nulles les saisies-attributions et ordonné leur mainlevée au motif que le non-respect des prescriptions du décret du 26 novembre 1971 portait atteinte à la force exécutoire de l'acte servant de fondement aux poursuites, lequel ne valait plus que comme écriture privée en vertu de l'article 1318 du code civil.

La Cour de cassation casse cet arrêt, au visa des articles 8 et 23 du décret du 26 novembre 1971 et de l'article 1318 du code civil, en retenant que l'inobservation des obligations prescrites par le premier de ces textes ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique et, partant, son caractère exécutoire.

Dans la seconde espèce (pourvoi n° 11-28.688), la cour d'appel avait jugé qu'en annexant la procuration à un acte de vente, le notaire, qui avait dressé à la fois un acte de vente et un acte de prêt et n'avait pas annexé la procuration à l'acte de prêt, avait satisfait aux exigences du décret du 26 novembre 1971 dès lors qu'il était fait référence à cette procuration, qui avait plusieurs objets, dans l'acte de prêt. Elle avait en conséquence refusé de disqualifier l'acte authentique en acte sous seing privé et de déclarer nul le commandement aux fins de saisie immobilière.

La première branche du moyen unique était prise d'une violation de l'article 8, devenu 21, du décret du 26 novembre 1971, au motif qu'une procuration doit, soit être annexée à l'acte pour lequel elle a été consentie, soit être déposée au rang des minutes, sans que l'annexion à un autre acte ne puisse valoir annexion à cet acte ou dépôt au rang des minutes, lequel constitue un acte distinct.

La Cour de cassation rejette ce moyen en substituant les motifs critiqués par le motif de pur droit selon lequel l'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique et, partant, son caractère exécutoire.

Elle rejette également les autres branches du moyen, qui posaient la question de la notion de clerc de notaire, par la constatation faite par la cour d'appel de la ratification du mandat litigieux par l'exécution du contrat de prêt par l'emprunteur.

Sur la question de la sanction éventuellement encourue par un acte notarié ne répondant pas aux exigences de l'article 8, devenu 21, du décret du 26 novembre 1971, les deux arrêts tendent à mettre fin à la divergence constatée entre la première chambre civile (1^{re} Civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-11.925, *Bull.* 2012, I, n° 66) et la deuxième chambre civile (2^e Civ., 7 juin 2012, pourvois n° 11-15.439 et 11-18.085, pourvois n° 11-19.022 et 11-17.759, pourvoi n° 11-16.107, pourvoi n° 11-15.112, pourvoi n° 11-15.440, *Bull.* 2012, II, n° 102).

Arrêts rendus en matière pénale

Aucun arrêt rendu en 2012.

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

Procédure civile – Fin de non-recevoir – Définition – Moyen tendant à faire déclarer irrecevable une assignation en partage

Avis, 13 février 2012, demande n° 11-00.008, Bull. 2012, Avis, n° 1, rapport de Mme Leroy-Gissinger et avis de M. Lathoud

Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation en partage, faute de comporter un descriptif sommaire du patrimoine à partager, de préciser les intentions du demandeur quant à la répartition des biens et d'indiquer les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable, conformément aux prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir.

Procédure civile – Procédure de la mise en état – Juge de la mise en état – Compétence – Exclusion – Cas – Fin de non-recevoir

Même avis

Sauf dispositions spécifiques, le juge ou le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur une fin de non-recevoir.

La Cour de cassation a été saisie par le juge de la mise en état du tribunal de grande instance d'Ajaccio d'une demande d'avis relative à l'application de l'article 1360 du code de procédure civile, créé par le décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions. Cet article dispose :

«À peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens, ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable».

À l'occasion d'une instance en partage successoral, l'un des défendeurs avait soulevé devant le tribunal un incident tendant à voir déclarer l'assignation en partage irrecevable au motif qu'elle ne contenait pas les informations requises par l'article 1360 du code de procédure civile.

La demande d'avis, formulée en quatre questions, s'articulait autour du point de savoir si l'irrecevabilité en cause constituait une fin de non-recevoir ou une exception de procédure, et de la conséquence à en tirer en ce qui concerne la compétence du juge de la mise en état pour en connaître.

Par l'avis du 13 février 2012, la formation pour avis considère que l'article 1360 institue une fin de non-recevoir et que le juge ou le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur celle-ci.

Sous son premier aspect, cet avis s'appuie sur l'article 122 du code de procédure civile, dont on sait qu'il ne donne pas une liste limitative des fins de non-recevoir, ce qui les différencie des nullités de fond, limitativement énumérées à l'article 117, et des

nullités de forme, qui, sous réserve de l'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public, ne peuvent exister sans texte.

L'avis confirme la grande hétérogénéité des fins de non-recevoir, qui se définissent davantage par leur objet que par leur nature, et constituent souvent un outil procédural destiné à priver le demandeur du droit de voir sa cause examinée au fond, pour un motif qui peut tenir à l'inobservation de certaines règles de forme, qu'elles tiennent, par exemple, à la motivation d'un acte de procédure comme en matière de contredit notamment, ou à l'absence de certaines pièces annexées à cet acte, ainsi que le prévoit, par exemple, l'article 1091 du code de procédure civile. L'avis émis peut être rapproché de la décision rendue par la deuxième chambre civile le 6 janvier 2012 (pourvoi n° 10-17.824, *Bull.* 2012, II, n° 6), analysant l'irrecevabilité de la demande introductive d'instance en divorce faute de comporter une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux, prévue par les articles 257-2 du code civil et 1115 du code de procédure civile, en une fin de non-recevoir susceptible de régularisation.

Sous son deuxième aspect, l'avis confirme que, sous réserve des exceptions prévues par des textes législatifs ou réglementaires, le juge ou le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir. Cette solution est le rappel de celle retenue par plusieurs chambres de la Cour de cassation dans des arrêts rendus dans d'autres contextes, notamment par la deuxième chambre civile, le 17 avril 2008, s'agissant de la fin de non-recevoir tirée de la prescription (pourvoi n° 07-14.298) et par la première chambre civile, le 9 mars 2011, en matière d'immunité de juridiction (pourvoi n° 10-10.044, *Bull.* 2011, I, n° 54).

Appel civil – Intimé – Conclusions – Signification – Signification à un co-intimé défaillant – Nécessité – Détermination – Portée

Avis, 2 avril 2012, demandes n° 12-00.002 et n° 12-00.003, Bull. 2012, Avis, n° 2, rapport de Mme Robineau et avis de M. Lathoud

Un intimé n'est pas tenu de signifier ses conclusions à un co-intimé défaillant à l'encontre duquel il ne formule aucune prétention, sauf en cas d'indivisibilité entre les parties, ou lorsqu'il sollicite confirmation du jugement contenant des dispositions qui lui profitent et qui nuisent au co-intimé défaillant.

Appel civil – Intimé – Conclusions – Signification – Signification à un co-intimé défaillant – Défaut – Sanction – Irrecevabilité des conclusions – Office du juge – Détermination – Portée

Même avis

Le conseiller de la mise en état doit d'office prononcer l'irrecevabilité des conclusions; en cas d'indivisibilité entre les parties, celles-ci peuvent soulever l'irrecevabilité.

Appel civil – Intimé – Conclusions – Signification – Signification à un co-intimé défaillant – Défaut – Sanction – Irrecevabilité des conclusions – Étendue – Détermination – Portée

Même avis

Sauf en cas d'indivisibilité entre les parties, l'irrecevabilité des conclusions, lorsqu'elle est encourue, doit être prononcée à l'égard du seul intimé concerné par le défaut de signification.

L'article 911 du code de procédure civile, dans sa rédaction applicable aux appels formés à compter du 1^{er} janvier 2011, issue des décrets n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, et n° 2010-1647 du 28 décembre 2010, modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire, dispose que, sous la sanction prévue à l'article 909, à savoir une irrecevabilité relevée d'office, l'intimé, après avoir conclu dans le délai de deux mois à compter de la notification des conclusions de l'appelant, doit, dans le mois suivant l'expiration de ce délai, signifier ses conclusions aux parties qui n'ont pas constitué avoué (avocat, dans la version en vigueur à compter du 6 mai 2012).

À l'occasion de deux litiges concernant la location d'immeubles d'habitation, opposant, le premier, bailleurs, locataires et société garantissant les impayés de loyers, le second, bailleur et locataires ou occupants, le conseiller de la mise en état de la cour d'appel de Versailles, saisie de l'appel du jugement du tribunal d'instance, après avoir constaté l'absence de signification de leurs conclusions par les intimés comparants aux intimés défaillants, a invité les parties à faire connaître leurs observations sur une saisine pour avis de la Cour de cassation, à laquelle il a soumis quatre questions.

La première portait sur l'obligation pour un intimé de signifier ses conclusions à un co-intimé défaillant à l'encontre duquel il ne formulait aucune prétention. La deuxième et la troisième questions étaient relatives aux rôles respectifs des parties et du conseiller de la mise en état dans les conditions de la mise en œuvre de l'irrecevabilité. Elles ont été traitées ensemble. La quatrième question concernait l'étendue de la sanction du défaut de signification des conclusions et apparaissait essentielle.

Il résulte de l'avis émis par la Cour de cassation le 2 avril 2012, tout d'abord, que l'intimé ne doit pas signifier ses conclusions à un co-intimé défaillant à l'égard duquel il ne formule aucune prétention, sauf en cas d'indivisibilité du litige entre les parties, mais qu'il doit les signifier lorsqu'il sollicite confirmation du jugement contenant des dispositions qui lui profitent et qui nuisent au co-intimé défaillant; ensuite, que le conseiller de la mise en état doit d'office prononcer l'irrecevabilité des conclusions et, en cas d'indivisibilité du litige entre les parties, que celles-ci peuvent soulever l'irrecevabilité; enfin, que l'irrecevabilité des conclusions, lorsqu'elle est encourue, doit être prononcée à l'égard du seul intimé concerné par le défaut de signification, sauf en cas d'indivisibilité du litige entre les parties.

La question de l'indivisibilité procédurale du litige, dont le critère est l'impossibilité d'exécution simultanée des décisions qui viendraient à être rendues séparément, est ainsi centrale, et la Cour de cassation contrôle l'exactitude de la qualification d'indivisibilité retenue par les juges du fond.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Recevabilité – Conditions – Respect de la procédure de consultation des parties et du ministère public

Avis, 2 avril 2012, demande n° 12-00.001, Bull. 2012, Avis, n° 3, rapport de Mme Robineau et avis de M. Lathoud

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 de l'arrêt 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.

Une décision d'un conseiller de la mise en état déclarant irrecevables à l'égard de toutes les parties à l'instance les conclusions de l'un des intimés, faute de signification à l'un des autres intimés défaillants, avait été déferée à la cour d'appel de Versailles. Celle-ci a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur l'application des dispositions de l'article 911 du code de procédure civile, dans sa rédaction applicable aux appels formés à compter du 1^{er} janvier 2011, issue des décrets n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, et n° 2010-1647 du 28 décembre 2010, modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire.

La Cour de cassation rappelle à cette occasion que les règles de forme énoncées aux articles 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile conditionnent sa saisine. Elles semblent encore méconnues par certaines juridictions, bien que la rubrique « méthodologie » de l'intranet Cour de cassation comporte des formulaires de la procédure de saisine pour avis.

Il a été relevé, en l'espèce, que l'intimé défaillant n'avait pas été avisé de l'éventualité de la demande d'avis et que le dossier avait été communiqué, la veille de l'audience, au ministère public, qui avait apposé son visa sur la cote sans autres observations.

Nationalité – Nationalité française – Acquisition – Modes – Déclaration – Réclamation à raison du recueil en France – Mineur recueilli et élevé par une personne de nationalité française – Conditions – Délai de cinq ans – Point de départ – Détermination

Avis, 4 juin 2012, demande n° 12-00.004, Bull. 2012, Avis, n° 4, rapport de Mme Bodard-Hermant et avis de M. Pages

Peut, jusqu'à sa majorité, réclamer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du code civil, la nationalité française en application de l'article 21-12, alinéa 3, 1° de ce code, l'enfant recueilli en France, depuis au moins cinq années au jour de la déclaration et élevé par une personne ayant la nationalité française depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, pourvu qu'à l'époque de celle-ci, il réside en France.

La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité a modifié les conditions de recevabilité de la déclaration de nationalité à raison du recueil en France et de l'éducation par une personne de nationalité française, telle que prévue par l'article 21-12 du code civil, désormais ainsi libellé :

« L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France.

[...]

Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française :

1° L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française [...].»

Un requérant, né en Algérie de parents inconnus et confié en France, à sa naissance, dans le cadre d'une *kafala* judiciaire, à un recueillant alors étranger, a sollicité l'enregistrement de la déclaration de nationalité française qu'il avait souscrite sur le fondement de l'article 21-12, alinéa 3, 1^o, du code civil, le 13 mars 2009. L'enregistrement a cependant été refusé au motif que le recueillant n'avait pas la nationalité française depuis plus de cinq ans au jour de la déclaration pour ne l'avoir recouvrée, par décret de réintégration, que le 10 octobre 2008.

Le tribunal de grande instance de Paris, saisi de la contestation de ce refus, a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur le point suivant : « L'enregistrement de la déclaration acquisitive de la nationalité française souscrite en application de l'article 21-12 1^o du code civil exige-t-il que la personne ayant recueilli l'enfant depuis au moins cinq années ait été de nationalité française durant toute la période de ce recueil ou suffit-il qu'elle justifie remplir cette condition au moment de la souscription de la dite déclaration ? »

Exiger que le recueillant soit de nationalité française depuis au moins cinq ans à la date de la déclaration aboutit nécessairement, si ce dernier ne l'acquiert que postérieurement au recueil, à allonger le délai au-delà de cinq ans, voire à priver de la possibilité de devenir français par déclaration le mineur de 18 ans qui, comme en l'espèce, bien que recueilli en France depuis au moins cinq ans, a été élevé par une personne qui a acquis ou réintégré la nationalité française après son treizième anniversaire.

Sans remettre en cause l'esprit d'une disposition permettant l'acquisition de la nationalité française par de jeunes étrangers dont les conditions d'éducation laissent présumer une assimilation à la société française, la réforme de 2003 a eu pour finalité de lutter contre certains détournements de procédure, ayant pour seul but l'accès en France, puis l'acquisition automatique de la nationalité française par déclaration, sans les aléas de la naturalisation, notamment liés au respect de l'exigence d'assimilation.

Confirmant l'interprétation retenue par une réponse ministérielle n^o 21931 du 22 juillet 2008 (*JOAN*, 22 juillet 2008, p. 6389) et par la circulaire du 11 juin 2010 relative à la réception et l'enregistrement des déclarations de nationalité française par les greffiers en chef (NOR : JUSC1017281C, *BO MFL* n^o 2010-04 du 30 juin 2010), la Cour de cassation estime, dans son avis du 4 juin 2012, que la condition de délai instaurée par la réforme de 2003 s'applique tant au recueil de l'enfant qu'à la nationalité française de celui qui l'a recueilli.

Procédure civile – Pièces – Communication – Communication simultanée à la notification des conclusions – Défaut – Portée

Avis, 25 juin 2012, demandes n^o 12-00.005, n^o 12-00.006 et n^o 12-00.007, Bull. 2012, Avis, n^o 5, rapport de M. Alt et avis de M. Lathoud

Doivent être écartées les pièces, invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions.

Le présent avis de la Cour de cassation porte sur les articles 906, 908 et 909 du code de procédure civile, issus du décret n^o 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, applicables aux appels formés à compter du 1^{er} janvier 2011.

L'article 906 dispose que les pièces visées dans les conclusions d'appel sont communiquées simultanément à la notification des conclusions. Aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de cette obligation.

En revanche, les articles 908 à 910 prévoient les délais impartis à l'appelant et à l'intimé pour conclure, sanctionnés respectivement par la caducité de la déclaration d'appel ou l'irrecevabilité des conclusions.

En particulier, le délai de deux mois pour conclure de l'intimé court à compter de la seule notification des conclusions de l'appelant. En cas de remise tardive des conclusions, il devenait difficile pour l'intimé d'éventuellement contester une pièce.

L'obligation d'écarter les pièces invoquées au soutien des prétentions qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions, retenue par la formation pour avis, permet de concilier les principes de célérité et de loyauté des débats.

Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Modalités – Audience électorale – Appréciation – Périmètre – Unité économique et sociale – Collège électoral unique – Composition – Portée

Avis, 2 juillet 2012, demande n° 12-00.009, Bull. 2012, Avis, n° 6, rapport de M. Struillou et avis de M. Foerst

En principe, la représentativité des organisations syndicales au sein des sociétés composant une unité économique et sociale où a été institué, pour l'élection des représentants du personnel, un collège électoral unique incluant des salariés de droit privé et des fonctionnaires doit être appréciée au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble des électeurs composant ce collège, sauf dispositions légales particulières.

Saisie d'une demande d'avis adressée par le tribunal d'instance de Lille, la Cour de cassation définit dans la présente décision la règle selon laquelle doit être appréciée la représentativité des organisations syndicales au sein des entités de droit privé qui emploient à la fois du personnel de droit privé et des agents publics : dès lors qu'est institué un collège électoral unique, la représentativité des organisations syndicales doit s'apprécier au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble des électeurs composant ce collège, sauf dispositions légales particulières.

En l'espèce, un contentieux était né au sein des sociétés appartenant au groupe France Télécom à l'occasion de la désignation de représentants syndicaux par une organisation syndicale affiliée à la CFE-CGC.

Depuis 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, la désignation par un syndicat de délégués syndicaux est subordonnée à une condition d'audience : l'organisation doit avoir obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise.

En l'espèce, le syndicat, qui n'avait pas atteint le seuil des 10 % au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble du personnel, soutenait que sa représentativité devait être appréciée au regard des seuls suffrages exprimés par les salariés de droit privé. Il fondait sa demande notamment sur la circonstance qu'avaient été mises en place, lors des dernières élections, deux urnes, l'une pour les agents de droit privé,

la seconde pour les agents de droit public, afin que puisse être évaluée la représentativité des syndicats dans la branche professionnelle «Télécommunications».

L'examen des règles juridiques encadrant les relations collectives au sein des «organismes hybrides», occupant à la fois du personnel soumis au droit commun et au droit public, ne révèle aucune architecture d'ensemble. Au demeurant, le Conseil constitutionnel a estimé que le principe constitutionnel de participation (alinéa 6 du préambule de 1946) n'impose pas au législateur de prévoir l'existence de collèges électoraux distincts pour la désignation des représentants des personnels et qu'il lui est loisible de prévoir que les représentants des salariés de droit public et de droit privé ne soient pas consultés de manière séparée lorsque les questions posées les concernent de manière exclusive (Cons. const., 28 janvier 2011, décision n° 2010-91 QPC).

Ainsi, pour les entreprises de droit privé que constituent France Télécom et La Poste des choix différents ont été opérés :

- s'agissant de France Télécom, sont applicables les dispositions du code du travail relatives aux institutions représentatives du personnel, lesquelles peuvent faire l'objet d'adaptations par décret en Conseil d'État. A été créé un corps électoral unique à la suite de l'intervention de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom : l'ensemble du personnel, quel que soit son statut, élit les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise. Sont en outre applicables de plein droit les dispositions du code du travail relatives à l'exercice du droit syndical. Le décret d'application n° 2004-662 du 6 juillet 2004 relatif aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et aux délégués syndicaux de France Télécom, précise explicitement que les délégués syndicaux sont désignés par les organisations syndicales représentatives parmi les personnels constituant le corps électoral unique. Le droit commun a été complété, pour les fonctionnaires, par l'application, prévue par les dispositions propres à France Télécom, des dispositions statutaires relatives aux commissions administratives paritaires ; en outre, le décret n° 2012-225 du 16 février 2012 relatif au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État a prévu que les sièges au sein de cette instance sont répartis entre les organisations syndicales en tenant compte des voix obtenues aux commissions administratives paritaires de France Télécom ;
- pour La Poste, a été pris un parti différent : l'emploi des agents soumis au droit commun n'a pas pour effet de rendre applicables les dispositions du code du travail relatives aux comités d'entreprise, ni celles relatives aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux. Ont été mises en place des institutions spécifiques – les comités techniques – élus par le personnel, de droit public comme de droit privé.

La même diversité ressort de l'examen du cadre juridique des relations collectives au sein des entités publiques occupant du personnel de droit privé et de droit public. Ainsi, au sein de la Haute Autorité de santé (HAS), le comité d'entreprise exerce les attributions dévolues au comité technique et à la commission consultative paritaire, alors qu'au sein des Agences régionales de santé (ARS), ont été institués des comités d'agence exerçant les attributions des comités techniques et du comité d'entreprise, les représentants du personnel sont élus par deux collèges distincts, l'un constitué par les salariés de droit privé, l'autre par les agents de droit public. Au sein de Pôle emploi sont applicables les règles de droit commun du code du travail, complétées, pour les agents de droit public, par des dispositions propres instituant des commissions paritaires

élues exclusivement par les agents de droit public selon les règles fixées par le code du travail pour les élections des délégués du personnel.

Pour parvenir, nonobstant, à énoncer une règle générale, la Cour de cassation, dans son avis, retient le critère tiré de l'existence d'un corps électoral unique. Dès lors qu'un tel corps électoral a été institué, la représentativité des organisations syndicales doit être appréciée au regard des préférences exprimées par l'ensemble des agents, quel que soit leur statut.

S'agissant des sociétés appartenant au groupe France Télécom, cette position est d'autant plus justifiée que les dispositions propres à ce groupe autorisent la conclusion de conventions et d'accords collectifs qui peuvent, sous certaines conditions, s'appliquer aux agents publics.

Au final, le régime des relations collectives applicable aux agents publics ne peut être dissocié de celui applicable aux agents de droit privé, substantiellement modifié par la loi du 20 août 2008 précitée, dont la logique a fortement inspiré la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, applicable à la fonction publique.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question de droit ne présentant pas de difficulté sérieuse

Avis, 17 septembre 2012, demande n° 12-00.011, Bull. 2012, Avis, n° 7, rapport de M. Henon et avis de M. Foerst

Ne présente pas de difficulté sérieuse permettant la saisine pour avis de la Cour de cassation la question de savoir si l'article L. 3133-6 du code du travail relatif à l'indemnisation des salariés occupés à travailler la journée du 1er mai s'applique également au travail des jours fériés propres aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin fixés à l'article L. 3134-13 du code du travail, dès lors que les dispositions de l'article L. 3133-6 du code du travail ne s'appliquent qu'aux salariés occupés à travailler le 1er mai.

Le 1^{er} mai, à la différence des autres jours fériés en droit général, est par principe férié et chômé. Les dérogations à cette interdiction légale de travail sont fixées à l'article L. 3133-6 du code du travail dont il résulte que le 1^{er} mai peut être travaillé dans les établissements et services qui, en raison de la nature de leur activité, ne peuvent interrompre le travail, et que, dans ce cas, «les salariés occupés [à travailler] le 1^{er} mai ont droit, en plus du salaire correspondant au travail accompli, à une indemnité égale au montant de ce salaire».

Selon les règles propres à l'Alsace-Moselle (appellation qui désigne les trois départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle), les jours fériés, dont la liste est fixée depuis la recodification du code du travail à l'article L. 3134-13, sont par principe également chômés. Les exceptions à ce principe sont prévues selon les différents secteurs (commerce, industrie, artisanat, transport, restauration, hôtellerie, etc.) par les dispositions des articles L. 3134-3 et suivants du code du travail, ainsi que par les différents règlements administratifs pris en conséquence. Il en est de même des dimanches qui suivent le même régime en Alsace-Moselle.

Des similitudes sont évidentes entre les règles relatives au 1^{er} mai et celles de droit local, en raison de cette identité de chômage des jours fériés. Ainsi la chambre sociale,

par deux arrêts du même jour (Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-41.575 et pourvoi n° 06-40.567, *Bull.* 2007, V, n° 124), est venue dire que les jours acquis au titre d'un accord de réduction du temps de travail ne pouvaient être positionnés sur des jours fériés chômés, le premier arrêt concernant le 1^{er} mai, le second les jours fériés chômés selon les règles de droit local. Pour autant, des différences subsistent s'agissant des dérogations à ce principe. Ainsi, les règles de droit local ne contiennent aucune disposition prévoyant une compensation salariale pour le travail un jour férié ou un dimanche alors qu'elles règlent de façon minutieuse les dérogations au principe du repos les dimanches et jours fériés.

Alors qu'il était considéré que la législation relative au 1^{er} mai s'appliquait dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle en vertu du principe d'introduction des règles nouvelles de droit général, les dispositions des articles L. 3133-4 à L. 3133-6 du code du travail propres à la journée du 1^{er} mai ont été expressément introduites en Alsace-Moselle par l'effet de la recodification du code du travail opérée en 2008.

Par jugement du 13 juin 2012, le conseil de prud'hommes de Metz a posé la question de savoir si les règles relatives au paiement d'un sursalaire à raison d'un travail accompli le 1^{er} mai pouvaient s'appliquer au travail au cours d'un autre jour férié en Alsace-Moselle.

La formation pour avis de la Cour de cassation considère que la réponse à cette question ne présente pas de difficulté sérieuse dans la mesure où les dispositions de l'article L. 3133-6 du code du travail ne s'appliquent qu'aux salariés travaillant le 1^{er} mai.

En effet, les dispositions des articles L. 3133-4 à L. 3133-6 du code du travail, regroupées dans un même chapitre, régissent spécifiquement la journée du 1^{er} mai qui est la seule, parmi les autres règles issues du code du travail, à donner lieu au paiement d'une indemnité correspondant à un double salaire lorsqu'un salarié est amené à travailler au cours de cette journée dans les conditions prévues à l'article L. 3133-6.

Par ailleurs, l'introduction expresse des règles propres au 1^{er} mai, par la recodification à droit constant du code du travail en 2008, n'a pas eu pour effet d'en étendre le régime à d'autres jours fériés.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Plan de sauvegarde – Exécution du plan – Résolution – Sort des créanciers – Dispense de déclaration des créances dans la seconde procédure – Domaine – Créance déclarée dans la première procédure mais non encore admise

Avis, 17 septembre 2012, demande n° 12-00.010, Bull. 2012, Avis, n° 8, rapport de M. Arbellot et avis de M. Le Mesle

Tout créancier, qui a déclaré sa créance et qui est soumis à un plan de sauvegarde ou de redressement, peut bénéficier de la dispense de déclaration prévue à l'article L. 626-27 III du code de commerce, peu important que sa créance n'ait pas encore été définitivement admise au passif de la procédure à la date de la résolution du plan.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Plan de sauvegarde – Exécution du plan – Résolution – Sort des créanciers – Créance

déclarée au passif de la première procédure mais non encore admise – Soumission à la procédure de vérification propre à la seconde procédure

Même avis

Par application de l'article L. 626-27 I du code de commerce, le jugement qui prononce la résolution du plan en cas de constatation de l'état de cessation des paiements au cours de l'exécution de ce plan met fin aux opérations et à la procédure lorsque celle-ci est toujours en cours, de sorte que les créances déjà déclarées au passif de la première procédure collective et qui n'ont pas encore été admises sont soumises à la procédure de vérification et d'admission propre à la seconde.

La Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis comportant les deux questions ainsi libellées : « 1° Les créanciers soumis à l'article L. 622-24 du code de commerce qui ont déclaré mais ne sont pas encore définitivement admis au passif à la date de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement sont-ils dispensés de déclarer à nouveau leurs créances ? » et « 2° La procédure de vérification du passif et les instances en fixation de créances en cours à la date de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement soumis à la loi du 26 juillet 2005 sont-elles définitivement interrompues ou se poursuivent-elles dans les conditions de l'article L. 622-23 du code de commerce ? ».

La première question invitait la Cour de cassation à déterminer si tous les créanciers soumis au plan sont éligibles à la dispense de déclaration de leurs créances dans la nouvelle procédure ouverte à la suite de la résolution de ce plan. Cette détermination, qui présente un intérêt pratique indéniable, conduit à se demander si la dispense de déclaration des créances instaurée par l'article L. 626-27, III, du code de commerce (issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté) peut bénéficier à tous les créanciers soumis au plan, sans distinction.

Plusieurs arguments militent en ce sens. D'abord, la rédaction de la première phrase mentionne « les créanciers soumis à ce plan » sans autre précision, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer, là où la loi ne distingue pas, entre ces différents créanciers pour connaître les bénéficiaires de la dispense de déclaration. Ensuite, la séparation matérielle de l'article L. 626-27, III, du code de commerce en deux phrases distinctes amène à distinguer deux questions : d'une part, celle de la détermination des créanciers bénéficiaires de la dispense de déclaration – qui peuvent être tous les créanciers soumis au plan sans distinction – et, d'autre part, celle des créances inscrites à ce plan admises de plein droit au passif de la nouvelle procédure – qui peuvent être les créances définitivement admises au passif de la procédure initiale à la date de résolution du plan. Enfin, le dernier argument repose sur la volonté du législateur de 2005 de vouloir alléger le fardeau de la déclaration de créance pour tous les « créanciers ayant déjà produit dans la procédure ayant conduit à l'adoption du plan résolu » sans opérer aucune distinction entre eux [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, article 90 [article L. 626-24 nouveau du code de commerce]].

Dans sa réponse à la première question, la Cour de cassation, qui consacre l'interprétation large de l'article L. 626-27, III, du code de commerce, a été d'avis que : « Tout créancier, qui a déclaré sa créance et qui est soumis à un plan de sauvegarde ou de redressement, peut bénéficier de la dispense de déclaration prévue à l'article L. 626-27 III du code de commerce, peu important que sa créance n'ait pas encore

été définitivement admise au passif de la procédure à la date de la résolution du plan». Cette solution repose sur l'intention du législateur de 2005 de vouloir simplifier les déclarations de créances dans la nouvelle procédure ouverte à la suite de la résolution du plan afin que tout créancier soumis à ce plan qui a déjà été contraint de déclarer sa créance dans la première procédure ne soit pas au surplus obligé de la déclarer à nouveau dans la seconde.

La seconde question invitait la Cour de cassation à clarifier le sort des instances en contestation de créances, déclarées au passif de la procédure initiale, qui sont en cours à la date de résolution du plan.

En cas de résolution du plan de redressement suivie de l'ouverture d'une nouvelle procédure, la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises (ancien article L. 621-82 du code de commerce) consacre l'autonomie de la nouvelle procédure à l'égard de l'ancienne, mais aussi le principe de leur non-cohabitation procédurale. À ce titre, les créances déclarées au passif de la liquidation judiciaire ouverte après la résolution du plan de continuation sont soumises à la procédure de vérification et d'admission des créances propre à cette nouvelle procédure, distincte de la procédure de redressement judiciaire ouverte initialement (Com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-10.267, *Bull.* 2007, IV, n° 102). En outre, sous réserve de la décision concernant la régularité de la déclaration dans la première procédure, l'admission ou le rejet de la créance dans cette procédure n'a pas autorité de chose jugée dans la seconde procédure ouverte à l'encontre du même débiteur (Com., 3 décembre 2003, pourvoi n° 02-14.474, *Bull.* 2003, IV, n° 190; Com., 3 décembre 2003, pourvoi n° 02-14.477; Com., 28 septembre 2004, pourvoi n° 02-21.351; Com., 24 janvier 2006, pourvoi n° 04-19.304; Com., 24 janvier 2006, pourvoi n° 04-19.305; Com., 30 janvier 2007, pourvoi n° 06-10.838; Ass. plén., 10 avril 2009, pourvoi n° 08-10.154, *Bull.* 2009, Ass. plén., n° 4). Enfin, la jurisprudence a admis que, dès lors que la contestation initiale ne porte pas sur la régularité de la déclaration de créance (voir Com., 13 février 2007, pourvoi n° 05-17.676, *Bull.* 2007, IV, n° 39; Com., 25 octobre 2011, pourvoi n° 10-24.191), mais sur son bien-fondé, celle-ci doit prendre fin à raison de l'ouverture de la nouvelle procédure, qui implique la reprise des opérations de vérifications de créances dans celle-ci et rend sans objet la contestation émise dans la procédure initiale (Com., 12 avril 2005, pourvoi n° 03-21.180; voir aussi, Limoges, 12 mars 2003, RG n° 03/01396). Ces jurisprudences ne semblent pas remises en cause par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) laquelle maintient et même amplifie l'autonomie entre les deux procédures collectives successives, et les instances en contestation de créances qui en découlent, afin d'éviter leur «cohabitation procédurale» dans la mesure où l'irrégularité affectant la déclaration de la créance dans la procédure initiale n'entraîne plus, comme sous l'empire de la loi de 1985, l'extinction de la créance (voir 3^e Civ., 7 novembre 2001, pourvoi n° 99-15.739, *Bull.* 2001, III, n° 125; Com., 5 novembre 2003, pourvoi n° 00-20.122; Com., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-15.913), mais sa simple inopposabilité à la procédure, ce qui permet au créancier de déclarer à nouveau sa créance dans la nouvelle procédure afin de la rendre opposable à celle-ci.

Dans sa réponse à la seconde question, la Cour de cassation, qui a choisi de maintenir sa jurisprudence traditionnelle prévoyant la fin de l'instance en contestation initiale, devenue sans objet à raison de l'ouverture de la nouvelle procédure et la reprise corrélative des opérations de vérifications de créances dans celle-ci, a été d'avis que :

«Par application de l'article L. 626-27 I du code de commerce, le jugement qui prononce la résolution du plan en cas de constatation de l'état de cessation des paiements au cours de l'exécution de ce plan met fin aux opérations et à la procédure lorsque celle-ci est toujours en cours, de sorte que les créances déjà déclarées au passif de la première procédure collective et qui n'ont pas encore été admises sont soumises à la procédure de vérification et d'admission propre à la seconde».

Cassation – Avis – Demande – Cas – Question de droit posée dans des pourvois en cours (non)

Avis, 22 octobre 2012, demande n° 12-00.012, Bull. 2012, Avis, n° 9, rapport de M. Salomon et avis de Mme de Beaupuis

Si la question sur laquelle porte la demande d'avis se pose dans des pourvois en cours devant la Cour de cassation, il n'y a pas lieu à avis.

Par jugement du 26 juin 2012, le tribunal du contentieux de l'incapacité de Rouen a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur la question de savoir si les dispositions de l'article R. 143-32 du code de la sécurité sociale, issues du décret n° 2010-424 du 28 avril 2010, remettent en cause les principes fondamentaux de procédure civile en matière de charge de la preuve (article 9 du code de procédure civile) et d'expertise judiciaire (articles 144 et 146 du code de procédure civile relatifs au caractère subsidiaire du recours à l'expertise par le juge).

La question posait celle de la conciliation, en droit du contentieux technique de la sécurité sociale, entre le principe de la contradiction et celui du secret professionnel, s'agissant de la procédure à suivre en cas de contestation du montant de la rente allouée au salarié après un accident de travail ou une maladie professionnelle. À l'origine en opposition frontale, ces principes semblent désormais mieux se concilier à la faveur de l'entrée en vigueur de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, et de son décret d'application n° 2010-424 du 28 avril 2010 relatif à la procédure suivie devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale.

En effet, il résulte de l'article R. 143-32 du code de la sécurité sociale que lorsque la juridiction du contentieux technique, saisie d'une telle contestation, a désigné un médecin expert ou un médecin consultant, son secrétariat demande au praticien-conseil du contrôle médical dont le rapport a contribué à la fixation du taux d'incapacité permanente de travail objet de la contestation de lui transmettre ce rapport en double exemplaire, sous pli confidentiel.

Le secrétariat de la juridiction notifie alors dans les mêmes formes un des exemplaires au médecin expert ou au médecin consultant ainsi que, si l'employeur en a fait la demande, au médecin mandaté par celui-ci pour en prendre connaissance.

Ce texte a pour objectif de garantir que les informations médicales relatives à la victime sont seulement communiquées à des médecins, tout en permettant à la procédure contradictoire de se dérouler normalement devant les juridictions du contentieux technique de l'incapacité.

La Cour de cassation n'a estimé devoir émettre d'avis, en rappelant que, dans la mesure où la question sur laquelle porte la demande d'avis se pose dans des pourvois en cours devant elle, il n'y a pas lieu à réponse de sa part.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d’application – Exclusion – Cas – Question de droit ne présentant pas de difficulté sérieuse

Avis, 17 décembre 2012, demande n° 12-00.013, Bull. 2012, Avis, n° 10, rapport de Mme Guyon-Renard et avis de M. Jean

La première question ne présente pas de difficulté sérieuse permettant la saisine pour avis de la Cour de cassation dès lors que l’autorité de la chose jugée ne peut être opposée à la partie qui présente une nouvelle demande fondée sur l’existence d’un droit né après la décision rendue à l’issue de l’instance initiale.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d’application – Exclusion – Cas – Question supposant l’examen d’une situation concrète relevant de l’office du juge du fond

Même avis

Les deuxième et troisième questions, sur lesquelles l’avis de la Cour de cassation est sollicité, dont la solution ne dépend pas de la seule constatation de l’acquisition de la nationalité française, supposant chacune l’examen d’une situation concrète relevant de l’office du juge du fond, il n’y a pas lieu à avis.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d’application – Exclusion – Cas – Question de la compatibilité d’une disposition de droit interne avec la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l’enfant

Même avis

La quatrième question concernant la compatibilité d’une disposition de droit interne avec la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l’enfant relève de l’examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d’avis.

La demande d’avis, formulée en quatre questions, portait sur les effets de l’acquisition de la nationalité française d’un enfant, recueilli par acte de *kafala*, quant à son adoption, lorsque celle-ci avait été précédemment refusée en raison de l’application de sa loi personnelle antérieure qui la prohibait.

Dans ce cas d’espèce, alors que l’enfant était de nationalité algérienne, la Cour de cassation a rappelé par un arrêt du 9 juillet 2008 (1^{re} Civ., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20.279, *Bull.* 2008, I, n° 198), remarqué en raison de son rapprochement avec deux arrêts de la première chambre en date 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), rendus au visa de l’article 370-3, alinéa 2, du code civil, 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 ». En conséquence, l’arrêt prononçant l’adoption plénière a été censuré dès lors que la loi algérienne interdit l’adoption, que la *kafala* n’est pas une adoption, et que, par ailleurs, l’enfant n’est pas né en France.

Deux ans après la décision de rejet de la requête en adoption plénière, rendue sur renvoi après cassation, l’enfant a acquis la nationalité française par déclaration à raison du recueil en France depuis au moins cinq années (article 21-12 du code civil). Le recueillant s’est prévalu de ce changement de statut pour déposer une nouvelle requête en adoption plénière.

Le ministère public s'est opposé à cette demande en raison du précédent refus d'adoption et de l'absence de consentement valable, la requérante produisant seulement des pièces établies par les autorités algériennes.

La première question portait sur l'autorité de la chose jugée dans ce cas dans lequel un nouveau droit, acquis depuis le prononcé du premier jugement, était invoqué. La formation pour avis considère qu'elle ne présentait pas de difficulté sérieuse au regard de l'une des conditions cumulatives fixées à l'article 1351 du code civil, à savoir l'identité de cause, qui n'était pas remplie.

La deuxième question était relative à la possibilité de déclarer adoptable de manière plénière un enfant dès lors qu'il avait acquis la nationalité française, la troisième question, portant sur le consentement à l'adoption, étant étroitement liée.

Le juge du fond est souverain dans l'appréciation du respect des conditions légales de l'adoption. Il ressort très nettement des différentes décisions et des motivations des jugements, infirmés ou confirmés, rendus dans des cas d'espèce similaires, que les éléments de fait entourant le recueil de l'enfant, les décisions des autorités locales et la protection de celui-ci sont déterminants lors de l'examen de la validité du consentement. Ils sont le reflet de la diversité des situations dans lesquelles les enfants sont recueillis dans le cadre d'une *kafala*. De plus, ainsi qu'il est précisé à l'article 353, alinéa 1^{er}, du code civil, le constat de ce que les conditions de la loi sont remplies est insuffisant. Le juge doit vérifier si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, son appréciation est également souveraine. En conséquence, la solution aux questions posées ne dépendant pas de la seule constatation de l'acquisition de la nationalité française, et supposant chacune l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond, la demande d'avis n'était pas recevable.

La quatrième question, relative à la compatibilité de la règle de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, était également irrecevable. En effet, il est constant que l'appréciation de la conventionalité d'une disposition de droit interne, qui relève de l'examen préalable des juges du fond, échappe à la procédure de demande d'avis.

En tout état de cause, cette question n'était pas nouvelle en considération de la jurisprudence de la Cour de cassation telle qu'exprimée dans les arrêts de sa première chambre civile du 25 février 2009 (pourvoi n° 08-11.033, *Bull.* 2009, I, n° 41) et du 15 décembre 2010 (pourvoi n° 09-20.525, *Bull.* 2010, I, n° 265), dont il résulte que le rejet de la requête en adoption d'un enfant recueilli par acte de *kafala*, fondé sur la règle de conflit de l'article 370-3 du code civil, n'est pas contraire aux droits fondamentaux reconnus par les articles 3-1 et 20 de la Convention du 26 janvier 1990 précitée.

De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a dit, à l'unanimité, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans un arrêt Harroudj c. France (CEDH, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09), en reprenant le raisonnement suivi dans l'arrêt du 25 février 2009 précité, rendu dans cette même affaire.

Avis rendus en matière pénale

Aucun avis rendu en 2012.

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 – Effets du divorce – Effets à l'égard des époux – Effets quant aux biens – Donation de biens présents entre époux prenant effet au cours du mariage – Absence d'incidence du divorce – Dispositions impératives – Portée

1^{re} Civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-13.791, Bull. 2012, I, n° 56

La Cour de cassation répond, par le présent arrêt, à l'une des questions posées par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, modifiée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités : les époux peuvent-ils stipuler, dans l'acte constitutif d'une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, une condition résolutoire liée au prononcé du divorce ou à une simple demande en divorce, c'est-à-dire insérer ce que l'on appelle communément une clause de non-divorce ?

La Cour de cassation décide que les dispositions impératives de l'article 265, alinéa 1^{er}, du code civil font obstacle à l'insertion, dans une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, d'une clause liée au prononcé du divorce ou à une demande en divorce.

Dans le souci de pacifier le divorce et de renforcer la sécurité juridique, le législateur de 2004 a détaché le sort des donations et des avantages matrimoniaux (lesquels ne constituent pas des libéralités) de l'attribution des torts du divorce.

Alors qu'antérieurement l'ancien article 267 du code civil frappait l'époux coupable à titre de sanction, le nouvel article 265, alinéa 1^{er}, dans sa rédaction issue de la loi du 26 mai 2004, dispose que le divorce est sans incidence sur les donations de biens présents qui demeurent, en principe, irrévocables, comme le prévoit le nouvel article 1096.

Le maintien des donations de biens présents entre époux en cas de divorce a donné l'occasion au législateur de supprimer la libre révocabilité des donations faites entre

époux au cours du mariage, l'extension aux donations entre époux de la règle de l'irrévocabilité des donations étant d'ailleurs souhaitée par la doctrine et préconisée par le rapport du groupe de travail présidé par Françoise Dekeuwer-Défossez (*Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*, La Documentation française, 1999). Ce retour au droit commun a été renforcé par la suppression de l'article 1099 du code civil qui frappait de nullité les donations déguisées entre époux.

La volonté du législateur aurait été neutralisée si les donations de biens présents entre époux étaient restées librement révocables comme le prévoyait l'ancien article 1096 du code civil, texte qui ne constituait pas une disposition propre au divorce. La loi du 26 mai 2004 a donc abrogé la révocabilité *ad nutum* des donations de biens présents entre époux. Il résulte désormais de l'article 1096 du code civil complété par la loi du 23 juin 2006 que la donation de biens présents entre époux qui prend effet au cours du mariage, qu'elle soit faite par contrat de mariage ou pendant le mariage, n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958 du code civil, c'est-à-dire dans les conditions du droit commun des donations (inexécution des charges et conditions, ingratitude).

Au lendemain du vote de la loi du 26 mai 2004, une discussion s'est immédiatement instaurée en doctrine sur la question de savoir si les donations de biens présents entre époux pouvaient, ou non, être assorties d'une clause de non-divorce, controverse que n'a pas tranchée le législateur de 2006, qui a pourtant opéré certains ajustements sur d'autres questions qui suscitaient des débats.

Si l'alinéa 2 de l'article 1096 du code civil prévoit que la donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958, le législateur n'a pas modifié l'article 947, lequel soustrait les donations entre époux aux articles 943 à 946, et plus précisément à l'article 944, c'est-à-dire au principe d'irrévocabilité des donations.

Le principe est toutefois annoncé à l'article 894 du code civil, qui dispose que la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte.

L'admission de la validité d'une clause de non-divorce dans une donation de biens présents entre époux prenant effet au cours du mariage, qui serait devenue une clause de style, aurait conduit à la réintroduction, par l'effet de la résolution, de l'insécurité juridique dénoncée par une partie de la doctrine qui réclamait l'abrogation de la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux.

Or, la volonté du législateur de soumettre la donation de biens présents prenant effet au cours du mariage faite entre époux au droit commun des donations et de l'assujettir à la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations n'était pas douteuse. Il ressort en effet des travaux parlementaires qu'il « paraissait difficilement admissible que les donations entre concubins ou Pacsés soient irrévocables et pas celles entre personnes mariées » (P. Gélard, *Rapport n° 120 (2003-2004) fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif au divorce*, déposé le 17 décembre 2003, article 21).

Il peut être observé que si le législateur avait entendu laisser aux époux la possibilité de prévoir la révocation des donations en cas de divorce, il lui suffisait d'abroger

les textes stipulant l'ancienne sanction sans prendre aucune autre disposition, le nouvel article 265 n'étant pas indispensable dès lors que l'article 1096 était modifié.

La Cour de cassation a donc considéré que le législateur avait entendu conférer à l'article 265, alinéa 1, du code civil, un caractère impératif.

Divorce, séparation de corps – Effets – Liquidation du régime matrimonial – Partage – Office du juge – Détermination

1^{re} Civ., 7 novembre 2012, pourvoi n° 12-17.394, Bull. 2012, I, n° 231

La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, créant une juridiction unique pour le divorce et le partage, a dévolu au juge aux affaires familiales les pouvoirs conférés auparavant au tribunal de grande instance pour la liquidation et le partage du régime matrimonial des époux. L'article 267-1 du code civil, dont les anciennes dispositions organisaient un encadrement temporel des opérations de liquidation et de partage, a été modifié et prévoit désormais que ces opérations se déroulent suivant les règles fixées par le code de procédure civile.

La doctrine est très divisée sur les conséquences de ces nouvelles dispositions quant à l'étendue des pouvoirs du juge du divorce, certains auteurs estimant que deux instances doivent être distinguées, l'une pour le prononcé du divorce, l'autre pour la liquidation et le partage du régime matrimonial des époux, d'autres considérant qu'il existe un continuum entre ces deux phases. Selon la circulaire CIV 10/10 du 16 juin 2010, le juge vide sa saisine en prononçant le divorce, aucun texte ne lui permettant de désigner un notaire (l'article 1364 du code de procédure civile permettant la désignation d'un notaire appartenant à la section relative au partage judiciaire, lequel débute par une assignation en partage).

Or, la loi, en son article 267, alinéa 1 (antérieurement, 264-1), du code civil, dont la teneur est inchangée depuis 1985, impose au juge qui prononce le divorce d'ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux. La seule exception tient à l'existence d'un règlement conventionnel par les époux, ce qui implique que le juge aux affaires familiales ordonne la liquidation et le partage lorsque les époux ne se sont pas mis d'accord amiablement sur le règlement du divorce.

L'article 1361, alinéa 2, du code de procédure civile, auquel renvoie l'article 267-1 du code civil, rédigé dans des termes similaires à ceux de l'article 267, alinéa 1, prévoit que le juge peut désigner un notaire, et l'article 1364 du même code dispose que, si la complexité des opérations le justifie, le tribunal désigne un notaire pour procéder aux opérations de partage.

Par un arrêt du 12 avril 2012 (1^{re} Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-20.195), la première chambre civile a cassé un arrêt qui avait prononcé le divorce, mais refusé de désigner un notaire malgré la demande des deux époux. L'arrêt du 7 novembre 2012 confirme cette jurisprudence, en décidant qu'en application des articles 267, alinéa 1, du code civil, et 1361, alinéa 2, du code de procédure civile, le juge aux affaires familiales, en prononçant le divorce des époux, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, désigne un notaire.

2. Étranger

Étranger – Contrôles – Service de police ou de gendarmerie – Pouvoirs – Contrôle des documents au titre desquels le séjour est autorisé – Réquisition en dehors de tout contrôle d'identité et de risque d'atteinte à l'ordre public – Non-conformité avec le droit de l'Union européenne – Portée

1^{re} Civ., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-25.233, Bull. 2012, I, n° 119

Cet arrêt mérite une attention particulière car il remet en cause la pratique policière suivie jusqu'à présent pour les contrôles de personnes effectués sur le fondement de l'article L. 611-1, alinéa 1, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) (ancien article 8 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France).

Cette remise en cause résulte des exigences du droit de l'Union européenne relatives au « système Schengen » énoncées tant en droit primaire qu'en droit dérivé :

– en droit primaire tout d'abord, à l'article 67, § 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), aux termes duquel cette dernière « assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures [...] ». Ce principe, qui fait partie de ce qui est communément appelé « l'acquis de Schengen », a été intégré au droit de l'Union européenne, par le Traité d'Amsterdam, en ce qu'il participe à la réalisation d'un objectif fondamental de la construction européenne, à savoir l'établissement d'un espace sans frontières intérieures entre les États membres dans lequel la libre circulation des personnes est assurée. L'abolition de principe des contrôles aux frontières intérieures allant de pair avec l'élaboration d'une politique commune de gestion des contrôles aux frontières extérieures, le contrôle des personnes se trouve reporté aux frontières extérieures ;

– en droit dérivé ensuite, aux articles 20 et 21 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), adopté pour consolider et développer l'acquis de Schengen, dans ses deux volets (frontières intérieures et extérieures). Son article 20 définit largement les bénéficiaires du principe de suppression du contrôle aux frontières intérieures en visant toute personne quelle que soit sa nationalité (celle d'un État membre ou celle de n'importe quel État tiers) ; quant à l'article 21, il précise la nature des mesures en principe prohibées, au rang desquelles figurent les mesures de police effectuées à l'intérieur du territoire dès lors qu'elles revêtent un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, ce qui n'est pas le cas dans certaines hypothèses énumérées de manière non exhaustive.

Ces textes de droit primaire et dérivé de l'Union européenne avaient déjà conduit la Cour de cassation, dans sa formation de constitutionnalité, à poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur l'éventuelle conventionalité de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, introduit en 1993 avec la volonté affichée de compenser la suppression des contrôles aux frontières internes de l'espace Schengen au moyen de l'instauration de contrôles d'identité dans des zones frontalières ou connaissant d'importants mouvements transfrontaliers de population (Cass., QPC, 16 avril 2010, pourvois n° 10-40.001 et 10-40.002).

Dans son arrêt rendu en grande chambre le 22 juin 2010 (Melki et Abdeli, n° C-188/10) (l'arrêt Melki), la Cour de justice a répondu à cette question préjudicielle en disant pour droit que « l'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code Schengen), s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone [...] [définie] l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévus par la loi, sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières ». L'enseignement principal de cet arrêt est d'avoir dégagé une série de trois critères afin de déterminer si les contrôles effectués à l'intérieur du territoire d'un État membre sont susceptibles de revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières, de nature à les faire tomber sous le coup de l'interdiction posée à l'article 21 du règlement n° 562/2006 : le premier critère tient à l'objectif légalement assigné aux contrôles litigieux, le deuxième à leur localisation, le troisième à leur intensité ou fréquence.

L'arrêt Melki de la Cour de justice de l'Union européenne a eu une incidence significative, non seulement en France, mais aussi dans d'autres États membres :

- ainsi, la Cour de cassation a retenu, après l'avoir suggéré, l'irrégularité des contrôles d'identité opérés sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale (Cass., QPC, 29 juin 2010, pourvois n° 10-40.001 et n° 10-40.002, [affaires ayant donné lieu au renvoi préjudiciel]); 1^{re} Civ., 23 février 2011, pourvoi n° 09-70.462, *Bull.* 2011, I, n° 35; 1^{re} Civ., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-30.776, *Bull.* 2011, I, n° 92);
- le législateur national, a, pour sa part, complété l'article 78-2 du code de procédure pénale (loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite LOPPSI 2). D'autres États membres l'ont suivi, comme les Pays-Bas, dont la réforme législative en matière de contrôle des personnes dans les zones frontalières a donné lieu à plusieurs renvois préjudiciels afin de s'assurer de la pleine conformité du nouveau texte avec les exigences découlant de l'arrêt Melki (renvoi préjudiciel du 7 février 2012 dans l'affaire Jaoo, n° C-88/12, finalement radiée par ordonnance du président de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 septembre 2012, à la suite du prononcé, le 19 juillet 2012, d'un arrêt rendu selon la procédure d'urgence dans l'affaire PPU-Adil, n° C-278/12, sur renvoi préjudiciel, le 4 juin 2012, du Conseil d'État néerlandais);
- enfin, la Commission européenne a fermement invité les États membres à adapter leur législation nationale en conséquence, sous peine de poursuites en manquement devant la Cour de justice, tout en ayant le souci de faciliter la tâche des autorités nationales en ce sens en leur donnant des explications concrètes afin de les mettre en mesure d'apprécier au mieux le caractère licite ou illicite des contrôles (rapport COM/2010/0554 final de la Commission européenne sur l'application du titre III (Frontières intérieures) du code frontières Schengen précité).

C'est dans le prolongement direct de ces développements issus de la jurisprudence Melki que se situe l'arrêt faisant l'objet du présent commentaire, par lequel la première chambre civile de la Cour de cassation apporte une pierre supplémentaire à l'édification

d'un espace européen dans lequel la libre circulation des personnes est assurée. Pour ce faire, elle se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice, concernant l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, pour en étendre la solution à l'article L. 611-1, alinéa 1, du CESEDA, laquelle s'impose avec suffisamment d'évidence, au sens de l'arrêt CILFIT (CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT c. Ministero della Sanita, n° C-283/81) pour qu'un nouveau renvoi préjudiciel ne soit pas nécessaire.

Le texte national présentement en cause se distingue de celui précédemment examiné dans l'arrêt Melki : l'article L. 611-1, alinéa 1, du CESEDA, dont l'origine est plus ancienne que celle de l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale (puisqu'elle remonte à l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée), autorise, sur les personnes de nationalité étrangère (et non pas sur toute personne), un contrôle de titres de séjour, en dehors de tout contrôle d'identité (tel que celui prévu à l'article 78-2 du code de procédure pénale), et ce sur l'ensemble du territoire national (et non pas uniquement sur certaines zones de celui-ci). Mais, ces différences, loin de faire échapper l'article L. 611-1, alinéa 1, du CESEDA, à la critique encourue par l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, ne font qu'en accroître la vigueur au regard des trois critères posés par la Cour de justice dans l'arrêt Melki.

En effet, s'agissant du premier critère, tenant à l'objectif légalement assigné aux contrôles litigieux, il est très proche de celui des vérifications aux frontières (consistant à s'assurer que les personnes peuvent être autorisées à entrer sur le territoire national ou à le quitter), compte tenu, d'une part, des personnes qui y sont soumises (les personnes de nationalité étrangère) et, d'autre part, de la nature des titres et documents requis à cette occasion (ceux sous le couvert desquels ces personnes de nationalité étrangère sont autorisées à circuler ou à séjourner en France). De ce point de vue, les contrôles en cause ne présentent pas l'ambiguïté de ceux prévus à l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, lesquels étaient souvent dénoncés comme étant en réalité des contrôles de titres d'entrée et de séjour des étrangers en France, et non de simples contrôles d'identité (voir, en ce sens, J. Buisson, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité » in *J.-Cl procéd. pén.*, Art. 78-1 à 78-5, Fasc. 10, n° 171, 172, décembre 2008 ; K. Parrot, note sous 1^{re} Civ., 23 février 2011, pourvoi n° 09-70.462 (précité), *RCDIP* 2011, p. 603).

Quant à la localisation des contrôles litigieux (le deuxième critère), elle est bien plus étendue que celle prévue pour les contrôles mis en cause par la jurisprudence Melki : l'article L. 611-1, alinéa 1, du CESEDA ne prévoyant aucune limitation géographique à ces contrôles, il peut en être fait usage sur n'importe quel point du territoire national, c'est-à-dire non seulement dans des zones très éloignées des frontières intérieures ou d'axes de circulation internationale, ce qui *a priori* exclut que les contrôles effectués dans ces zones revêtent un effet équivalent à des vérifications aux frontières, mais aussi, ce qui est problématique, dans des zones beaucoup plus sensibles, qui peuvent d'ailleurs correspondre à celles prévues à l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, comme le démontrent les circonstances de l'espèce (contrôle opéré sur le tronçon du tunnel du Mont-Blanc, c'est-à-dire à la fois sur un axe de circulation internationale et dans une zone frontalière de 20 kilomètres).

Enfin, s'agissant du troisième et dernier critère, tenant à l'intensité et à la fréquence des contrôles litigieux, force est de constater que l'article L. 611-1, alinéa 1, du CESEDA présente les mêmes difficultés que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale :

d'une part, il autorise des contrôles indépendamment du comportement de la personne concernée et des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public; d'autre part, il ne contient ni précision, ni limitation de l'usage de la faculté ainsi conférée aux policiers quant à l'intensité et à la fréquence des contrôles. Il s'ensuit que rien ne garantit que l'usage de cette faculté ne puisse revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières. Un encadrement législatif s'avère donc nécessaire. Si la Cour de cassation a apporté, dès 1985, une limite aux contrôles litigieux, en subordonnant leur recours à l'existence d'éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne, de nature à caractériser que celle-ci est présumée être étrangère, et ce afin d'éviter les contrôles «au faciès» (Crim., 25 avril 1985, pourvois n° 84-92.916 et 85-91.324, *Bull. crim.* 1985, n° 159; Crim., 17 mai 1995, pourvoi n° 94-85.231, *Bull. crim.* 1995, n° 177; 2^e Civ., 14 décembre 2000, pourvoi n° 99-50.089, *Bull.* 2000, II, n° 171; 1^{re} Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-50.068, *Bull.* 2005, I, n° 248; 1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-11.099, *Bull.* 2012, I, n° 75), cet encadrement jurisprudentiel, aussi important et utile soit-il (pour réduire l'intensité et la fréquence de ces contrôles sur l'ensemble du territoire national), ne suffit pas à écarter tout risque que ces derniers revêtent, en particulier dans certaines parties du territoire national, un effet équivalent à des vérifications aux frontières.

Étranger – Entrée ou séjour irrégulier – Placement en garde à vue – Régularité – Conditions – Détermination – Portée

1^{re} Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.250, Bull. 2012, I, n° 158

1^{re} Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.371, Bull. 2012, I, n° 158

1^{re} Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.530, Bull. 2012, I, n° 158

Par une série de neuf arrêts rendus le 5 juillet 2012, dont trois sont publiés, la Cour de cassation remet en cause la régularité du placement en garde à vue des ressortissants de pays tiers, pour seul séjour irrégulier, immédiatement avant le placement de ces derniers en rétention administrative.

Cette solution résulte de la combinaison entre, d'une part, les exigences de la directive dite «retour» (directive 2008/115/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier), tel qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 28 avril 2011, PPU – El Dridi, n° C-61/11 et CJUE, 6 décembre 2011, Achughabian, n° C-329/11), et, d'autre part, les conditions requises par le code de procédure pénale pour le placement en garde à vue, ce qui avait justifié, le 3 avril 2012, la saisine pour avis de la chambre criminelle par la première chambre civile, conformément aux dispositions de l'article 1015-1 du code de procédure civile.

Cette combinaison d'exigences s'imposait dans la mesure où il résulte de la jurisprudence européenne précitée que la «directive retour» s'oppose, dans certaines hypothèses, à une réglementation nationale réprimant le séjour irrégulier d'une peine d'emprisonnement, ce qui est le cas de l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), alors que l'une des conditions requises par le code de procédure pénale pour le placement en garde à vue est que les faits reprochés à la personne mise en cause soient punis d'une peine d'emprisonnement (voir les articles 63 et 67 du code de procédure pénale, pour la période antérieure à l'entrée en vigueur,

le 1^{er} juin 2011, de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, et l'article 62-2 du même code, issu de cette loi, pour la période postérieure).

D'où l'énoncé, dans un attendu de principe, d'une réponse en forme de syllogisme :

- la majeure est constituée par une synthèse des deux arrêts précités de la CJUE, dont il résulte que « la directive 2008/115/CE s'oppose à une réglementation nationale réprimant le séjour irrégulier d'une peine d'emprisonnement, en ce que cette réglementation est susceptible de conduire, pour ce seul motif, à l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers, lorsque ce dernier, non disposé à quitter le territoire national volontairement, soit n'a pas été préalablement soumis à l'une des mesures coercitives prévues à l'article 8 de cette directive, soit, a déjà fait l'objet d'un placement en rétention mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure » ;
- la mineure rappelle les conditions requises par les articles du code de procédure pénale (applicables selon la période considérée) pour le placement en garde à vue, en particulier, celle relative à l'emprisonnement ;
- pour aboutir au conclusif selon lequel « le ressortissant d'un pays tiers, en séjour irrégulier en France, qui n'encourt pas l'emprisonnement prévu par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lorsqu'il se trouve dans l'une ou l'autre situation exposée par la jurisprudence européenne précitée, ne peut être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure de flagrant délit diligentée de ce seul chef », ce qui va dans le même sens que l'avis rendu par la chambre criminelle (Crim., 5 juin 2012, avis n° 9002 [rendu en application de l'article 1015-1 du code de procédure civile]).

Autrement dit, le placement en garde à vue est exclu lorsque l'étranger, mis en cause pour simple séjour irrégulier, et non disposé à quitter le territoire national volontairement, n'a pas déjà été soumis à l'une des mesures coercitives prévues ou envisagées par la directive (telles que la rétention administrative ou l'assignation à résidence), dont le recours est subordonné, par la directive (considérants 13 et 16, en lien avec les articles 8 § 4 et 15), au respect, non seulement du principe d'efficacité (en vue de parvenir à l'éloignement de l'étranger), mais aussi de proportionnalité (en raison de la nécessaire garantie des droits fondamentaux), un sort particulier étant néanmoins réservé à l'hypothèse où l'intéressé a déjà fait l'objet de la mesure la plus coercitive qui soit admise par la directive (la rétention), le placement en garde à vue n'étant exclu dans cette hypothèse qu'à la condition que la durée maximale de rétention dont l'étranger a déjà fait l'objet n'ait pas été épuisée.

Au final, sont prononcés cinq arrêts de rejet des pourvois formés par les procureurs généraux de différentes cours d'appel (seuls deux arrêts sont publiés, l'un concernant la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 2011 sur la garde à vue, l'autre concernant la période postérieure) et quatre de cassation (un seul arrêt est publié, concernant la période antérieure considérée).

S'agissant des arrêts de rejet, ils s'appuient à la fois sur les constatations des ordonnances attaquées (les étrangers concernés avaient été placés en garde à vue uniquement pour séjour irrégulier), et sur l'examen des pièces de procédure (les intéressés n'avaient pas été préalablement soumis à une mesure coercitive au sens de l'article 8 de la « directive retour », c'est-à-dire ni à une assignation à résidence, ni à une rétention), pour en déduire que c'est à bon droit que les premiers présidents ayant adopté les ordonnances attaquées avaient retenu que le placement en garde à vue de ces étrangers

était irrégulier, ce qui avait justifié leur remise en liberté de la mesure de rétention dont ils faisaient alors l'objet.

Quant à la cassation intervenue, elle est prononcée au visa des articles 8 et 15 de la directive retour, ainsi que des articles 63 et 67 du code de procédure pénale (les faits étant antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi de 2011 sur la garde à vue), et ce, non pour violation de la loi, mais pour défaut de base légale, dès lors que la décision de prolongation de la mesure de rétention avait été confirmée par l'ordonnance attaquée sans que l'auteur de cette dernière n'ait pris le soin de rechercher, au vu des pièces de la procédure suivie devant lui, si l'étranger concerné avait été préalablement soumis à une mesure coercitive au sens de l'article 8 de la « directive retour », et, dans l'hypothèse où l'intéressé aurait fait l'objet d'un placement en rétention, si la durée de celle-ci avait été maximale.

3. Filiation

Filiation – Filiation adoptive – Procédure – Jugement – Décision étrangère – Exequatur – Refus – Cas – Contrariété avec un principe essentiel du droit français de la filiation – Caractérisation – Applications diverses

1^{re} Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 11-30.261, Bull. 2012, I, n° 125

Filiation – Filiation adoptive – Procédure – Jugement – Décision étrangère – Exequatur – Refus – Cas – Contrariété avec un principe essentiel du droit français de la filiation – Caractérisation – Office du juge – Détermination

1^{re} Civ., 7 juin 2012 pourvoi n° 11-30.262, Bull. 2012, I, n° 126

La Cour était saisie de deux pourvois du procureur général près la cour d'appel de Paris, dirigés contre des arrêts de cette cour d'appel ayant prononcé l'*exequatur* de décisions étrangères, toutes deux prononçant l'adoption d'un enfant mineur par deux parents de sexe masculin, vivant dans le pays où étaient situées les juridictions. Dans le premier cas, il s'agissait d'un jugement britannique rendu à la demande d'un couple formé d'un citoyen français et d'un citoyen britannique, dans le second d'un jugement québécois, chacun des membres du couple possédant la double nationalité française et canadienne. Dans les deux cas, le mineur, retiré à ses parents, avait été confié au couple par les services sociaux du pays de résidence, mais seul l'arrêt rendu à l'égard de la décision britannique mentionnait que l'adoption avait entraîné rupture des liens de filiation avec la famille d'origine, l'autre ne donnant pas de précisions à cet égard.

Il était soutenu par le parquet, d'une manière identique dans les deux dossiers, que l'*exequatur* portait atteinte à l'ordre public international comme contraire à un principe essentiel du droit français. Selon la première branche, un tel principe résultait des dispositions de l'article 346 du code civil selon lequel « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ». Une seconde branche portait sur la non-conformité aux principes essentiels du droit français régissant l'établissement de la filiation, lesquels interdiraient l'établissement conjoint d'une filiation à l'égard de deux personnes de même sexe, conséquence de la transcription, à la suite de l'*exequatur*, de l'adoption sur les registres de l'état civil français.

Les mémoires en défense s'appuyaient notamment sur l'arrêt de la première chambre civile du 8 juillet 2010 (pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162, *Rapport annuel* 2010, p. 469), rendu dans des circonstances différentes, ayant estimé que n'était pas contraire à l'ordre public international la décision d'*exequatur* d'un jugement américain prononçant l'adoption d'un enfant, né d'une insémination artificielle avec donneur, par la compagne de sa mère, l'autorité parentale n'étant pas, contrairement à ce qui se passe en droit français en vertu de l'article 365 du code civil, transférée à l'adoptante, mais partagée entre les deux femmes. Il était soutenu, conformément à certaines interprétations doctrinales, que la Cour de cassation aurait ainsi consacré en général la conformité à l'ordre public international français de l'adoption par des couples de même sexe.

La première branche a donné lieu à un rejet. En effet, l'article 346 du code civil, qui s'impose à tous les couples, quel que soit leur sexe, en leur imposant de recourir au mariage s'ils souhaitent recourir à une adoption conjointe, est critiqué par une partie de la doctrine en ce qu'il accorde un avantage qui peut apparaître injustifié aux couples mariés par rapport à ceux qui vivent en concubinage ou qui sont liés par un pacte de solidarité. Et il n'est pas possible, sans encourir le grief de discrimination au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, (notamment, CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, requête n° 25951/07), de n'accorder à ce texte valeur de principe essentiel que de façon distributive, en ce qu'il fait obstacle, d'une manière définitive, à l'adoption conjointe par des couples de même sexe, puisque le mariage, en l'état du droit positif français, leur est interdit. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme n'a validé la jurisprudence française précitée, qui permet l'adoption de l'enfant du conjoint mais pas celle de celui du concubin ou du partenaire, que parce qu'il n'existe aucune différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels.

Les arrêts ont cependant été cassés sur la seconde branche du moyen. En effet, si l'*exequatur* des décisions étrangères était prononcé, il pourrait en résulter la transcription des jugements étrangers sur les actes d'état civil français. Or, l'adoption étrangère produisant en droit français, ou bien les effets de l'adoption simple, ou bien ceux de l'adoption plénière, selon que sont maintenus ou rompus les liens de l'adopté avec sa famille d'origine, cette transcription, dans le cas où l'adoption étrangère équivaldrait à une adoption plénière, aboutirait à la rédaction d'un acte de naissance français portant inscription de l'enfant comme né de deux parents de même sexe.

Une telle conséquence serait contraire à un principe essentiel du droit français en ce qu'elle romprait la cohérence du droit de la filiation, lequel suppose qu'une personne, lorsqu'elle possède une double filiation, fût-elle adoptive, soit considérée comme issue d'une lignée paternelle et d'une lignée maternelle, lesquelles acquièrent des droits et devoirs égaux à son égard ainsi que cela résulte notamment de l'article 310 du code civil, qui a fait l'objet d'un visa.

Il appartenait donc au juge du fond, saisi d'une demande d'*exequatur*, de s'interroger sur les conséquences de sa décision 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*, et que l'arrêt a été cassé pour violation de la loi. 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.

4. Nationalité

Nationalité – Nationalité française – Acquisition – Modes – Déclaration – Enregistrement – Action en contestation du ministère public pour fraude – Prescription – Délai biennal – Point de départ – Découverte de la fraude par le ministère public

1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-30.071, Bull. 2012, I, n° 76

1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-30.136, Bull. 2012, I, n° 76

1^{re} Civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 11-30.196, Bull. 2012, I, n° 76

Par ces trois arrêts, la première chambre civile de la Cour de cassation statue sur la question des conditions de la contestation de l'enregistrement d'une déclaration de nationalité souscrite en raison du mariage avec un conjoint français, et, notamment, sur celle du point de départ du délai de deux ans accordé par l'article 26-4, alinéa 3, du code civil, au ministère public pour contester l'enregistrement de la déclaration pour mensonge ou fraude.

Les trois cas soumis à la Cour de cassation présentaient une situation de fait assez proche : une personne de nationalité étrangère, ayant contracté mariage avec une personne de nationalité française, souscrit une déclaration de nationalité française en sa qualité de conjoint d'un ressortissant français qui est enregistrée, puis le ministère public engage une action aux fins d'annulation de l'enregistrement pour fraude sur le fondement de l'article 26-4, alinéa 3, du code civil, qui prévoit que « l'enregistrement peut encore être contesté par le ministère public en cas de mensonge ou de fraude dans le délai de deux ans à compter de leur découverte ». Dans les trois dossiers, les cours d'appel ont estimé que l'action du ministère public était prescrite, le point de départ du délai étant constitué par la découverte de la fraude ou du mensonge par l'un des services de l'État français.

Dans le premier dossier (pourvoi n° 11-30.071), la cour d'appel a pris en considération la date de transcription du divorce sur les actes d'état civil comme point de départ du délai de prescription, et notamment l'information du service central de l'état civil par un consul général de France ; dans le deuxième dossier (pourvoi n° 11-30.136), la cour d'appel a pris en compte la date à laquelle le service central de l'état civil du ministère des affaires étrangères avait eu connaissance des éléments de faits ; dans la troisième affaire (pourvoi n° 11-30.196), elle a pris en compte la date à laquelle le ministère de la naturalisation avait fait diligenter une enquête de police.

Censurant chacune de ces décisions, la Cour de cassation décide que le point de départ du délai de prescription biennal est la date de la découverte de la fraude ou du mensonge par le ministère public, celui-ci pouvant seul agir en annulation de l'enregistrement de la déclaration de nationalité française pour fraude ou mensonge (articles L. 122-2 et L. 122-3 du code de l'organisation judiciaire).

Antérieurement, la Cour de cassation estimait que la détermination du moment à partir duquel le ministère public avait eu connaissance du mensonge ou de la fraude

relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond (voir, en ce sens, 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 03-19.402, *Bull.* 2005, I, n° 219).

Nationalité – Nationalité française – Acquisition – Modes – Déclaration – Réclamation à raison du recueil en France – Mineur recueilli et élevé par une personne de nationalité française – Conditions – Délai de cinq ans – Point de départ – Détermination

Avis, 4 juin 2012, demande n° 12-00.004, Bull. 2012, Avis, n° 4

Peut, jusqu'à sa majorité, réclamer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du code civil, la nationalité française en application de l'article 21-12, alinéa 3, 1° de ce code, l'enfant recueilli en France, depuis au moins cinq années au jour de la déclaration et élevé par une personne ayant la nationalité française depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, pourvu qu'à l'époque de celle-ci, il réside en France.

Voir le commentaire p. 384

Nationalité – Nationalité française – Acquisition – Modes – Acquisition à raison du mariage – Déclaration – Enregistrement – Action en contestation du ministère public – Conditions – Mensonge ou fraude – Présomption de fraude – Cessation de la communauté de vie dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration – Application – Instance engagée dans les deux ans de l'enregistrement de la déclaration – Portée

1^{re} Civ., 7 novembre 2012, pourvois n° 12-13.713 et n° 11-17.237, Bull. 2012, I, n° 234

L'article 26-4 du code civil a été déclaré conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel du 30 mars 2012 (n° 2012-227 QPC, M. Omar S. [Conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage]), sous la réserve du considérant 14, aux termes duquel la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration et, dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqués.

En raison de son mariage, le 13 février 2002, avec un conjoint de nationalité française, le mari de nationalité algérienne avait, le 12 mars 2003, souscrit une déclaration de nationalité. Le ministère public avait assigné l'époux en annulation de l'enregistrement, le 5 février 2004, de la déclaration de nationalité.

La cour d'appel avait annulé l'enregistrement et constaté l'extranéité de l'intéressé, en retenant que la présomption de fraude était constituée et qu'eu égard à la date de naissance, le 12 novembre 2004, d'un enfant issu des relations hors mariage de l'auteur de la déclaration de nationalité, la communauté de vie avait cessé pour le moins dans le délai légal suivant l'enregistrement de la déclaration.

La Cour de cassation juge que, par application de l'article 26-4 du code civil et de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqués dans les instances engagées plus de deux années après l'enregistrement de la déclaration. En l'espèce, le ministère

public ayant engagé l'instance le 27 juillet 2007, soit plus de deux années après la date de l'enregistrement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en ne recherchant pas si le ministère public avait établi que la communauté de vie avait cessé à la date de la déclaration.

5. Testament

Testament – Testament-partage – Bénéficiaires – Détermination – Portée

1^{re} Civ., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-23.396, Bull. 2012, I, n° 237

La validité d'un testament-partage transgénérationnel, affirmée par cet arrêt, va à l'encontre de ce que la majorité de la doctrine enseigne en réservant à la seule donation-partage la possibilité de partager entre descendants de degrés différents.

Avant la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, l'article 1079 du code civil disposait que «le testament-partage ne produit que les effets d'un partage», ce qui conduisait à reconnaître dans cet acte uniquement la manifestation de la volonté du testateur de répartir, lui-même, en l'imposant, les effets de la succession entre ses héritiers. Ainsi, ceux-ci n'étaient pas des légataires gratifiés d'une libéralité, mais seulement des héritiers copartagés dans la succession *ab intestat*. Dès lors, et même si le testament-partage pouvait contenir aussi des legs particuliers, il était exclu que l'acte emporte partage de la succession entre les héritiers et des personnes qui ne l'étaient pas, fussent-elles les descendants d'un degré subséquent, par exemple entre enfants et leurs propres enfants, petits-enfants du testateur.

Mais la restriction ne se retrouve pas dans la nouvelle rédaction de cet article 1079. Dès lors, le testament-partage, qui produit les effets d'un partage, peut-il désormais être transgénérationnel et bénéficier à d'autres descendants qu'aux seuls héritiers *ab intestat* ?

L'arrêt répond par l'affirmative en s'appuyant sur la place du texte, dans le chapitre VII du code civil intitulé «Des libéralités-partages». Il est l'un des deux articles de la section III laquelle traite «Des testaments-partages», après celle qui réglemente les «donations-partages» en distinguant selon qu'elles concernent seulement les héritiers présomptifs (ce qui recouvre les héritiers *ab intestat*) ou aussi des descendants de degrés différents. Ainsi le caractère transgénérationnel n'est expressément envisagé que pour les donations-partages.

Mais ces deux sections suivent les dispositions générales qui sont exposées dans la section première. Ces dispositions sont donc applicables tant aux donations-partages qu'aux testaments-partages. Or il n'est fait aucune distinction entre ces deux libéralités-partages quant à leur éventuel caractère transgénérationnel. L'article 1075 prévoit que toute personne peut faire entre ses héritiers présomptifs la distribution et le partage de ses biens et de ses droits, soit par donation-partage, soit par testament-partage et l'article 1075-1 énonce que toute personne peut «également» le faire «entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non des héritiers présomptifs».

Dès lors, il est apparu à la première chambre qu'il n'y a pas lieu de limiter le domaine du testament-partage là où le législateur ne fait aucune distinction, étant observé que la protection de la réserve, parfois invoquée pour écarter la validité du testament-partage

transgénérationnel, peut sans doute être assurée par l'action en réduction qui ne paraît pas devoir être refusée dans cette situation.

B. Droit du travail

Introduction

Au cours de l'année 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu 3 575 arrêts et décisions qui ont terminé 6 211 affaires, prolongeant en cela au niveau de la Cour de cassation la part importante prise par le contentieux du droit du travail dans les litiges soumis à l'ensemble des juridictions civiles.

342 arrêts ont fait l'objet d'une décision de publication pour souligner, malgré l'accessibilité générale des arrêts de la Cour sur Légifrance, l'importance attachée, soit à des solutions jurisprudentielles nouvelles, soit à la confirmation d'orientations déjà acquises mais méritant un rappel périodique.

Parmi les arrêts publiés, la chambre sociale a choisi d'en sélectionner 26 pour l'année 2012 méritant un commentaire particulier au *Rapport annuel* de la Cour, pris dans des domaines aussi variés que l'organisation ou la durée du travail, la réglementation des rémunérations, la lutte contre les différentes formes de discriminations et de harcèlement, les conditions et les effets de la rupture du contrat de travail, la représentation du personnel et les élections professionnelles, certaines questions de procédure contentieuse.

Indépendamment des commentaires propres à chaque affaire, il convient dans cette introduction de mettre en exergue la triple caractéristique des arrêts sélectionnés :

– Beaucoup d'entre eux, sous des formes diverses, confirment la prééminence des normes internationales, européennes et constitutionnelles, par rapport aux règles de niveau inférieur.

Les droits fondamentaux des salariés, la légalité des formes d'organisation du travail, les conditions d'établissement ou de fonctionnement des institutions représentatives du personnel font notamment partie des litiges où cette confrontation est régulièrement mise en cause devant la Cour de cassation.

– Il ne peut être nié que la jurisprudence est une source créatrice de droit, spécialement sur des contentieux où les textes applicables sont soit inexistantes, soit particulièrement vagues quant à leurs conditions d'application.

La chambre sociale s'efforce, soit directement, soit par l'intermédiaire du parquet général, de recueillir tous les éléments d'information extrinsèques dont elle a besoin pour se déterminer en pleine connaissance de cause des enjeux attachés à ses décisions.

– La construction prétorienne du droit du travail ne peut enfin se concevoir, compte tenu de l'unité profonde de la matière, sans un dialogue, dont on trouvera divers exemples dans les arrêts commentés, avec les autres Cours, européenne, constitutionnelle et administrative, appelées à se prononcer à des titres divers sur des contentieux analogues.

Cette pratique est incontestablement de nature à renforcer les objectifs de prévisibilité du droit et de sécurité juridique.

Les arrêts les plus significatifs rendus en 2012 sont, selon la présentation adoptée désormais par la chambre, classés en huit grandes rubriques : 1. Contrat de travail, organisation et exécution du travail ; 2. Durée du travail et rémunérations ; 3. Santé et sécurité au travail ; 4. Égalité de traitement, discrimination, harcèlement ; 5. Accords collectifs et conflits collectifs du travail ; 6. Représentation du personnel et élections professionnelles ; 7. Rupture du contrat de travail ; 8. Actions en justice.

– La rubrique 1. « Contrat de travail, organisation et exécution du travail » comporte tout ce qui concerne la nature et la définition au sens large du contrat de travail (apprentissage, principaux contrats de travail, statuts particuliers), les prérogatives et devoirs des parties au contrat de travail (pouvoirs de l'employeur quant aux modifications des conditions de travail et du contrat de travail et pouvoir disciplinaire, sanctions, mise à pied, engagement unilatéral), ainsi que les droits et obligations du salarié. Y figurent aussi les difficultés afférentes aux modifications de la situation juridique de l'employeur et au transfert du contrat de travail. Est commenté dans cette rubrique un arrêt concernant la durée raisonnable de la période d'essai (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.945, *Bull.* 2012, V, n° 11).

– La rubrique 2. « Durée du travail et rémunérations » concerne les questions afférentes à la notion de travail effectif, aux heures d'équivalences, aux congés divers, aux accords de réduction du temps de travail, aux rémunérations (en donnant à ce terme le sens large de l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne dans sa rédaction issue du d'Amsterdam, devenu l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, c'est-à-dire « le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier »), ce qui inclut notamment l'intéressement et les « stocks options ». La protection particulière des rémunérations (AGS, procédures collectives) relève aussi de cette rubrique. Figurent dans cette rubrique un arrêt précisant les conditions de validité du forfait en jours (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, *Bull.* 2012, V, n° 43, en complément de l'arrêt du 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181, publié au *Rapport annuel* 2011, p. 416) et un arrêt rappelant les conditions pour être considéré comme cadre dirigeant (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.412, *Bull.* 2012, V, n° 45).

– La rubrique 3. « Santé et sécurité au travail » englobe la protection particulière des salariés malades ou accidentés par le fait ou hors le fait du travail, et la maternité. Cette année, aucun arrêt relevant de cette rubrique n'a été publié au *Rapport annuel*.

– La rubrique 4. « Égalité de traitement, discrimination, harcèlement » évoque le droit des salariés au respect d'une égalité de traitement, d'une non-discrimination, et contient également les décisions rendues en matière de harcèlement matériel ou moral. Elle comprend cette année un arrêt unique, relatif à la caractérisation du harcèlement moral (Soc., 7 février 2012, pourvoi n° 10-18.035, *Bull.* 2012, V, n° 55).

– La rubrique 5. « Accords collectifs et conflits collectifs du travail » est relative pour l'essentiel à la négociation, à la conclusion, à la révision, et à la dénonciation des accords, ainsi qu'aux usages, à la grève et à l'application et l'interprétation des

conventions collectives. Cette année, aucun arrêt relevant de cette rubrique n'a été publié au *Rapport annuel*.

– La rubrique 6. «Représentation du personnel et élections professionnelles» concerne les élections professionnelles et le processus électoral, les représentants syndicaux, les élus des diverses institutions représentatives, leur protection particulière (salariés dits protégés), l'unité économique et sociale (UES) et les établissements distincts. Comme les années précédentes, cette rubrique est celle qui comporte le plus de décisions publiées au *Rapport annuel*, notamment concernant la mise en œuvre de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. Ainsi, on y trouve cette année un arrêt sur la manière dont les différents critères de la représentativité doivent être appréciés (Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 11-13.748, *Bull.* 2012, V, n° 83), le mode d'emploi du protocole préélectoral (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-60.231, *Bull.* 2012, V, n° 241), et une question posée à la Cour de justice de l'Union européenne sur la compatibilité des dispositions excluant des effectifs certaines catégories de salariés et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Soc., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-21.609, *Bull.* 2012, V, n° 122).

– La rubrique 7. «Rupture du contrat de travail» regroupe toutes les questions relatives à la rupture amiable du contrat de travail, à la prise d'acte de la rupture, à la démission, aux licenciements disciplinaires, pour motifs personnels ou économiques. Elle contient notamment une décision sur les conditions pour qu'un employeur puisse se dispenser d'établir un plan de reclassement interne dans le cadre d'un plan de départs volontaires (Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.516, *Bull.* 2012, V, n° 22).

– Enfin la rubrique 8. «Actions en justice» concerne la saisine des juridictions (CPH, cours d'appel, Cour de cassation), les règles de procédure, la prescription, la règle de l'unicité de l'instance, l'exigence d'impartialité. Cette année, on y trouvera notamment un arrêt sur la validité des clauses contractuelles de conciliation préalable (Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-20.004, en cours de publication).

1. Contrat de travail, organisation et exécution du travail

a. Emploi et formation

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

b. Droits et obligations des parties au contrat de travail

Contrat de travail, formation – Période d'essai – Durée – Durée déraisonnable – Cas

Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.945, *Bull.* 2012, V, n° 11

Le présent arrêt permet à la Cour de cassation de préciser sa jurisprudence relative à la durée raisonnable d'une période d'essai.

La période d'essai, période de vulnérabilité particulière du salarié par la faculté qu'elle donne à l'employeur de rompre la relation de travail sans avoir à se plier aux

règles du licenciement, fait l'objet, dans la jurisprudence de la chambre sociale, d'un encadrement strict.

S'agissant de la durée de la période d'essai, la chambre sociale élabore depuis quelques années, en s'appuyant sur des dispositions de la Convention internationale du travail n° C 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 (ci-après la Convention C 158 de l'OIT), une jurisprudence particulière sur la notion de durée raisonnable.

Selon l'article 2, § 1 et 2, de la Convention C 158 de l'OIT :

« 1. La présente Convention s'applique à toutes les branches d'activité économique et à tous les travailleurs salariés.

2. Un Membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la présente Convention les catégories suivantes de travailleurs salariés :

a) les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée;

b) les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable;

c) les travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période. »

Il résulte de ces dispositions qu'un État peut exclure de la protection prévue par la Convention les travailleurs en cours de période d'essai à la double condition que la durée de celle-ci soit fixée à l'avance et qu'elle soit raisonnable.

Dans un arrêt du 29 mars 2006 (pourvoi n° 04-46.499, *Bull.* 2006, V, n° 131), relatif aux droits d'un salarié dont l'ancienneté était inférieure à six mois, la chambre sociale a reconnu le caractère directement applicable devant les juridictions nationales de l'article 1^{er}, de l'article 2, § 2, b, et de l'article 11 de la Convention C 158 de l'OIT. Cette applicabilité directe a été confirmée par un arrêt du 1^{er} juillet 2008 de la chambre sociale relatif au contrat « nouvelles embauches » (pourvoi n° 07-44.124, *Bull.* 2008, V, n° 146).

En ce qui concerne la période d'essai, le souci de donner sa pleine portée aux dispositions de la Convention C 158 de l'OIT a été récemment illustré par un arrêt de la chambre sociale (Soc., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-41.359, *Bull.* 2009, V, n° 146) laquelle, au visa des « principes posés par la Convention internationale n° 158 sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et [de] la dérogation prévue en son article 2 paragraphe 2 b, ensemble [de] l'article 10 de la convention collective du Crédit agricole », a jugé « qu'est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, la durée d'un an du stage prévu par la convention collective nationale du Crédit agricole pour les agents de la classe III engagés par contrat à durée indéterminée ».

Dans la présente affaire, le salarié avait été engagé à compter du 2 novembre 2006 en qualité de directeur de magasin suivant contrat à durée indéterminée prévoyant, conformément aux dispositions de la convention collective nationale du commerce de

gros et de détail à prédominance alimentaire, une période d'essai de six mois renouvelable une fois. La période d'essai avait été renouvelée le 30 avril 2007 suivant lettre de l'employeur signée le même jour par le salarié, puis l'employeur avait notifié au salarié le 22 octobre 2007 la rupture de sa période d'essai.

L'arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 24 mars 2010 frappé de pourvoi a débouté le salarié de sa demande tendant à ce qu'il soit dit que le contrat de travail a été rompu après l'expiration de la période d'essai, en considérant que la durée de la période d'essai fixée dans le contrat de travail de six mois renouvelable était strictement conforme aux dispositions conventionnelles applicables et que cette durée n'était pas excessive (eu égard non seulement à la qualification professionnelle du salarié mais également à la finalité de la période d'essai qui est de permettre l'évaluation de ses compétences, de sa capacité à diriger, à prendre en main la gestion d'un magasin dans son ensemble et à « manager » l'ensemble du personnel).

Dans sa décision du 11 janvier 2012, la Cour de cassation casse cet arrêt, jugeant, au visa « des principes posés par la Convention internationale n° 158 sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et [de] la dérogation prévue en son article 2 paragraphe 2 b », « qu'est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an ».

Donc, pour la chambre sociale, une période d'essai d'un an contractuellement prévue en conformité avec la convention collective applicable est déraisonnable, qu'elle soit fixée à cette durée initialement, ou par le renouvellement d'une période de six mois.

On doit observer que la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail a, à la suite de l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, donné un cadre législatif à la période d'essai au travers des dispositions des articles L. 1221-19 et suivants du code du travail.

Selon l'article L. 1221-19, « le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est : 1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois; 2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois; 3° Pour les cadres, de quatre mois ». Et selon l'article L. 1221-21, « la période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement. La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser : 1° Quatre mois pour les ouvriers et employés; 2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens; 3° Huit mois pour les cadres. »

Cet encadrement législatif, récemment introduit, n'était pas applicable pour la résolution du litige qui a donné lieu à l'arrêt du 11 janvier 2012.

c. Modification dans la situation juridique de l'employeur

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

d. Contrats particuliers

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

2. Durée du travail et rémunérations

a. Durée du travail, repos et congés

Convention de forfaits en jours

Travail réglementation, durée du travail – Convention de forfait – Convention de forfait sur l'année – Convention de forfait en jours sur l'année – Validité – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19.807, Bull. 2012, V, n° 43

Le présent arrêt s'inscrit dans le droit fil de la décision de la chambre sociale du 29 juin 2011 (pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181) par laquelle elle statuait sur les conditions de validité du forfait en jours.

Le salarié, soumis à une convention de forfait en jours, soutenait en effet en l'espèce qu'ayant travaillé au-delà de la durée maximale quotidienne, il était fondé à réclamer le paiement des heures supplémentaires effectuées. La cour d'appel avait rejeté ces prétentions.

C'est cette décision que casse la chambre sociale par un moyen soulevé d'office, montrant ainsi qu'elle entend, conformément aux principes dégagés dans son arrêt du 29 juin 2011, apprécier la validité d'une convention de forfait en jours au regard de l'ensemble du dispositif légal et conventionnel applicable.

La chambre sociale examine en effet d'office, tant l'accord de branche applicable au litige, à savoir l'accord-cadre du 8 février 1999 sur l'organisation et la durée du travail dans l'industrie chimique, que l'accord d'entreprise.

Elle constate, d'une part, que les stipulations de l'article 12 de l'accord-cadre – qui n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'un arrêté d'extension en ce qu'elles sont contraires à la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dite « loi Aubry II » imposant que l'accord collectif « détermine les modalités et les caractéristiques principales des conventions de forfait susceptibles d'être conclues » –, renvoient à la convention écrite conclue avec le salarié concerné le soin de fixer les modalités de mise en œuvre et de contrôle du nombre de jours travaillés ainsi que la nécessité d'un entretien annuel d'activité du cadre avec sa hiérarchie, d'autre part, que les stipulations de l'accord d'entreprise se bornent à affirmer que les cadres soumis à un forfait en jours sont tenus de respecter la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire.

Elle en déduit que ni l'accord collectif, ni l'accord d'entreprise, ne contiennent des mesures concrètes d'application des conventions de forfait en jours de nature à assurer le respect des règles impératives relatives à la durée du travail et aux temps de repos, et qu'ils ne sont dès lors pas conformes aux exigences, tant de l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946, qu'aux normes sociales européennes visées par l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux directives de l'Union européenne en matière de temps de travail.

Elle décide, en conséquence, et conformément à la solution qu'elle avait dégagée dans son arrêt du 29 juin 2011 précité, que la convention de forfait en jours est privée d'effet, et que le salarié peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont la cour d'appel aurait dû vérifier l'existence et le nombre.

Temps de travail et cadres dirigeants

Travail réglementation, durée du travail – Réglementation – Domaine d'application – Exclusion – Cadre dirigeant – Définition – Critères – Critères cumulatifs – Portée

Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.412, Bull. 2012, V, n° 45

Par cet arrêt, la chambre sociale vient préciser la notion de cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail (ancien article L. 212-15-1 du code du travail), qui exclut cette catégorie de la législation sur la durée du travail.

Selon ce texte, sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant « 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 ».

La chambre sociale a eu maintes fois l'occasion de préciser que les trois critères qui se dégagent de cette définition légale sont cumulatifs et qu'il appartient au juge, pour se déterminer, de vérifier précisément les conditions réelles d'emploi du salarié concerné, sans s'en tenir aux définitions conventionnelles (Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 06-46.208, *Bull.* 2009, V, n° 12).

Pourtant, le contentieux relativement abondant auquel donne lieu la qualification de cadre dirigeant témoigne d'une certaine difficulté de positionnement de cette catégorie de cadre, entre le dirigeant de l'entreprise auquel il rend compte de son activité dans des conditions qui doivent être compatibles avec les responsabilités qu'il exerce et l'autonomie de décision qui en est le corollaire (pour une illustration, Soc., 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-41.552), et le cadre éligible au forfait en jours, autonome dans l'accomplissement de ses missions et dans l'organisation de son travail.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 31 janvier 2012, la salariée occupait les fonctions de « responsable collection hommes » dans une entreprise relevant de l'industrie de l'habillement. Lors du litige consécutif à son licenciement, elle a réclamé un rappel de salaire pour heures supplémentaires.

Pour accueillir sa demande, la cour d'appel avait retenu que si la salariée remplissait les conditions explicitement posées par la loi (haut niveau de responsabilité, très grande autonomie dans l'organisation de son temps de travail, niveau élevé de rémunération), il n'apparaissait pas qu'elle « était associée à la direction de l'entreprise ».

Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir ajouté aux trois critères de l'article L. 3111-2 du travail une condition – « être suffisamment associé à la direction de l'entreprise » – non prévue par le texte.

L'article L. 212-15-1 du code du travail issu de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite « loi Aubry II ») – qui, la première, a pris en compte la spécificité des cadres en instituant notamment les forfaits en jours –, codifié à l'article L. 3111-2 du code du travail par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail, ne faisait que consacrer une jurisprudence bien établie selon laquelle les cadres de haut niveau dont « les responsabilités

[...] impliqu[ent] une indépendance dans l'exécution du travail » ne relèvent pas de la législation sur la durée du travail (Soc., 27 mai 1992, pourvoi n° 89-40.257 ; voir aussi Crim., 14 décembre 1993, pourvoi n° 93-81.404, *Bull. crim.* 1993, n° 387 ; Soc., 19 mars 2003, pourvoi n° 01-42.305).

Cette jurisprudence procédait de l'idée qu'à partir d'un certain niveau de responsabilité, le cadre ne répond pas de son temps de travail. Il est rémunéré en fonction des missions qui lui sont dévolues et non du temps qu'il y consacre, cette déconnexion du salaire et du temps de travail ayant pour corollaires une grande liberté dans l'organisation de son emploi du temps et un niveau très élevé de rémunération.

C'est bien dans cet esprit que se situe l'article L. 3111-2 du code du travail en excluant purement et simplement le cadre dirigeant de la réglementation de la durée du travail, des repos et des jours fériés. Une exclusion à ce point inhérente aux fonctions exercées que, contrairement aux dispositifs des forfaits en heures ou en jours institués par la même loi, elle ne nécessite le relais, ni de l'accord collectif, ni du contrat de travail.

Il reste qu'en raison du caractère d'ordre public de la législation sur la durée du travail et de son lien direct avec la santé et la sécurité des salariés, cette exclusion ne peut s'accommoder que d'une acception restrictive de la notion de cadre dirigeant.

Les intentions du législateur de 2000 étaient à cet égard très claires : le rapport n° 1826, fait par Gaëtan Gorce au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la réduction négociée du temps de travail, indiquait à cet égard (article 5, 2) que la catégorie des cadres dirigeants « vise ces salariés bien particuliers qui ont un rôle d'employeur et le représentent souvent en matière sociale ou autre. [Le cadre dirigeant] peut par exemple présider le comité d'entreprise à la place du chef d'entreprise ; il assume la responsabilité pénale. Cette particularité, comme le fait que ne soit pas visée dans l'article L. 212-15-1 la catégorie des cadres dits "supérieurs", invite donc à se limiter au premier cercle autour du dirigeant, comme le font nombre de conventions collectives de branche (exemple de la chimie). Dans les organigrammes des entreprises de moyenne et de grande importance, ces personnes devraient être par définition un très petit nombre. Elles semblent se situer dans le premier cercle concentrique de pouvoir entourant le chef d'entreprise. »

Cette acception du cadre dirigeant se retrouve dans la motivation de la cour d'appel lorsqu'elle met au premier rang des conditions requises pour relever de cette catégorie celle de « diriger l'entreprise » et s'en explique ainsi : « Ni l'autonomie de décision dans son domaine de responsabilité, ni la liberté de gestion de son temps de travail, ni même le niveau de rémunération ne sont le privilège exclusif des cadres de direction » (CA Toulouse, arrêt n° 09/02041). C'est donc la condition « diriger l'entreprise », et elle seule, qui semble faire la différence pour la cour d'appel.

Il est vrai que la circonstance qu'un cadre soit autonome dans la conduite de sa mission, totalement libre dans l'organisation de son travail, et que sa rémunération atteigne des sommets inégalés, ne fait pas de l'intéressé un cadre dirigeant.

On comprend bien que, sans constituer à proprement parler un critère supplémentaire, la participation à la direction de l'entreprise est induite par la notion même de cadre dirigeant telle qu'elle est caractérisée par le texte.

C'est ce qui conduit la chambre sociale à rejeter le pourvoi en précisant que les trois critères cumulatifs énoncés à l'article L. 3111-2 du code du travail « impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise. »

Travail de nuit

Travail réglementation, durée du travail – Travail de nuit – Travailleur de nuit – Définition – Critères – Nombre d'heures accomplies pendant la nuit – Décompte – Modalités – Détermination – Portée

Soc., 7 mars 2012, pourvoi n° 10-21.744, Bull. 2012, V, n° 93

Cet arrêt se prononce sur les conditions d'application du statut de travailleur de nuit.

Le travail de nuit est défini et régi par les articles L. 3122-29 et suivants du code du travail. Y avoir recours doit être « exceptionnel », « [prendre] en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et [être justifié] par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale » (article L. 3122-32). Sa mise en place est subordonnée « à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement » (article L. 3122-33).

Son caractère de pénibilité reconnu, sa difficile conciliation avec une vie familiale normale ont conduit le législateur à entourer sa mise en place d'une série de garanties protectrices – contreparties obligatoires en repos, surveillance médicale renforcée, amélioration des conditions de travail, durées maximales du travail, retour au travail de jour... – dont, pour la plupart, l'accord collectif doit fixer les modalités.

Le travailleur de nuit est défini à l'article L. 3122-31 du code du travail comme tout travailleur qui :

- soit accompli, au moins deux fois par semaine, selon son horaire de travail habituel, au moins trois heures de son temps de travail quotidien entre 21 heures et 6 heures (ou 21 heures et 7 heures selon les modalités prévues par l'article L. 3122-29) ;
- soit accompli, au cours d'une période de référence, un nombre minimal d'heures de nuit, le nombre minimal d'heures de travail de nuit et la période de référence étant fixés par convention ou accord collectif de travail étendu ou, à défaut, par décret (270 heures de travail de nuit sur une période de douze mois consécutifs aux termes de l'article R. 3122-8 du code du travail).

L'arrêt rapporté précise, qu'au sens de ces textes, sont réputées accomplies toutes les heures comprises dans l'horaire de travail habituel du salarié.

En l'espèce, l'accord collectif conclu en application de la loi définissait notamment le travailleur de nuit comme tout travailleur accomplissant sur une année civile au moins 270 heures de travail effectif entre 21 heures et 6 heures.

Reprochant à l'employeur de réserver le statut de travailleur de nuit et les avantages qu'il comporte aux seuls salariés ayant effectué réellement au moins 270 heures de travail de nuit, c'est-à-dire déduction faite des heures qui n'ont pas été effectuées la nuit du fait des jours fériés, congés payés, de la prise d'heures de délégation, le syndicat agro-alimentaire CFDT avait saisi le tribunal de grande instance aux fins de voir

juger que le statut de travailleur de nuit devait s'appliquer aux salariés dont le bulletin de paie mentionne 270 heures de nuit par année civile.

La cour d'appel a débouté le syndicat de sa demande, retenant, en substance, que «certaines heures de nuit portées sur les bulletins de paie ne correspondent [aient] pas à des heures effectivement travaillées, notamment lorsque les salariés [étaient] en congé ou en formation» et «que les bulletins de paie, qui mentionn [aient] d'ailleurs "heures de nuit habituelles" n'attest [aient] pas des heures de nuit effectivement réalisées».

La question posée par le pourvoi était donc de savoir si l'application du statut de travailleur de nuit doit dépendre du nombre d'heures de nuit programmées (les 270 heures indiquées sur le bulletin de paie) ou de celles effectivement réalisées la nuit compte tenu des absences ou congés divers du salarié.

Comme il a été dit plus haut, la loi apporte au travailleur de nuit diverses garanties, quant à sa surveillance médicale, sa vie familiale et ses conditions de travail, destinées à prévenir ou limiter les effets nocifs du travail de nuit. Cet aspect du statut implique une idée de pérennité qui s'oppose à ce que son bénéficiaire puisse varier au gré des absences et congés du salarié.

Par conséquent, dès lors qu'il résulte des bulletins de paie (ou du contrat de travail) que l'horaire habituel, normal ou programmé, du salarié, comporte le nombre minimum annuel d'heures de nuit, le salarié est un travailleur de nuit en situation de bénéficier des garanties protectrices attachées à ce statut.

Ceci ne préjuge en rien du traitement qu'il convient de réserver ponctuellement à ses absences, lorsqu'il s'agit de déterminer les contreparties en temps ou en argent auxquelles ouvrent droit les heures de travail effectuées la nuit.

Repos et congés

Travail réglementation, durée du travail – Repos et congés – Congés payés – Droit au congé – Exercice – Obligations de l'employeur – Détermination – Portée *Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-10.929, Bull. 2012, V, n° 187*

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, consacré au congé annuel, prévoit que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales, et que la période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail.

La jurisprudence communautaire s'est attachée à préciser la portée de ces dispositions. Selon les arrêts rendus par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 26 juin 2001, Bectu, n° C-173/99; CJCE, 18 mars 2004, Merino Gómez, n° C-342/01; CJCE, 16 mars 2006, Robinson-Steele e.a., n° C-131/04; CJCE, 20 janvier 2009, Schultz-Hoff e.a., n° C-350/06), puis par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 22 novembre 2011, KHS, n° C-214/10; CJUE, 24 janvier 2012, Dominguez, n° C-282-10), le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance

particulière, et, dans ce cadre, le salarié doit normalement pouvoir bénéficier d'un repos effectif, dans un souci de protection efficace de sa sécurité et de sa santé, mais également de détente et de loisirs. Ce droit doit être effectif, et il importe que le salarié ait la possibilité réelle d'exercer son droit à congé.

L'affaire dont était saisie la chambre sociale posait la question des conditions dans lesquelles un salarié soutenant qu'il n'avait pu prendre de congés annuels pendant toute sa période de travail pouvait obtenir le paiement de dommages-intérêts après la rupture de son contrat de travail.

Le présent arrêt marque une évolution de la jurisprudence de la chambre sociale en matière de congés, prenant en compte les principes qui viennent d'être rappelés.

D'une part, rappelant la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE précitée, la chambre sociale juge que l'employeur doit prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congés. L'employeur est d'ores et déjà amené à faire preuve d'initiative dans l'organisation des congés puisqu'il lui appartient, en application des articles L. 3141-13, L. 3141-14, D. 3141-5 et D. 3141-6 du code du travail, de fixer les périodes de congés, l'ordre des départs et d'en informer les salariés. Pour autant l'accomplissement de ces formalités ne saurait épuiser ses obligations en la matière car, compte tenu du souci de protection efficace de la sécurité et de la santé du salarié, de l'exigence d'effectivité d'un droit à congés dont l'importance est qualifiée de particulière, il doit plus largement faire preuve d'une vigilance particulière dans le cadre de l'organisation, la préparation et la prise des congés auxquels le salarié peut prétendre, afin que ce dernier puisse effectivement faire usage de ses droits.

Le présent arrêt précise d'autre part les règles qui s'appliquent en cas de contestation. La chambre sociale, au regard de l'obligation qui pèse sur l'employeur, en tire comme conséquence que c'est bien ce dernier qui doit justifier de l'accomplissement des diligences qui lui incombent légalement.

Cette solution constitue un revirement de jurisprudence. En effet, selon la jurisprudence de la chambre sociale, le salarié qui n'avait pu prendre ses congés du fait de l'employeur était fondé à solliciter l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il subissait (Soc., 14 décembre 2006, pourvoi n° 05-40.883 ; Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-41.629), et il lui appartenait de rapporter la preuve de cette impossibilité (Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-45.465 ; Soc., 15 décembre 2006, pourvoi n° 05-45.727). De plus le salarié ne pouvait prétendre à une indemnité lorsque l'employeur ne l'avait pas empêché de prendre ses congés (Soc., 10 février 1998, pourvoi n° 95-42.334, *Bull.* 1998, V, n° 75). Désormais et dans l'hypothèse d'un différend intervenant après la rupture du contrat de travail, le salarié qui n'a pas pris ses congés est fondé à obtenir le paiement de sommes à ce titre dès lors que l'employeur ne justifie pas avoir pris les mesures propres à lui assurer la possibilité d'exercer effectivement son droit à congés.

b. Rémunérations

Rémunération et temps de pause

Travail réglementation, rémunération – Salaire – Salaire minimum – Éléments – Sommes perçues en rémunération du temps de travail effectif – Exclusion – Cas – Temps de pause – Condition

Soc., 21 mars 2012, pourvoi n° 10-21.737, Bull. 2012, V, n° 105

Soc., 21 mars 2012, pourvoi n° 10-27.425, Bull. 2012, V, n° 105

Selon l'article L. 3231-2 du code du travail, le salaire minimum de croissance assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles la garantie de leur pouvoir d'achat ainsi qu'une participation au développement économique de la nation. Le fait de payer un salaire inférieur à ce minimum constitue une infraction (article R. 3233-1 du code du travail).

Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et quel que soit le mode de rémunération pratiqué, un salarié a droit à une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance pour le nombre d'heures qu'il a effectuées (Soc., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-44.301, *Bull.* 2005, V, n° 179). Pour vérifier que cette règle est respectée, il convient de procéder à la comparaison entre le salaire versé et le salaire minimum de croissance. Aux termes de l'article D. 3231-6 du code du travail, le salaire horaire à prendre en considération pour l'application du salaire minimum de croissance est celui qui correspond à une heure de travail effectif compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire.

Il résulte de l'application combinée des articles L. 3121-1 et L. 3121-2 du code du travail que le temps de pause est considéré comme du temps de travail effectif s'il en réunit les critères, c'est-à-dire si le salarié se trouve à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

Le temps de pause qui ne constitue pas du temps de travail effectif s'analyse en un arrêt de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité dès lors que le salarié n'est pas à la disposition de l'employeur, et ni la brièveté de ce temps de pause, ni la circonstance que le salarié ne puisse quitter l'établissement à cette occasion, ne permettent de considérer qu'un tel temps de pause constitue un temps de travail effectif (Soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 05-43.061, *Bull.* 2006, V, n° 142).

Le temps de pause qui n'est pas du temps de travail effectif peut cependant, en application des dispositions d'une convention ou d'un accord collectif ou encore des stipulations du contrat de travail donner lieu à une rémunération, le cas échéant sous forme de primes, et tel était le cas dans les deux affaires tranchées par les arrêts du 21 mars 2012, l'article 5.4 de la convention collective de commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire prévoyant que les salariés disposent d'« une pause payée à raison de 5 % du temps de travail effectif ».

Il était allégué que la rémunération des pauses, à raison du caractère forfaitaire et proportionnel au temps de travail effectif, présentait un caractère de complément de salaire de fait, ou encore de majoration de salaire. Dans le prolongement de sa jurisprudence constante (Soc., 1^{er} février 1989, pourvoi n° 86-15.766, *Bull.* 1989, V, n° 88; Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 98-46.465, *Bull.* 2001, V, n° 95; Soc., 13 juillet 2010,

pourvois n° 09-42.890, 09-42.892 et 09-42.891, *Bull.* 2010, V, n° 178), la chambre sociale juge que « dès lors qu'il n'est pas contesté que, pendant les pauses, le salarié n'était pas à la disposition de l'employeur de sorte que celles-ci ne constituaient pas du temps de travail effectif, les primes les rémunérant, qui ne sont pas la contrepartie du travail, doivent être exclues du salaire devant être comparé au SMIC ».

On peut remarquer que la rédaction des arrêts du 21 mars 2012, confirmant la jurisprudence constante de la chambre sociale, ne mentionne plus le critère retenu dans son arrêt du 13 juillet 2010 précité, selon lequel les primes rémunérant les pauses dépendaient de facteurs généraux sur lesquels le salarié n'influe pas. Ce critère, qui avait été retenu par la chambre criminelle (Crim., 5 novembre 1996, pourvoi n° 95-82.994, *Bull. crim.* 1996, n° 393) ne figurait plus dans les arrêts plus récents de cette chambre (Crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-87.019, *Bull. crim.* 2011, n° 28 ; Crim., 15 février 2011, pourvoi n° 10-83.988, *Bull. crim.* 2011, n° 27 ; Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-80.013, *Bull. crim.* 2011, n° 237).

3. Santé et sécurité au travail

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

4. Égalité de traitement, discrimination, harcèlement

a. Égalité de traitement

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

b. Discrimination

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

c. Harcèlement

Caractérisation du harcèlement moral

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Dénonciation de faits de harcèlement moral – Sanction interdite – Exception – Mauvaise foi – Définition – Portée

Soc., 7 février 2012, pourvoi n° 10-18.035, *Bull.* 2012, V, n° 55

Dans cet arrêt, la chambre sociale rappelle ce qu'elle a déjà jugé le 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-44.092, *Bull.* 2009, V, n° 66, *Rapport annuel* 2009, p. 347), en retenant que l'immunité accordée au salarié dénonçant des faits de harcèlement suppose qu'il soit de bonne foi et que la mauvaise foi de l'intéressé ne peut résulter de la seule circonstance que les faits relatés ne sont en définitive pas établis.

Cette approche restrictive, dans la ligne du précédent, s'explique par la prise en compte de la volonté du législateur, qui a entendu faciliter, comme en d'autres domaines (voir l'article L. 1161-1 du code du travail à propos de la dénonciation de faits de corruption), la dénonciation des agissements constitutifs de harcèlement, en protégeant le salarié contre tout risque de rétorsion empruntant la voie disciplinaire.

Ainsi, en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait se fonder sur la seule légèreté de la salariée qui s'était plainte de harcèlement moral et sur l'insuffisance des informations qu'elle avait données à l'employeur pour en déduire qu'elle n'était pas de bonne foi.

L'arrêt ajoute au précédent une définition de la mauvaise foi privant le salarié dénonciateur de la protection légale : elle n'est caractérisée que s'il est établi que celui-ci connaissait la fausseté des faits lorsqu'il les a dénoncés. Autrement dit, c'est parce qu'il exprime alors, en connaissance de cause, des accusations dont il sait qu'elles sont fausses que le salarié ne peut se prévaloir de sa bonne foi et qu'il cesse de bénéficier de la protection assurée par le code du travail.

On rappellera à cette occasion que la référence, dans les motifs de la lettre de licenciement, à la dénonciation de faits de harcèlement, entraîne, sauf mauvaise foi du dénonciateur, la nullité de la rupture, quels que soient les autres griefs énoncés dans cette lettre (Soc., 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-18.440).

5. Accords collectifs et conflits collectifs du travail

a. Accords et conventions collectifs

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

b. Conflits du travail

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

6. Représentation du personnel et élections professionnelles

a. Élections, représentativité, représentants syndicaux : mise en œuvre de la loi du 20 août 2008

Appel civil – Taux du ressort – Demande indéterminée – Définition – Demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale

Soc., 31 janvier 2012, pourvois n° 11-20.232 et n° 11-20.233, *Bull.* 2012, V, n° 37

La décision qui statue sur une demande de reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale (UES) est toujours susceptible d'appel ; voir le commentaire de la décision en rubrique 8. Actions en justice.

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Régularité – Contestation – Délai – Délai prévu pour contester la régularité de l'élection – Applicabilité – Exclusion – Cas – Contestation ne portant que la prétention d'un syndicat à la qualité de syndicat représentatif – Condition
Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-25.429, Bull. 2012, V, n° 39

À l'issue du premier tour des élections des membres de la délégation unique du personnel, l'employeur avait adressé à une organisation syndicale le procès-verbal des élections accompagné d'une lettre indiquant qu'il n'était plus « reconnu représentatif », pour avoir obtenu moins de 10 % des suffrages exprimés dans l'entreprise. Ce syndicat avait néanmoins désigné un délégué syndical, plus de quinze jours après la proclamation des résultats, en faisant valoir qu'en raison de son caractère catégoriel et de son affiliation à une confédération interprofessionnelle nationale, son audience devait être calculée sur le seul collège où il avait présenté des candidats. L'employeur avait saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation de cette désignation. Le tribunal avait fait droit à la demande au motif que l'absence de contestation par le syndicat du résultat des élections professionnelles valait acquiescement à ces résultats, de sorte que, n'étant pas représentatif, il ne pouvait désigner de délégué syndical.

Cette décision est censurée par la Cour de cassation.

Il n'appartient pas en effet à l'employeur de décider quelles sont les organisations représentatives à l'issue du scrutin, en faisant ainsi courir un délai de contestation à l'encontre des organisations intéressées. Le délai de forclusion de l'article R. 2314-28, alinéa 3, du code du travail ne peut dès lors être opposé à un syndicat qui ne remet pas en cause les résultats de l'élection, à savoir le nombre de suffrages exprimés dans chaque collège, celui recueilli par chaque liste et le nom des élus.

Représentation des salariés – Comité d'entreprise – Représentant syndical – Désignation – Conditions – Obtention d'élus par l'organisation syndicale – Obtention d'au moins deux élus de la liste – Détermination – Cas – Constitution d'une liste commune présentée par deux syndicats
Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.856, Bull. 2012, V, n° 41

La question posée dans la présente espèce était de savoir si deux syndicats, qui ont constitué une liste commune pour les élections des membres du comité d'établissement et n'ont obtenu que deux élus pour la liste, peuvent désigner, ensemble, un représentant syndical commun au comité d'établissement. Elle naît directement de la modification des conditions de désignation du représentant syndical au comité d'entreprise apportée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

Jusqu'alors, cette désignation n'était subordonnée à aucune autre condition que celle d'émaner d'un syndicat représentatif. Dès lors, les syndicats n'avaient pas d'intérêt particulier à désigner un représentant syndical commun. Mais l'article L. 2324-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008 précitée, prévoit désormais que « chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant ». La chambre sociale a précisé que le terme « des élus » signifiait deux élus au moins (*Soc.*, 4 novembre 2009, pourvoi n° 09-60.066, *Bull.*

2009, V, n° 240; Soc., 13 octobre 2010, pourvoi n° 09-60.456, *Bull.* 2010, V, n° 227). Elle a également indiqué « qu'en cas de constitution d'une liste commune pour les élections au comité d'entreprise ou d'établissement, le nombre d'élus obtenu par chaque organisation syndicale s'apprécie sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste et, à défaut, par parts égales entre les organisations concernées » (Soc., 13 octobre 2010, précité). Il se déduit donc du texte et des précisions jurisprudentielles qu'une liste commune ne peut donner lieu à désignation d'un représentant syndical au comité d'établissement par chacun des syndicats de la liste que si chacun d'eux a obtenu, en fonction de la clé de répartition choisie, au moins deux élus sur la liste commune.

Peut-on cependant proroger les effets de la liste commune après les élections en admettant qu'elle puisse donner lieu à exercice en commun des prérogatives que chacun des syndicats ne pourrait pas exercer seul ?

La lettre du texte pouvait donner lieu à hésitation puisque l'article L. 2324-2 du code du travail évoque « chaque syndicat ». Mais il n'est pas en contradiction avec la situation d'une désignation pour chaque liste commune. Par ailleurs, la chambre sociale a déjà admis, dans des hypothèses voisines, que deux syndicats ayant constitué une liste commune puissent s'allier ensuite pour l'exercice des prérogatives en résultant. Tel est le cas notamment des syndicats qui, ayant constitué une liste commune pour les élections au comité d'entreprise, réunissent, ensemble, les conditions posées par l'article L. 2143-8 du code du travail pour la désignation d'un délégué syndical supplémentaire. La chambre sociale a décidé que « au cas où des syndicats ont présenté des listes communes aux élections, un seul délégué syndical supplémentaire peut être désigné d'un commun accord entre les syndicats ayant présenté ces listes » (Soc., 18 novembre 2008, pourvoi n° 08-60.397, *Bull.* 2008, V, n° 227).

Tenant compte de ce précédent, et de la volonté manifestée par les partenaires sociaux et le législateur, dans le cadre de la loi du 20 août 2008, de favoriser les regroupements syndicaux, la chambre sociale reconnaît, dans cet arrêt du 31 janvier 2012, la possibilité à deux syndicats ayant constitué une liste commune qui a obtenu deux élus de désigner un représentant syndical commun au comité d'entreprise ou d'établissement.

**Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Critères –
Appréciation – Modalités – Détermination – Portée**

**Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Critères –
Transparence financière – Ressources et moyens – Preuve – Modalités
– Détermination**

Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 11-13.748, Bull. 2012, V, n° 83

Cet arrêt précise, d'abord, la manière dont il convient d'apprécier la représentativité des organisations syndicales dans les entreprises ou établissements en application des critères fixés par l'article L. 2121-1 du code du travail.

La première règle est que ces critères doivent être tous satisfaits. Mais tous ne sont pas placés sur le même plan. Certains doivent en effet faire l'objet d'une appréciation autonome, sans considération des autres.

Les critères devant faire l'objet d'une appréciation autonome et isolée sont les suivants : l'ancienneté minimale de deux ans, le score électoral d'au moins 10 % lors du

premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité d'entreprise, le respect des valeurs républicaines, l'indépendance et la transparence financière. Ainsi, le défaut de transparence financière d'un syndicat l'empêche, à lui seul, d'accéder à la qualité de syndicat représentatif. De même, un score électoral inférieur à 10 % ne lui permet pas d'être représentatif quand bien même il justifierait d'une ancienneté importante et d'une action réelle et soutenue dans l'entreprise.

En revanche, dès lors que ces critères autonomes sont satisfaits, la représentativité du syndicat doit être appréciée globalement au regard de tous les critères légaux. Ainsi, les critères relatifs à l'influence – prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience –, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté (dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans) et à l'audience électorale (dès lors qu'elle est au moins égale à 10 %) doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble. On comprend, par exemple, qu'un score électoral important puisse, en tant qu'il exprime la confiance élevée des salariés dans la capacité du syndicat à défendre leurs intérêts dans l'entreprise, venir en partie compenser une faiblesse relative du nombre des adhérents ou une relative jeunesse du syndicat constitué depuis à peine plus de deux ans. Cette appréciation d'ensemble était déjà imposée aux juges du fond bien avant la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ayant modifié l'article L. 2121-1 du code du travail (voir, par exemple, *Soc.*, 19 février 1970, pourvoi n° 69-60.126 ou *Soc.*, 4 mars 1970, pourvoi n° 69-60.118, *Bull.* 1970, V, n° 161, dont il résulte qu'en l'absence d'une définition de la représentativité syndicale dans la loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans les entreprises, le juge d'instance doit apprécier celle-ci en fonction de l'ensemble des critères admis dans ce domaine).

L'arrêt juge, ensuite, qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre l'obligation faite aux organisations syndicales de tenir et de publier certains documents comptables et l'exigence de transparence financière. Un tribunal ne peut donc pas conclure à l'absence de transparence financière d'un syndicat au seul motif qu'il ne produit pas tous les documents comptables dont la tenue et la publication sont pour lui obligatoires. Ceux-ci ne sont que des éléments de preuve dont l'absence peut être suppléée par la production d'autres éléments que le juge a l'obligation d'examiner. Ce n'est par conséquent qu'après examen de l'ensemble des éléments fournis par le syndicat que le juge peut éventuellement conclure que ce dernier n'établit pas sa transparence financière. Il ne ressort, en effet, ni du texte de la loi du 20 août 2008 précitée, ni de sa genèse, que le législateur ait entendu sanctionner le non-respect des obligations comptables imposées aux syndicats par la perte de leur représentativité ou l'impossibilité d'accéder à cette qualité.

Salariés mis à disposition

Syndicat professionnel – Section syndicale – Représentant – Désignation – Désignation d'un travailleur mis à disposition de l'entreprise – Possibilité – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 11-10.904, *Bull.* 2012, V, n° 84

Avant la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, la chambre sociale considérait que, « sauf dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de

façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10 du code du travail, sont, à ce même titre, électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel [...]» (Soc., 1^{er} avril 2008, pourvoi n° 07-60.287, *Bull.* 2008, V, n° 77), et elle jugeait de même s'agissant de la désignation des travailleurs mis à disposition en qualité de représentants syndicaux dans l'entreprise d'accueil (Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 07-60.326).

La question posée par le présent pourvoi était de savoir si cette jurisprudence pouvait être maintenue au regard des nouvelles dispositions de la loi du 20 août 2008, et, plus précisément, si elle pouvait s'appliquer à un nouveau type de représentant syndical créé par la loi du 20 août 2008, le représentant de la section syndicale.

Une hésitation pouvait naître du fait que le législateur de 2008 a posé de nouvelles conditions à l'accès des travailleurs mis à disposition aux fonctions représentatives dans l'entreprise d'accueil, notamment en excluant la possibilité pour ces travailleurs d'être élus membres du comité d'entreprise (article L. 2324-17-1 du code du travail). Cependant, le législateur n'a pris aucune disposition spécifique s'agissant de la désignation des travailleurs mis à disposition comme représentants syndicaux en général, et représentants de section syndicale en particulier. Or, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 décembre 2006 (n° 2006-545 DC, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social) fondée sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, les salariés mis à disposition qui sont intégrés de manière étroite et permanente à la communauté de travail de l'entreprise d'accueil doivent pouvoir participer à la détermination, par l'intermédiaire de leurs représentants, des conditions de travail de cette entreprise. En outre, sauf restriction légale raisonnable et proportionnée, le principe est celui du libre choix par les syndicats de leurs représentants dans l'entreprise.

Dès lors, aucun élément ne permettait de considérer, comme l'avait fait en l'espèce le tribunal d'instance, que, depuis la loi du 20 août 2008 précitée, les représentants syndicaux devaient nécessairement « appartenir au personnel de l'entreprise ». La chambre sociale censure donc cette décision, et affirme, reprenant des dispositions analogues à celles de l'attendu de principe de l'arrêt « Peugeot » du 28 février 2007 (pourvoi n° 06-60.171, *Bull.* 2007, V, n° 34), que « les travailleurs mis à disposition d'une entreprise qui, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, remplissent les conditions pour être inclus dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 1111-2, 2°, du code du travail [ancien article L. 620-10 du code du travail], peuvent, à ce même titre, en l'absence de dispositions légales y faisant obstacle, être désignés représentants de la section syndicale au sein de cette entreprise ».

Syndicat professionnel – Représentativité – Syndicat affilié à une organisation syndicale représentative sur le plan national – Affiliation – Affiliation au moment des élections professionnelles – Influence sur le vote des électeurs – Portée

Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-22.290, Bull. 2012, V, n° 127

Par cet arrêt, la chambre sociale est amenée à tirer toutes les conséquences de sa jurisprudence en matière de changement d'affiliation confédérale d'une organisation syndicale, selon laquelle l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté

des candidats au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.069, *Bull.* 2011, V, n° 125 ; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-21.705, *Bull.* 2011, V, n° 124 ; *JCP* éd. G, n° 22, 30 mai 2011, 651, p. 1091-1092 ; *RJS* juillet 2011, n° 625, p. 565-567 ; *Rev. dr. trav.* juillet/août 2011, p. 427 à 432, note J.-M. Pernot ; *Revue Lamy Droit des Affaires* n° 62, juillet/août 2011, repères dr. du trav. n° 3562, p. 64-66, note F. Canut ; *JCP* éd. S, n° 30, 26 juillet 2011, 1365, p. 22-29, note B. Gauriau).

En l'espèce, deux syndicats affiliés à la CFE-CGC avaient présenté des candidats aux élections professionnelles au sein d'Air France, l'un dans les 2^e et 3^e collèges, l'autre dans les collèges spécifiques aux compagnies aériennes, à savoir le collège personnel navigant commercial et le collège personnel navigant technique. L'un des deux syndicats n'avait toutefois pas indiqué son affiliation confédérale, laquelle ne figurait pas sur les bulletins de vote, ni dans sa propagande électorale. L'employeur ayant, à l'issue des élections, déterminé la représentativité des deux syndicats en additionnant les suffrages, conformément à une jurisprudence établie de la chambre (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-60.435, *Bull.* 2010, V, n° 188 ; *RJS* novembre 2010, n° 862, p. 770-772 ; *JCP* éd. S, n° 46, 16 novembre 2010, 1479, p. 20-23, note R. Chiss et C. Souchon), une autre organisation syndicale avait contesté devant le tribunal d'instance cette addition des suffrages au motif qu'un des syndicats n'avait pas fait connaître aux salariés électeurs son affiliation confédérale.

La chambre sociale décide que l'affiliation confédérale étant un des éléments essentiels du vote des électeurs, cette affiliation doit être mentionnée sur les bulletins de vote ou portée à la connaissance des électeurs par l'organisation syndicale elle-même. La circonstance que les autres syndicats aient mentionné cette affiliation dans leur propagande électorale, ou que les accords collectifs signés au sein de l'entreprise en fassent état, est sans pertinence, l'information devant émaner, soit des bulletins de vote, soit de la propagande électorale de l'organisation syndicale concernée. Faute d'une telle information, essentielle en matière électorale, le syndicat ne peut tirer bénéfice de son affiliation confédérale.

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations préélectorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Protocole d'accord préélectoral – Validité – Conditions – Signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation – Participation – Définition – Détermination – Portée

Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-60.231, *Bull.* 2012, V, n° 241

La présente décision de la chambre sociale du 26 septembre 2012, qui vient en regard de la décision du Conseil d'État rendue le 31 mai 2012 (n° 354186, publiée au *Recueil Lebon*), apporte des solutions concrètes aux difficultés résultant du partage des compétences entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire s'agissant du protocole préélectoral.

Le processus électoral en entreprise doit en effet être organisé par un protocole préélectoral, signé de l'employeur et des organisations syndicales, qui en fixent les modalités. À défaut de protocole valide, l'autorité administrative – en l'occurrence le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) – peut être saisie pour fixer le périmètre de l'établissement distinct servant de base à l'organisation des élections, la répartition des électeurs dans

les collègues, et la répartition des sièges entre les collègues. C'est en revanche le tribunal d'instance, juge de l'élection, qui doit être saisi s'agissant de la détermination des conditions matérielles d'organisation du scrutin

Une telle séparation des compétences génère des complexités, des lenteurs, et des risques de contradiction dénoncés par tous les acteurs. Ces inconvénients sont devenus beaucoup plus prégnants avec la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, qui a ouvert l'accès à la négociation du protocole préélectoral à de nouvelles organisations syndicales (articles L. 2314-3 et L. 2324-4 modifiés du code du travail), fixé une nouvelle condition de double majorité pour la validité du protocole préélectoral (articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1, créés, du code du travail), et a élevé l'enjeu des discussions préélectorales dès lors que la représentativité des organisations syndicales en dépend désormais (article L. 2121-1 modifié du code du travail).

L'affaire dont étaient concomitamment saisis le Conseil d'État et la Cour de cassation était symbolique des difficultés pouvant naître à partir du contentieux autour du protocole préélectoral. À l'issue de la négociation de ce protocole, une organisation syndicale avait saisi l'autorité administrative d'une part, le juge d'instance d'autre part, pour contester la validité dudit protocole et demander la fixation d'autres modalités de déroulement du scrutin que celles qu'il avait prévues. Le juge d'instance et le DIRECCTE avaient statué dans des sens différents s'agissant de la validité du protocole préélectoral, mais, entre-temps, l'employeur avait poursuivi le processus préélectoral et organisé les élections professionnelles.

Les réponses apportées par le Conseil d'État et la Cour de cassation sur cette affaire commune se complètent, et organisent un dispositif cohérent et fonctionnel.

Le Conseil d'État affirme, d'abord, que l'autorité administrative ne peut intervenir dans le processus préélectoral que si le protocole préélectoral « ne satisfait manifestement pas à la double condition de majorité prévue aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail », ce qui implique, *a contrario*, qu'il appartient au tribunal d'instance de trancher la question de la validité du protocole si elle est sérieusement discutée. Il indique, ensuite, que dès lors que les élections professionnelles ont eu lieu, l'autorité administrative doit se déclarer incompétente pour statuer sur les modalités de déroulement de celles-ci.

De son côté, la Cour de cassation, après avoir rappelé que le juge d'instance doit vérifier si le protocole remplit ou non les conditions de majorité fixées par les textes, affirme que la saisine du DIRECCTE en l'absence de protocole valide pour déterminer le cadre de l'élection et la répartition entre les collègues suspend le processus électoral, et oblige en conséquence l'employeur à attendre la décision du DIRECCTE pour continuer le processus. Mais, pour éviter que cette suspension n'entraîne un vide représentatif dans l'entreprise pendant le temps nécessaire, la chambre sociale décide que les mandats en cours au jour de la saisine du DIRECCTE sont prorogés de plein droit jusqu'à l'organisation du premier tour du scrutin.

La Cour de cassation, qui avait demandé au législateur (*Rapport annuel* 2010, p. 26 ; *Rapport annuel* 2011, p. 19) d'intervenir pour prévoir la prorogation des mandats des élus en cas de litige sur le processus de renouvellement électoral de nature à laisser l'entreprise sans représentation élue, établit donc de manière prétorienne, en considération

des nouvelles données issues de la loi du 20 août 2008 précitée, que cette prorogation est désormais de droit. La durée de la suspension et de la prorogation est cependant limitée : elle cesse, pour la première, dès la décision du DIRECCTE, et, pour la seconde, lors de la proclamation des résultats du premier tour organisé en considération de la décision du DIRECCTE.

La chambre sociale apporte enfin une précision sur la notion de « participation » à la négociation du protocole préélectoral en affirmant que la participation s'entend de la présence des organisations syndicales invitées à une réunion de négociation, peu important, qu'elles se soient ensuite retirées de la négociation. Dans le cas présent, quatre organisations syndicales s'étaient présentées à la première réunion de négociation, mais deux n'avaient pas souhaité poursuivre. Le protocole n'ayant finalement été signé que par les deux organisations syndicales demeurées à la négociation, la condition de double majorité n'était pas remplie. Dès lors, les élections organisées par l'employeur sur la base de ce protocole non valide, sans attendre la décision de l'autorité administrative régulièrement saisie par une organisation syndicale pour déterminer notamment le périmètre de mise en place des institutions représentatives, devaient être annulées.

b. Élections, syndicats hors application de la loi du 20 août 2008

CHSCT

Représentation des salariés – Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail – Délégation du personnel – Désignation – Scrutin – Mode de scrutin – Représentation spéciale des cadres et agents de maîtrise – Scrutin séparé – Possibilité

Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 11-11.410, Bull. 2012, V, n° 81

L'article L. 4613-1 est l'unique disposition du code du travail relative à l'élection des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). C'est donc la jurisprudence qui a défini les modalités selon lesquelles ce scrutin devait être organisé.

Ainsi, la chambre sociale juge qu'à défaut d'accord unanime entre les membres du collège désignatif, la délégation du personnel au CHSCT est élue au scrutin de liste avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne et à un seul tour (*Soc.*, 16 mai 1990, pourvoi n° 89-61.368, *Bull.* 1990, V, n° 232 ; *Soc.*, 13 février 2003, pourvoi n° 01-60.751, *Bull.* 2003, V, n° 55).

L'existence de sièges réservés, par l'article R. 4613-1 du code du travail, au profit du personnel de maîtrise ou d'encadrement, rend cependant ce dispositif particulièrement complexe, aboutissant à modifier l'ordre de présentation des listes comportant des représentants de cette catégorie de personnel afin de pourvoir les sièges qui lui sont réservés.

Saisie de nombreux litiges portant sur l'attribution des sièges réservés, la chambre sociale jugeait que les membres du collège désignatif ne pouvaient décider de procéder à l'élection selon deux scrutins séparés, dont l'un aux fins de désignation du représentant appartenant au personnel de maîtrise ou d'encadrement, que par un accord unanime entre les membres du collège électoral (*Soc.*, 26 janvier 1999, pourvoi n° 97-60.511 ;

Soc., 20 juin 2007, pourvoi n° 06-60.265 ; Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 07-60.302 ; Soc., 29 octobre 2010, pourvoi n° 10-60.067).

Elle décide par le présent arrêt, approuvant la décision du tribunal d'instance, de ne plus exiger un accord unanime entre les membres du collège pour leur permettre de procéder à l'élection selon deux scrutins séparés.

Il ne fait toutefois aucun doute qu'afin de garantir la sincérité du scrutin, les opérations de dépouillement ne pourront intervenir qu'après le déroulement de l'un et l'autre vote.

Travail réglementation, santé et sécurité – Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail – Constitution – Cadre – Portée

Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-12.916, Bull. 2012, V, n° 128

Lorsque plusieurs comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) sont mis en place au sein d'un même établissement au sens des comités d'établissement, ils sont généralement constitués par secteurs d'activité. La division de l'entreprise en établissements distincts prenant en effet en compte les différentes implantations géographiques de l'entreprise, la multiplicité des CHSCT au sein d'un même établissement ne se justifie généralement que par l'existence, en un même lieu, d'une pluralité d'activités engendrant des risques spécifiques. La jurisprudence traditionnelle énonce ainsi que le CHSCT « est institué en application de l'article L. 4611-1 du code du travail dans le cadre de l'établissement et le cas échéant par secteurs d'activité au sein de l'établissement » (voir, par exemple, Soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-60.438, *Bull.* 2009, V, n° 157). On a souvent vu, à tort, dans ce qui n'était qu'une configuration habituelle et issue d'une origine essentiellement industrielle du CHSCT, l'expression d'une règle juridique obligatoire quant à la constitution de cette institution. Le pourvoi formé dans l'affaire ayant donné lieu au présent arrêt témoigne de ce passage hâtif du fait à la règle de droit.

Au sein d'une entreprise déployant ses activités aussi bien sur le territoire métropolitain que sur la Guyane ou sur La Réunion, un seul comité d'entreprise avait été mis en place et, au sein de ce comité unique, plusieurs CHSCT, en fonction des zones géographiques et non pas des secteurs d'activité, dont rien ne dit d'ailleurs qu'ils étaient différents.

L'arrêt admet, d'abord, que des CHSCT peuvent être constitués par zones géographiques et non pas par secteurs d'activité. L'article L. 4613-4 du code du travail prévoit en effet que, dans les établissements de 500 salariés et plus, le nombre de CHSCT est déterminé « eu égard à la nature, la fréquence et la gravité des risques » mais aussi eu égard « aux dimensions et à la répartition des locaux ou groupes de locaux [...] ». Il juge, ensuite, que lorsque des CHSCT ont été constitués en considération d'un critère géographique, et à moins d'un accord en disposant autrement, seuls sont éligibles à un CHSCT déterminé les salariés travaillant effectivement dans le périmètre géographique correspondant. Sur le premier point, il n'y a qu'une application des dispositions du code du travail, oubliées par beaucoup. Sur le second, l'arrêt inverse la règle appliquée lorsque, au sein d'un même établissement, plusieurs CHSCT sont constitués par secteurs d'activité. Dans une telle configuration, il est en effet jugé que, sauf accord collectif ou usage différent, tout salarié d'un établissement peut être désigné membre

d'un CHSCT institué dans le cadre de cet établissement, même s'il ne travaille pas dans le secteur d'activité correspondant (Soc., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-60.342, *Bull.* 2002, V, n° 146). Mais les situations sont différentes. Lorsque les CHSCT sont constitués par secteurs d'activité, notamment dans les entreprises industrielles, rien ne garantit que tous les salariés relèvent d'un secteur couvert par un CHSCT. En revanche, lorsque, comme en l'espèce, des CHSCT sont constitués par secteurs géographiques, tous les salariés sont compris, au moins par rattachement, dans le périmètre d'un CHSCT donné. L'éligibilité d'aucun des salariés n'est alors compromise par la segmentation ainsi opérée, laquelle assure au contraire un meilleur fonctionnement de l'institution.

Calcul des effectifs de l'entreprise, question préjudicielle

Union européenne – Cour de justice de l'Union européenne – Question préjudicielle – Interprétation des actes pris par les institutions de l'Union – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 27 – Droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs – Opposabilité à une disposition législative nationale

Soc., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-21.609, *Bull.* 2012, V, n° 122

Selon l'article L. 1111-3 du code du travail, sont exclus du décompte des effectifs un certain nombre de salariés titulaires de contrats dits « aidés » : apprentis, titulaires d'un contrat initiative emploi, d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi, d'un contrat de professionnalisation. La chambre sociale était saisie de la question de savoir si cette disposition n'était pas contraire au droit de l'Union européenne dès lors que l'article 3 § 1 de la directive 2002/14/CE du Parlement et du Conseil du 11 mars 2002 s'oppose, ainsi que l'a interprété la Cour de justice des Communautés européennes dans une décision du 18 janvier 2007 (CJCE, Confédération générale du travail e. a., n° C-385/05) « à une réglementation nationale qui exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés au sens de cette disposition ». La décision précitée avait d'ailleurs été rendue sur question préjudicielle du Conseil d'État français à propos d'une disposition visant à ajouter à la liste des salariés exclus du décompte des effectifs de l'entreprise prévue par l'article L. 1111-3 du code du travail (ancien article L. 620-10) les salariés âgés de moins de 26 ans.

Dans le cas d'espèce dont était saisie la Cour de cassation, une association de médiation employait plus d'une centaine de salariés. Une organisation syndicale y avait désigné un représentant de section syndicale et avait demandé en justice la mise en place d'un comité d'entreprise. Mais l'application des dispositions de l'article L. 1111-3 du code du travail, revendiquée par l'employeur, conduisait à ne prendre en considération qu'un effectif de moins de onze salariés, ne permettant donc pas la mise en place d'une institution représentative du personnel ou la désignation d'un représentant syndical.

Dans un premier temps, estimant que l'application de l'article L. 1111-3 du code du travail posait une question sérieuse de constitutionnalité au regard des principes de participation et d'égalité, la chambre sociale a saisi le Conseil constitutionnel par un arrêt du 16 février 2011 (QPC n° 10-40.062). Le Conseil constitutionnel, par décision du 29 avril 2011 (n° 2011-122 QPC, Syndicat CGT et autres [Calcul des effectifs de l'entreprise]), a déclaré l'article L. 1111-3 du code du travail conforme à la Constitution, considérant, d'une part « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle

de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures destinées à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes et des personnes en difficulté et leur faire acquérir une qualification professionnelle, autoriser des mesures propres à ces catégories de travailleurs », d'autre part que « l'article L. 1111-3 du code du travail n'a pas de conséquences sur les droits et obligations des salariés en cause, qu'il ne leur interdit pas, en particulier, d'être électeur ou éligible au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent ; que par suite, il ne porte pas atteinte, en lui-même, au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Le dossier a été renvoyé pour statuer au fond devant le tribunal d'instance, qui a alors considéré que les dispositions de l'article L. 1111-3 du code du travail heurtaient les dispositions communautaires.

La question soumise à la chambre sociale était de savoir si les dispositions communautaires prises en compte par le tribunal d'instance pouvaient être invoquées dans un litige opposant un syndicat à un employeur, en présence d'un texte de droit interne apparaissant comme directement contraire aux règles instaurées par une directive.

L'absence d'effet direct horizontal des directives européennes, dans la situation où un texte législatif de droit interne nécessaire à l'intégration de la directive n'apparaît pas conforme aux dispositions prévues par cette directive, suscite une véritable difficulté. La chambre a estimé devoir prendre en compte les conséquences de l'effet juridique obligatoire reconnu depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux reconnaît un droit fondamental à l'information et à la consultation des travailleurs, article dont l'applicabilité directe, en présence d'une directive en précisant les conditions d'application, a d'ores et déjà été reconnue par la Cour de cassation (Soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-12.852, *Bull.* 2011, V, n° 108). Or la jurisprudence constante de la Cour de justice applique les droits fondamentaux dans les litiges entre particuliers et les dispositions des articles 51 et 52 de la Charte, qui précisent les conditions d'invocabilité de la Charte devant les juridictions, ne contiennent aucune limitation à cet égard. Par ailleurs, la Cour de justice a déjà jugé que les principes généraux du droit tels que précisés par une directive de l'Union européenne pouvaient être invoqués dans un litige entre particuliers (CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, n° C-144/04 ; CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, n° C-555/07).

Dans ces conditions, la chambre sociale estime nécessaire de poser à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle, se dédoublant en deux interrogations : D'une part, le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux tel que précisé par les dispositions de la directive 2002/14/CE précitée peut-il être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive ?

D'autre part, dans l'affirmative, ces dispositions doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant du calcul des effectifs de l'entreprise notamment pour déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel, certains salariés titulaires des contrats mentionnés à l'article L. 1111-3 du code du travail ?

Syndicat professionnel – Représentativité – Détermination – Modalités – Audience électorale – Appréciation – Périmètre – Unité économique et sociale – Collège électoral unique – Composition – Portée

Avis, 2 juillet 2012, demande n° 12-00.009, Bull. 2012, Avis, n° 6

En principe, la représentativité des organisations syndicales au sein des sociétés composant une unité économique et sociale où a été institué, pour l'élection des représentants du personnel, un collège électoral unique incluant des salariés de droit privé et des fonctionnaires doit être appréciée au regard de la totalité des suffrages exprimés par l'ensemble des électeurs composant ce collège, sauf dispositions légales particulières.

Voir le commentaire p. 386.

Vote électronique, codes-barres

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Vote par correspondance – Utilisation de codes-barres – Préservation du secret du scrutin – Garanties – Défaut – Portée

Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-25.029, Bull. 2012, V, n° 140

Le secret du vote est un élément essentiel du droit commun électoral applicable aux élections professionnelles dans l'entreprise. Dans le vote par correspondance, il est assuré par un système de double enveloppe, la première permettant l'identification de l'électeur, la seconde, séparée et dépouillée avec l'ensemble des autres, contenant l'expression de son choix. Qu'il soit classique ou par correspondance, le vote peut faire l'objet d'un dépouillement automatique par lecture optique. Chaque bulletin comporte alors deux éléments codés permettant, l'un l'identification de l'électeur, l'autre l'expression de son choix. La préservation du secret implique nécessairement deux lectures successives et, surtout, effectuées par des systèmes indépendants l'un de l'autre. Aucun croisement entre les fichiers ne doit être possible. L'article R. 2324-6 du code du travail (ancien article R. 433-2-2) dispose ainsi que les données relatives aux électeurs inscrits sur les listes électorales ainsi que celles relatives à leur vote sont traitées par des systèmes informatiques distincts, dédiés et isolés, respectivement dénommés « fichier des électeurs » et « contenu de l'urne électronique ».

L'espèce concernait un vote par correspondance sous double enveloppe avec dépouillement manuel traditionnel. Toutefois les bulletins comportaient, outre le choix de l'électeur exprimé en clair, un numéro d'identification propre à chaque électeur ainsi qu'un code-barres, support d'informations dont la teneur n'était pas précisée. Les explications, guère éclairantes, avancées par l'employeur et le prestataire extérieur pour justifier la présence de ces éléments, tenaient aux nécessités de l'envoi du matériel aux électeurs. Un tribunal d'instance avait jugé que ces mentions figurant sur les bulletins de vote, non prévues par l'accord préélectoral, dès lors qu'elles permettent l'identification à la fois du vote et du votant, étaient en soi de nature à porter atteinte au secret du vote et à dissuader des électeurs de voter, peu important que la clé permettant de rapprocher ces deux éléments ne soit accessible qu'à quelques personnes et qu'un tel rapprochement ait ou non été opéré.

Le pourvoi contre le jugement est rejeté : un dispositif d'identification des électeurs dans le cadre du vote par correspondance ne peut figurer sur les bulletins de vote que si le protocole préélectoral l'a prévu et a fixé les garanties appropriées au respect du secret du vote par la mise en œuvre de procédés rendant impossible l'établissement d'un lien entre l'identité de l'électeur et l'expression de son choix. L'introduction de l'informatique à quelque stade que ce soit du processus électoral ne peut s'accommoder d'initiatives unilatérales de l'employeur ou de personnes qu'il se substitue dans l'organisation des élections. Le principe même du recours à l'informatique et les dispositions propres à garantir la sincérité et le secret des opérations doivent être convenus et fixés en amont, ainsi que le recommande la Commission nationale de l'informatique et des libertés (délibération n° 98-041 du 28 avril 1998 portant recommandation sur l'utilisation des systèmes de vote par code-barres dans le cadre d'élections par correspondance pour les élections professionnelles). À défaut, la confiance des électeurs dans le processus de désignation de leurs élus ne peut pas être assurée, les élections doivent être annulées.

c. Protection des représentants du personnel

Représentation des salariés – Règles communes – Statut protecteur – Domaine d'application – Étendue – Titulaire d'un mandat extérieur – Information de l'employeur – Information préalable – Nécessité – Délai – Détermination – Portée
Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-21.307, Bull. 2012, V, n° 230

L'arrêt ici commenté marque la prise en compte directe, dans la jurisprudence judiciaire, de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 14 mai 2012 rendue suite à une question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par la Cour de cassation (Cons. const., 14 mai 2012, décision n° 2012-42 QPC, Association Temps de Vie [licenciement de salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise]).

À cinq reprises, dans son *Rapport annuel* (*Rapport* 2007, p. 14, *Rapport* 2008, p. 12, *Rapport* 2009, p. 11, *Rapport* 2010, p. 14, *Rapport* 2011, p. 14), la Cour de cassation avait signalé une difficulté dans l'application du statut protecteur des salariés titulaires de mandats lorsque ces mandats sont exercés à l'extérieur de l'entreprise : de tels mandats ne sont pas nécessairement connus du chef d'entreprise, et il paraissait par conséquent difficile d'admettre que le statut protecteur puisse être opposé postérieurement à la rupture à un employeur qui n'avait pas connaissance de l'existence du mandat et conduire à l'annulation de la rupture *a posteriori*.

Le législateur n'étant pas intervenu, la chambre sociale avait tenté d'élaborer une jurisprudence limitant les conséquences du statut protecteur attaché à un mandat dont l'employeur n'avait pas eu connaissance. Ne pouvant écarter le statut protecteur, d'ordre public, qu'en cas de fraude (*Soc.*, 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-43.997), elle avait décidé que le comportement déloyal du salarié, qui tait sciemment à l'employeur l'existence d'un mandat, y compris au moment de l'entretien préalable au licenciement, pouvait donner lieu à une limitation de l'indemnisation du préjudice né du défaut de respect du statut protecteur (*Soc.*, 8 février 2012, pourvoi n° 10-21.198).

Cependant, le 14 mai 2012, saisi de la question de la conformité au principe constitutionnel de liberté d'entreprendre du statut protecteur attaché à un mandat extérieur à l'entreprise, celui d'administrateur d'une caisse de sécurité sociale (mandat visé par l'article L. 2411-1, 13°, du code du travail), le Conseil constitutionnel a affirmé que si la protection attachée à ce mandat n'était pas contraire à ce principe, les dispositions concernant la protection assurée à un salarié exerçant un mandat extérieur à l'entreprise « 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 ».

C'est cette réserve d'interprétation, extrêmement proche des propositions que la Cour de cassation avait faites dans son *Rapport annuel*, que la chambre sociale a eu l'occasion de mettre en application dans le présent arrêt. Toutefois, le dossier dont elle était saisie présentait deux particularités :

– D'abord, il portait sur une disposition législative qui n'était pas celle sur laquelle le Conseil constitutionnel avait statué, puisque le salarié concerné par le litige exerçait un mandat de conseiller prud'homal, prévu par l'article L. 2411-11, 17°, du code du travail, qui n'était pas visé par la question prioritaire de constitutionnalité. La chambre sociale a considéré que la réserve d'interprétation, explicitement justifiée par le fait que le mandat était exercé à l'extérieur de l'entreprise, devait être également appliquée à cet alinéa. Ce qui l'a d'ailleurs conduit également, par une décision du même jour, à refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux principes constitutionnels de la protection attachée au mandat de conseiller du salarié prévu par l'article L. 2411-11, 16°, (Soc., 14 septembre 2012, pourvoi n° 11-28.269, *Bull.* 2012, V, n° 229).

– L'autre particularité résidait dans le fait que le salarié n'avait pas été licencié, mais mis à la retraite. Or, dans un tel cas, la tenue d'un entretien préalable n'est pas obligatoire, sauf si le salarié est un salarié protégé – ce que par hypothèse, l'employeur ignore –. Se posait en conséquence la question de savoir à quel moment le salarié doit alors informer l'employeur de l'existence du mandat. La chambre sociale répond que, dans ce cas, l'information doit être donnée au plus tard avant la notification de l'acte de rupture, notamment au moment où le salarié est avisé de l'intention de l'employeur de rompre le contrat. En l'espèce, l'employeur avait convoqué le salarié à un entretien pour l'informer de son intention de le mettre à la retraite à une date précise. Le salarié ne l'ayant pas à cette occasion informé de l'existence de son mandat, il ne pouvait donc, après la mise à la retraite, en demander la requalification en un licenciement nul pour inobservations du statut protecteur qui était attaché à ses fonctions de conseiller prud'homal.

La chambre sociale précise cependant que le seul fait que le salarié prouve que l'employeur a eu connaissance de l'existence du mandat, quelle que soit l'origine de l'information (notification administrative, prise d'heures de délégation), permet le maintien du statut protecteur.

d. Fonctionnement des institutions représentatives du personnel

Comité d'entreprise

Représentation des salariés – Comité d'entreprise – Fonctionnement – Subvention de fonctionnement – Affectation – Affectation autorisée – Critères – Dépense se rattachant aux attributions économiques du comité – Défaut – Cas – Portée

Soc., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-10.825, Bull. 2012, V, n° 109

La Cour de cassation n'avait jamais été saisie de la question du contrôle des choix faits par le comité d'entreprise pour l'utilisation de sa subvention de fonctionnement.

Cette subvention est prévue par l'article L. 2325-43 du code du travail et doit être versée par l'employeur à concurrence d'un montant annuel équivalent à 0,2 % de la masse salariale brute. Elle se distingue de la subvention destinée à financer des activités sociales et culturelles au profit des salariés de l'entreprise.

Il ne fait guère de doute que l'utilisation par le comité d'entreprise de sa subvention de fonctionnement est soumise au contrôle du juge judiciaire qui doit vérifier que cette utilisation est bien conforme à son objet. Les délibérations ou résolutions du comité d'entreprise touchant à l'utilisation du budget de fonctionnement peuvent donc être déférées au juge judiciaire, et notamment au juge des référés, qui a le pouvoir, conformément au droit commun, de suspendre la mise en œuvre d'une délibération qui serait susceptible de constituer un trouble manifestement illicite dans l'entreprise.

La question se posait en second lieu de savoir si l'employeur, qui est membre du comité d'entreprise, a qualité pour contester les délibérations relatives à l'utilisation de la subvention de fonctionnement alors qu'il en est également le débiteur. La chambre sociale répond clairement par l'affirmative, les textes ne faisant aucune exception à la capacité de l'employeur à contester en justice les délibérations du comité d'entreprise qui lui semblent non conformes aux textes légaux.

Ayant admis la recevabilité de l'action de l'employeur et le pouvoir du juge des référés en cas de délibération constituant un trouble manifestement illicite, il restait à la chambre sociale à dire dans quels cas les choix d'utilisation de la subvention de fonctionnement par le comité d'entreprise caractérisent un tel trouble.

En l'espèce, deux délibérations étaient mises en cause, la première créant une « bourse de formation syndicale » prévoyant, au bénéfice des salariés titulaires du comité d'entreprise, la prise en charge des coûts des formations syndicales, économiques ou sociales, organisées sous l'égide d'une organisation syndicale représentative, la seconde créant une « bourse d'informations syndicales » prévoyant la prise en charge des coûts d'abonnement à la presse syndicale des élus et représentants syndicaux.

Après avoir rappelé que la prise en charge par le comité d'entreprise d'actions de formation, d'achat ou d'abonnement à la presse entrant dans le cadre de son budget de fonctionnement, la Cour de cassation pose une double condition : que les formations et abonnements soient en rapport avec les missions économiques du comité d'entreprise ; que la prise en charge s'effectue au profit des membres du comité d'entreprise.

Constatant qu'en l'espèce la prise en charge était prévue pour des formations et abonnements se rattachant non aux fonctions de membres du comité d'entreprise, mais à des fonctions de nature syndicale, et qu'elle était, pour partie, au bénéfice de représentants syndicaux extérieurs au comité d'entreprise, la chambre sociale confirme la décision de la cour d'appel d'en ordonner la suspension, au regard de son caractère manifestement illicite.

7. Rupture du contrat de travail

a. Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire

Contrat de travail, rupture – Prise d'acte de la rupture – Prise d'acte par le salarié – Modalités – Lettre – Lettre du conseil du salarié – Destinataire – Employeur – Nécessité – Portée

Soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 10-15.238, Bull. 2012, V, n° 154

Par cet arrêt la Cour de cassation précise sa jurisprudence sur les conditions de forme de la prise d'acte.

Un salarié avait saisi le conseil de prud'hommes par lettre de son avocat mentionnant que son client se considérait en situation de rupture de son contrat de travail, imputable selon lui à son employeur, et formait diverses demandes en paiement à titre de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Devant la cour d'appel, le salarié soutenait que la lettre de son conseil, qui était donc la lettre de saisine de la juridiction prud'homale, devait s'analyser en prise d'acte. La cour d'appel en avait jugé autrement, considérant en effet qu'elle était saisie d'une demande tendant à la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur, aux motifs qu'en raison de sa nature juridique, la prise d'acte ne pouvait émaner que du salarié, et que le mandat donné à son avocat dans le cadre de l'instance ne pouvait y suppléer.

Le pourvoi du salarié critiquait les motifs de cette décision en soutenant que la prise d'acte de la rupture pouvait valablement être présentée par l'avocat du salarié. Le moyen faisait ainsi référence à un précédent non publié du 4 avril 2007 (poursuis n° 05-42.847 et 05-43.926), aux termes duquel la chambre sociale avait jugé que « la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme et peut valablement être présentée par le conseil d'un salarié au nom de celui-ci. »

Cette règle est réaffirmée, mais avec une précision importante, puisque l'arrêt énonce que « si la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme et peut valablement être présentée par le conseil du salarié au nom de celui-ci, c'est à la condition qu'elle soit adressée directement à l'employeur. » La cour d'appel est ainsi approuvée d'avoir jugé qu'elle était saisie d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, dans la mesure où il ne résultait pas de ses constatations que l'avocat du salarié ait adressé directement à l'employeur la prise d'acte dont se prévalait l'intéressé.

La chambre sociale considère en effet que la prise d'acte, qui est un mode de résiliation unilatérale du contrat de travail ayant pour effet la rupture immédiate du contrat

avec toutes les conséquences qui y sont attachées, ne peut être valablement formée que si le salarié fait connaître sa volonté de rompre à l'employeur lui-même. En outre la distinction entre demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et demande tendant à voir juger qu'une prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse se trouve clairement renforcée par l'arrêt commenté. En effet, dans la continuité de la jurisprudence de la chambre sociale qui juge, depuis 2006 (Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 03-47.639, *Bull.* 2006, V, n° 81), qu'une demande de résiliation judiciaire ne peut être assimilée à une prise d'acte, il résulte du présent arrêt que la saisine du conseil de prud'hommes ne peut valoir prise d'acte de la rupture.

b. Licenciement

Formalités de licenciement

Contrat de travail, rupture – Causes – Force majeure – Définition

Soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 10-17.726, Bull. 2012, V, n° 151

La force majeure se définit traditionnellement comme un événement imprévisible, irrésistible et extérieur.

La chambre sociale de la Cour de cassation avait cependant jugé, par une série de trois arrêts du 12 février 2003 (pourvois n° 00-46.660, 01-40.916, 99-42.985, *Bull.* 2003, V, n° 50), que « la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture du contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat ». Elle abandonnait ainsi, à l'instar de la première chambre civile (1^{re} Civ., 6 novembre 2002, pourvoi n° 99-21.203, *Bull.* 2002, I, n° 258) et de la chambre commerciale (Com., 1^{er} octobre 1997, pourvoi n° 95-12.435, *Bull.* 1997, IV, n° 240), la condition d'imprévisibilité.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation est venue rappeler, dans deux arrêts du 14 avril 2006 (pourvoi n° 02-11.168, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 5 ; pourvoi n° 04-18.902, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 6), qu'est constitutif d'un cas de force majeure un événement présentant un caractère extérieur, irrésistible et imprévisible, et qu'il en est ainsi tant en matière contractuelle qu'en matière délictuelle.

La chambre sociale a toutefois, postérieurement aux décisions de l'assemblée plénière, réaffirmé à plusieurs reprises que la force majeure ne devait s'entendre que d'un événement extérieur et irrésistible.

Elle met fin par le présent arrêt à cette position, en affirmant, par un attendu de principe s'inscrivant dans le droit fil des décisions rendues par l'assemblée plénière, que « la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur, imprévisible lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans son exécution ».

La cour d'appel ayant en l'espèce constaté que la décision du président de la Polynésie française de mettre fin aux fonctions du salarié n'était pas imprévisible, puisqu'une

telle éventualité était prévue au contrat de travail, aurait dû en déduire l'absence de force majeure.

Licenciement pour motif économique

Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Licenciement collectif – Plan de sauvegarde de l'emploi – Contenu – Mesures de reclassement – Nécessité – Exclusion – Cas – Départs volontaires excluant tout licenciement – Limites – Suppression d'emplois de salariés qui ne veulent ou ne peuvent quitter l'entreprise dans le cadre du plan de départs volontaires – Portée
Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.516, Bull. 2012, V, n° 22

Dans cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation tire les conséquences des limites de son arrêt du 26 octobre 2010 (pourvoi n° 09-15.187, *Bull.* 2010, V, n° 245, *Rapport annuel* 2010, p. 358) sur les départs volontaires en cas de décision de l'employeur de réduire ses effectifs en s'engageant à ne pas effectuer de licenciement si l'objectif qu'il s'est assigné n'est pas atteint, et statue, pour la première fois, en matière de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié en cas d'absence de plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi prévu par l'article L. 1233-61 du code du travail.

L'arrêt de la chambre sociale du 26 octobre 2010 avait admis qu'«un plan de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire dès lors que le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois.»

Dans la présente espèce, la société Completel Grenoble avait mis en place, pour des raisons économiques, un plan de sauvegarde de l'emploi, défini sur la base des dispositions d'un accord collectif négocié avec les organisations syndicales représentatives au sein de la société, organisant un dispositif de garanties propres à un plan de départ volontaire offert aux personnels qui ne souhaitaient pas rester au service de la société en raison de l'évolution de son organisation ou de l'évolution des activités sous-traitées, et notamment compte tenu de la décision de l'employeur d'externaliser un service, ce qui impliquait la disparition des emplois correspondants.

L'emploi du salarié auteur du pourvoi figurait parmi ceux devant être externalisés, et, sa candidature au dispositif de départ volontaire ayant été rejetée par la commission paritaire de suivi, il a pris acte de la rupture de son contrat de travail.

Saisie par ce salarié qui demandait la requalification de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail en licenciement nul, la cour d'appel a rejeté ses demandes, aux motifs que le plan de sauvegarde de l'emploi ne prévoyait pas de licenciement, que le salarié n'établissait pas avoir été laissé sans activité, et qu'il n'y avait donc pas de manquement fautif de la part de l'employeur.

Dans son arrêt du 25 janvier 2012, la chambre sociale censure cette décision, en rappelant en premier lieu que si l'employeur qui entend supprimer des emplois pour raisons économiques en concluant avec les salariés des accords de rupture amiable n'est pas tenu d'établir un plan de reclassement interne lorsque le plan exclut tout licenciement, il en est différemment lorsque la réduction des effectifs s'accompagne de suppressions

d'emplois de salariés qui ne veulent pas quitter l'entreprise, ou dont la candidature au départ volontaire a été rejetée. Doit être alors intégré au plan de sauvegarde de l'emploi un plan de reclassement interne conformément aux dispositions de l'article L. 1233-61 du code du travail. Or, en l'espèce, l'employeur n'avait pas prévu de plan de reclassement interne pour les salariés dont l'emploi était supprimé et qui ne désiraient pas quitter l'entreprise ou qui n'avaient pas été éligibles au dispositif de départ volontaire.

Le second apport de l'arrêt concerne les conséquences de la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié qui invoque l'absence ou l'insuffisance dans le plan social d'un plan de reclassement interne.

La Cour de cassation considère, en principe, que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

Dans le cas d'espèce, la chambre sociale applique aux conséquences de la prise d'acte les sanctions prévues par l'article L. 1235-10 du code du travail qui prévoit, en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, la nullité de la procédure de licenciement et des licenciements qui en constituent la suite et la conséquence : ainsi, lorsque le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail du fait de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, celle-ci produit les effets d'un licenciement nul, et non simplement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Licenciement collectif – Plan de sauvegarde de l'emploi – Motif économique – Appréciation – Office du juge – Exclusion – Portée

Soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-20.741, Bull. 2012, V, n° 129

La loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, dont est issu l'article L. 321-4-1 du code du travail, codifié à l'article L. 1235-10 par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, frappe de nullité la procédure de licenciement collectif pour motif économique lorsque le plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas été établi par l'employeur, bien que celui-ci soit obligatoire.

La chambre sociale a également déclaré nulle la procédure de licenciement collectif pour motif économique lorsque le plan mis en place par l'employeur est insuffisant dans son contenu (*Soc.*, 23 janvier 2002, pourvoi n° 00-14.521, *Bull.* 2002, V, n° 29). Elle a précisé que « la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 321-4-1 [...], sont eux-mêmes nuls. » (*Soc.*, 13 février 1997, pourvois n° 96-41.874 et n° 96-41.875, *Bull.* 1997, V, n° 64).

Elle a par ailleurs délimité le champ de la nullité en retenant constamment, depuis 1996, qu'elle ne peut être prononcée qu'en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de reclassement et qu'il n'appartient pas au juge saisi du contrôle de la valeur du plan de se « prononcer sur la cause réelle et sérieuse des licenciements économiques projetés » (*Soc.*, 12 novembre 1996, pourvoi n° 94-21.994, *Bull.* 1996, V, n° 372).

Dans le présent arrêt, la chambre sociale précise à nouveau que la nullité d'une procédure de licenciement pour motif économique ne peut être prononcée qu'en raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que l'employeur est tenu d'établir. Elle casse en conséquence un arrêt ayant déclaré nulle une procédure de licenciement collectif pour motif économique en se fondant sur l'absence de cause économique de licenciement. Elle rappelle ainsi que la cause économique du licenciement est indifférente pour l'application de l'article L. 1235-10 du code du travail.

L'absence de cause économique de licenciement ouvre au salarié licencié une action indemnitaire mais le législateur n'a pas choisi de sanctionner cette absence de cause par l'annulation de la procédure de licenciement. Il a réservé la nullité à la seule défaillance de l'employeur dans son obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, parce qu'il assigne comme objectif à celui-ci d'éviter des licenciements en favorisant le reclassement des salariés.

Licenciement pour motif personnel

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

8. Actions en justice

Prud'hommes – Référé – Mesures conservatoires ou de remise en état – Trouble manifestement illicite – Défaut – Applications diverses – Changement d'affectation d'un salarié consécutif au retrait de son habilitation à la conduite de certains véhicules – Conditions – Détermination – Portée

Ass. plén., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-14.688, Bull. 2012, Ass. plén., n° 1
Ne constitue pas une sanction disciplinaire le changement d'affectation d'un salarié consécutif au retrait de son habilitation à la conduite de certains véhicules dès lors qu'il a pour seul objet, conformément au règlement de sécurité de l'exploitation d'un système de transport public guidé, d'assurer la sécurité des usagers, du personnel d'exploitation et des tiers.

Ayant constaté que le retrait par un employeur de l'habilitation d'un salarié à la conduite des tramways et son affectation sur une ligne d'autobus étaient intervenus après que ce salarié, à qui aucune réprimande n'avait été adressée en raison de cet incident, eut conduit une rame à contresens de la circulation, et qu'il n'en était pas résulté une modification de son contrat de travail mais seulement de ses conditions de travail, une cour d'appel, statuant en référé, a pu en déduire que le trouble invoqué n'était pas manifestement illicite.

Voir le commentaire p. 373.

Appel civil – Taux du ressort – Demande indéterminée – Définition – Demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale

Soc., 31 janvier 2012, pourvois n° 11-20.232 et n° 11-20.233, Bull. 2012, V, n° 37

La problématique de la compétence en premier ou dernier ressort en matière de reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES) est ancienne.

En effet, ni le code du travail, ni le code de procédure civile, ne prévoient une disposition particulière en matière de reconnaissance d'UES. L'institution même de l'UES est purement prétorienne, et bien que désormais inscrite dans le paysage juridique, et prise en compte par des textes ponctuels, cette institution n'a jamais été en tant que telle consacrée par le législateur.

La chambre sociale a admis très rapidement la compétence du tribunal d'instance pour reconnaître judiciairement l'existence d'une UES lorsqu'il était saisi à l'occasion d'un contentieux électoral ou à l'occasion d'un contentieux sur la désignation de représentants syndicaux (Soc., 29 octobre 2003, pourvois n^{os} 02-60.820, 02-60.821 et 02-60.931, *Bull.* 2003, V, n^o 267). Mais la question s'est ensuite posée de savoir quelle juridiction était compétente lorsque la demande d'UES ne s'inscrivait pas directement dans un litige électoral ou représentatif. La Cour de cassation, saisie pour avis de cette question, a répondu, le 19 mars 2007, que « la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées. L'action tendant à cette reconnaissance relève en conséquence de la compétence d'attribution du tribunal d'instance » (Avis, 19 mars 2007, demande n^o 06-00.020, *Bull.* 2007, Avis, n^o 3).

Restait à déterminer si la compétence du tribunal d'instance était en premier ou en dernier ressort. Dans un arrêt du 12 septembre 2007 (pourvoi n^o 06-60.275, *Bull.* 2007, V, n^o 129), la chambre sociale a décidé que : « Il ne résulte ni de l'article L. 431-1, alinéa 6, du code du travail, ni d'aucun autre texte, que la décision judiciaire qui statue sur l'existence d'une UES en dehors de tout litige électoral est rendue en dernier ressort; d'où il suit que, la demande étant indéterminée, le tribunal d'instance se prononce en premier ressort conformément à l'article 40 du nouveau code de procédure civile. » Cette décision, qui faisait dépendre la compétence en premier ou dernier ressort du jugement du tribunal d'instance de l'objet de la demande en reconnaissance de l'UES, s'expliquait par la circonstance que, selon qu'elle était ou non en lien avec un litige électoral, la compétence naturelle en premier ressort devenait nécessairement compétence en dernier ressort lorsque la demande en reconnaissance d'UES naissait à l'occasion, soit de la désignation d'un délégué syndical, soit d'une contestation électorale, matières dans lesquelles le code du travail prévoit expressément une compétence en dernier ressort. Or, la loi n^o 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, en fixant des conditions de mise en place des différentes institutions représentatives toutes subordonnées à l'obtention, dans le périmètre de ces institutions représentatives, d'un résultat électoral, a mis fin à cette dichotomie, puisque l'action en reconnaissance d'une UES ne peut plus directement naître d'un litige électoral ou portant sur la désignation d'un représentant syndical.

Tirant les conséquences de cette modification législative, la chambre sociale décide de revenir sur sa jurisprudence antérieure et affirme que toutes les décisions visant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale sont désormais susceptibles d'appel. Cette décision met fin à une complexité procédurale que beaucoup d'auteurs et de juges du fond avaient soulignée.

Conformément aux exigences de la Cour de justice de l'Union européenne, le présent arrêt explique les motifs de ce revirement de jurisprudence.

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Régularité – Contestation – Délai – Délai prévu pour contester la régularité de l'élection – Applicabilité – Exclusion – Cas – Contestation ne portant que la prétention d'un syndicat à la qualité de syndicat représentatif – Condition Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-25.429, Bull. 2012, V, n° 39

La contestation de la représentativité d'une organisation syndicale devant le tribunal d'instance hors contentieux du déroulement du scrutin n'est pas soumise au délai de forclusion de quinze jours; voir le commentaire en rubrique 6 – a – Élections, représentativité, représentants syndicaux : mise en œuvre de la loi du 20 août 2008.

Prud'hommes – Procédure – Préliminaire de conciliation – Clause du contrat instituant un préalable de conciliation – Mise en œuvre – Obligation (non) – Effets – Saisine directe du juge prud'homal – Possibilité – Portée Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-20.004, en cours de publication

Par un arrêt rendu en chambre mixte le 14 février 2003 (pourvoi n° 00-19.423, Bull. 2003, Ch. mixte, n° 1), la Cour de cassation a posé le principe selon lequel une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge est licite, son non-respect constituant une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent.

Le commentaire de cet arrêt au *Rapport annuel* 2003 (p. 473) révélait les raisons ayant conduit à l'adoption de cette solution, qui fait prévaloir la force obligatoire du contrat et le souci de favoriser le règlement amiable des litiges, mais concluait « qu'il restera à dire si la validité de principe de la clause de conciliation préalable ainsi reconvenue s'applique en toute matière ».

Cette question devait nécessairement se poser pour les procédures prud'homales, compte tenu de la spécificité de la matière traitée, mais aussi de la procédure applicable devant les conseils de prud'hommes. En effet, le droit du travail est un droit qui, tenant compte du déséquilibre existant entre les parties au contrat, comporte des règles impératives de protection de la partie la plus faible. Or, ce déséquilibre existant dès la conclusion du contrat, il est à craindre que les clauses de conciliation préalable obligatoire qui pourraient y être stipulées ne soient pas librement consenties par le salarié, de même que le choix du ou des conciliateur(s) soit dicté par le seul employeur. En l'absence de garantie quant à la façon dont pourrait se dérouler la phase de conciliation amiable, notamment quant à l'assistance du salarié, il existe un risque que celui-ci renonce à ses droits sans en être pleinement informé. C'est précisément pour éviter un tel écueil que, par exemple, les ruptures conventionnelles prévues aux articles L. 1237-11 et suivants du code du travail sont entourées de modalités spécifiques et que la transaction n'est possible qu'une fois le contrat de travail rompu.

Mais le fond du droit n'est pas la seule raison qui conduit à adopter une solution particulière pour le règlement des différends survenant à l'occasion d'un contrat de travail. L'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire prévue à l'article L. 1411-1 du code du travail ménage déjà la possibilité de rapprocher les parties. Chaque section comporte un bureau de conciliation composé de façon paritaire. Admettre que les parties soient tenues de se soumettre à une

autre tentative de conciliation reviendrait, en cas d'échec de celle-ci, à voir se succéder deux phases de conciliation avant de pouvoir accéder au juge. Le délai qui s'écoulerait ainsi pourrait ne plus être raisonnable, surtout pour les contentieux qui présentent très souvent un caractère alimentaire.

Dans l'arrêt ici commenté, la chambre sociale considère donc que si une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable n'est pas nulle et que les parties ont le choix de la mettre en œuvre, elle ne peut néanmoins pas leur interdire de saisir directement le juge prud'homal de leur différend survenant à l'occasion du contrat.

C. Droit immobilier, environnement et urbanisme

1. Bail

Bail commercial – Prix – Fixation du loyer du bail renouvelé – Intérêts – Point de départ – Détermination

3^e Civ., 3 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.177, Bull. 2012, III, n° 136

À compter de quelle date doivent courir les intérêts sur les rappels de loyers fixés dans le cadre d'une procédure en fixation du prix du bail renouvelé ?

Depuis un arrêt du 23 mars 1988 (pourvoi n° 86-18-067, *Bull.* 1988, III, n° 62), le point de départ des intérêts dus sur la différence entre le nouveau loyer et le loyer provisionnel était fixé, en application de l'article 1155 du code civil, à la « date d'effet du renouvellement [du bail commercial] et au fur et à mesure des échéances mensuelles ».

Antérieurement à cet arrêt, la Cour de cassation faisait partir le cours des intérêts du jour de la demande en fixation du nouveau loyer, par le seul effet de la loi (3^e Civ., 20 mars 1969, pourvoi n° 66-13.915, *Bull.* 1969, III, n° 254).

Le présent arrêt marque un retour à la jurisprudence antérieure à 1988, en décidant que les intérêts moratoires attachés aux loyers courent du jour de la demande en fixation du nouveau loyer, par le seul effet de la loi.

2. Environnement

Protection de la nature et de l'environnement – Déchets – Élimination des déchets et récupération des matériaux – Responsabilité des producteurs ou détenteurs de déchets – Obligation de remise en état – Propriétaire du terrain – Conditions – Détermination

3^e Civ., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-10.478, Bull. 2012, III, n° 108

Il résulte de l'article L. 541-2 du code de l'environnement que tout producteur ou détenteur de déchets est tenu d'en assurer ou d'en faire assurer la gestion jusqu'à leur élimination ou valorisation finale. L'article L. 541-3 du même code édicte les différentes

mesures qui permettent à l'autorité de police compétente de contraindre le producteur ou détenteur de déchets à satisfaire à l'obligation de leur élimination.

En l'espèce, l'exploitant d'une activité de conditionnement et de négoce de produits chimiques, conduite sur un terrain pris à bail, avait fait l'objet d'une mesure de liquidation judiciaire. Il avait restitué les lieux aux propriétaires en y abandonnant des déchets.

Le préfet avait entendu imposer à ces propriétaires l'obligation de réhabiliter les lieux, mais son arrêté avait été annulé par le tribunal administratif. Le préfet avait alors confié à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) le soin d'éliminer ces déchets. Après y avoir procédé, l'ADEME avait assigné les propriétaires du terrain, pris en leur qualité de détenteurs des déchets, en remboursement du coût de ces travaux.

La question posée était donc celle de savoir si, en l'absence de tout autre responsable, le propriétaire d'un terrain où des déchets ont été abandonnés, est, à ce seul titre de propriétaire, tenu de l'obligation de les éliminer.

Aux termes de l'article L. 541-1-1 du code de l'environnement, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2010-1579 du 17 décembre 2010, est détenteur de déchets le producteur des déchets ou toute autre personne qui se trouve en possession des déchets.

La directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives définit le détenteur des déchets comme la personne physique ou morale qui a les déchets en sa possession. La directive 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975 relative aux déchets, applicable en la cause compte tenu de la date des faits, donnait une définition identique du détenteur des déchets. Il en résulte que le détenteur des déchets peut être une personne distincte du producteur ou propriétaire des déchets.

L'arrêt retient que, pour l'application de la législation sur les déchets, la notion de détenteur doit être comprise dans un sens usuel, concret et matériel. En l'absence de tout autre responsable, la qualité de propriétaire du terrain où des déchets ont été abandonnés confère celle de détenteur de ces déchets. Le propriétaire est dès lors présumé tenu de l'obligation d'éliminer les déchets.

Néanmoins, l'arrêt retient encore que cette présomption cède si le propriétaire établit n'avoir pas, par négligence ou complaisance, favorisé ou permis le fait de l'abandon des déchets. En l'espèce, il résultait des constatations des juges du fond que cette démonstration était faite.

La position de la Cour de cassation rejoint la doctrine du Conseil d'État (CE, 26 juillet 2011, n° 328651, commune de Palais-sur-Vienne).

3. Propriété

Propriété – Droit de propriété – Titulaire – Prérogatives – Constitution d'un droit réel – Droit conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale du bien
3^e Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-16.304, Bull. 2012, III, n° 159

Peut-on créer par convention d'autres droits réels que ceux qui sont prévus par la loi ?

Depuis l'arrêt «Caquelard» (Req. 13 février 1834, S. 1834, 1, p. 205 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 65) qui avait énoncé que «ni [les articles 544, 546 et 552 du code civil], ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible», la Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion de répondre clairement à cette question, toujours discutée en doctrine.

Sans doute, en retenant la qualification de «droit de superficie» (3^e Civ., 6 mars 1991, pourvoi n° 89-17.786, *Bull.* 1991, III, n° 84) pour un droit d'usage sur une parcelle de terrain consenti sans limitation de durée à une commune, en admettant l'existence d'un droit de jouissance exclusif et perpétuel sur une partie commune d'un immeuble en copropriété (3^e Civ., 4 mars 1992, pourvoi n° 90-13.145, *Bull.* 1992, III, n° 73), en affirmant que «si le seul droit de jouissance exclusif sur un ou plusieurs emplacements de stationnement ne conférerait pas la qualité de copropriétaire, son titulaire bénéficierait néanmoins d'un droit réel et perpétuel» (3^e Civ., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-20.310, *Bull.* 2009, III, n° 266), ou encore en énonçant, plus récemment, le caractère perpétuel et imprescriptible du «droit de crû et à croître [droit permettant d'exploiter une certaine quantité de bois sur une parcelle forestière appartenant à un tiers]» (3^e Civ., 23 mai 2012, pourvoi n° 11-13.202, *Bull.* 2012, III, n° 84), la troisième chambre civile avait-elle reconnu l'existence de droits réels *sui generis*.

Son arrêt du 31 octobre 2012 est, cette fois, explicite.

Les données de l'espèce étaient les suivantes :

Par acte notarié des 7 avril et 30 juin 1932, la fondation «La Maison de Poésie» avait vendu à la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) un hôtel particulier avec jardin, étant précisé dans l'acte que «n' [était] toutefois pas comprise dans la présente vente et en [était] au contraire formellement exclue, la jouissance ou l'occupation par la Maison de Poésie et par elle seule des locaux où elle [était] installée actuellement et qui [dépendaient] dudit immeuble».

Ces locaux y étaient définis comme étant constitués, entre autres, du 2^e étage, et il était mentionné à l'acte (p. 28) que, «au cas où la SACD le jugerait nécessaire, elle aurait le droit de demander que le deuxième étage et autres locaux occupés par la Maison de Poésie soient mis à sa disposition, à charge par elle d'édifier dans la propriété présentement vendue et de mettre gratuitement à la disposition de la Maison de Poésie et pour toute la durée de la fondation, une construction de même importance, qualité, cube et surface pour surface» et, (p. 29) «en conséquence de tout ce qui précède, la Maison de Poésie ne sera appelée à quitter les locaux qu'elle occupe actuellement que lorsque les locaux de remplacement seront complètement aménagés et prêts à recevoir les meubles, livres et objets d'art et tous accessoires utiles à son fonctionnement, nouveaux locaux qu'elle occupera gratuitement et pendant toute son existence».

Le 7 mai 2007, la SACD avait assigné la Maison de Poésie afin de voir constater qu'au visa des articles 619 et 625 du code civil, le droit de jouissance et d'occupation de la Maison de Poésie avait pris fin, se voir donner acte de sa volonté de mettre fin à la convention de droit de jouissance et d'occupation, déclarer la Maison de Poésie occupante sans droit ni titre et ordonner son expulsion.

Pour accueillir les demandes, la cour d'appel de Paris, par l'arrêt attaqué, a dit que le droit concédé à la Maison de Poésie par l'acte de vente des 7 avril et 30 juin 1932

sur les locaux qu'elle occupait était un droit d'usage et d'habitation, tel que défini par l'article 625 du code civil, et que, par application combinée des articles 625 et 619 du code civil, sa durée était fixée à trente ans, la convention des parties ne pouvant déroger à cette règle.

Quelle était la nature de ce droit intitulé « droit de jouissance et d'occupation du 2^e étage » où la Maison de Poésie était installée lorsqu'elle avait vendu l'immeuble en 1932, et que les parties étaient expressément convenues d'exclure de la vente ?

Les juges du fond avaient tenté de le faire entrer dans une des catégories de droits réels prévues par la loi. Après avoir écarté l'hypothèse d'une vente partielle d'où il résulterait une propriété partagée, ou celle de la création d'un régime proche de la copropriété, ils ont retenu qu'il ne pouvait s'agir que d'un « droit d'usage et d'habitation » tel que défini à l'article 625 du code civil et que, s'agissant d'un droit accordé à une personne morale, sa durée était nécessairement temporaire et limitée à trente ans, la convention des parties ne pouvant déroger à cette règle.

Ce raisonnement est censuré par la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui, au visa des articles 544 et 1134 du code civil, pose pour principe 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 ».

Dans la lignée de la jurisprudence « Caquelard », cet arrêt reconnaît aux contractants le pouvoir de créer des droits réels originaux, sous réserve de respecter les règles d'ordre public.

4. SAFER

Société d'aménagement foncier et d'établissement rural – Liquidation judiciaire – Actif – Immeuble – Cession – Vente de gré à gré autorisée par le juge-commissaire – Droit de préemption de la SAFER – Conditions – Respect des prix et conditions déterminés par le juge-commissaire – Nécessité

3^e Civ., 19 septembre 2012, pourvoi n° 10-21.858, Bull. 2012, III, n° 129

Par cet arrêt la troisième chambre civile de la Cour de cassation se prononce sur l'articulation du droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) avec le droit des procédures collectives.

Le droit de préemption des SAFER est exclu à l'égard des biens compris dans un plan de cession totale ou partielle intervenant dans le cadre d'un redressement judiciaire, d'un plan de sauvegarde (article L. 626-1 du code de commerce) et, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, d'une liquidation judiciaire (article L. 642-5 du code de commerce).

Il garde cependant un domaine résiduel lorsque le juge-commissaire autorise la vente de gré à gré de certains biens, comme le prévoit l'article L. 642-18 du code de commerce (ancien article L. 622-16, dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2006), ce que rappelle la jurisprudence (Com., 15 octobre 2002, pourvoi n° 98-21.669, *Bull.* 2002, IV, n° 144; Com., 18 mars 2003, pourvoi n° 99-20.122).

Dans la présente espèce, le juge-commissaire avait ordonné, moyennant un certain prix, la cession de gré à gré de parcelles appartenant à un couple d'agriculteurs placés en liquidation judiciaire. La SAFER, comme elle en avait le droit, avait préempté, mais en offrant un prix nettement inférieur, en application des dispositions de l'article L. 143-10 du code rural et de la pêche maritime qui prévoit que, lorsque la SAFER estime que «le prix et les conditions d'aliénation [du bien mis en vente] sont exagérées [...], elle adresse au notaire du vendeur, après accord des commissaires du gouvernement, une offre d'achat établie à ses propres conditions». Le second alinéa de ce texte prévoit qu'en pareille hypothèse le vendeur a trois solutions : accepter l'offre ; retirer le bien de la vente ; demander la révision du prix «au tribunal compétent de l'ordre judiciaire qui se prononce dans les conditions prescrites par l'article L. 412-7 [du code rural]».

La réponse à la question de l'applicabilité de ces dispositions dans l'hypothèse d'une vente de gré à gré ordonnée par le juge-commissaire dans le cadre d'une liquidation judiciaire ne pouvait venir, ni de la nature des droits en cause – le droit de préemption des SAFER, comme celui des procédures collectives, étant d'ordre public – ni des textes, muets sur ce point.

La troisième chambre s'est fondée sur les caractéristiques propres à la vente de gré à gré d'un bien compris dans l'actif du débiteur : cette vente, même si elle n'est réalisée que par l'accomplissement d'actes postérieurs à la décision du juge-commissaire qui l'autorise, «n'en est pas moins parfaite dès l'ordonnance, sous la condition suspensive que la décision acquière force de chose jugée» (Com., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-15.062, *Bull.* 2005, IV, n° 191). Il en résulte que le cessionnaire ne peut refuser de régulariser la vente en retirant son offre, sauf à agir en résolution de la cession devant le tribunal de la procédure collective (Com., 3 octobre 2000, pourvoi n° 98-10.672, *Bull.* 2000, IV, n° 146). Le juge-commissaire ne peut (sauf erreur ou omission matérielle) modifier son ordonnance sans commettre un excès de pouvoir (Com., 16 mars 1999, pourvoi n° 95-20.982, *Bull.* 1999, IV, n° 65).

Comme le relève Marie-Andrée Rakotovahiny («La cession “amiable” d'actifs dans la liquidation judiciaire : propos sur une certaine institutionnalisation de la vente», *Petites affiches*, 31 janvier 2000, n° 21, p. 4, § 2), en dépit de la terminologie utilisée, dans la vente de gré à gré visée par l'article L. 622-16, devenu L. 642-18 du code de commerce, «le caractère contractuel de la cession de droit commun se réduit à une “peau de chagrin” [...]», et le mécanisme prévu par l'article L. 143-10 du code rural ne peut s'y insérer.

En résumé, la SAFER peut user de son droit de préemption, mais elle ne peut le faire qu'aux conditions, notamment financières, prévues par l'ordonnance du juge-commissaire.

5. SCI

Vente – Promesse de vente – Immeuble – Acquéreur – Faculté de rétractation – Exercice – Conditions – Détermination

3^e Civ., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-18.774, *Bull.* 2012, III, n° 153

Par cet arrêt, la Cour de cassation juge qu'une société civile immobilière (SCI) dont l'objet social est l'acquisition, l'administration et la gestion par location ou autrement de

tous immeubles et biens immobiliers meublés et aménagés et qui acquiert un immeuble en rapport direct avec cet objet social n'est pas un acquéreur non professionnel, de sorte qu'elle ne peut pas bénéficier des dispositions de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation.

L'article L. 271-1, alinéa 1^{er}, du code de la construction et de l'habitation accorde à l'acquéreur non professionnel d'un immeuble à usage d'habitation la possibilité de se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte. Il ne définit cependant pas précisément la notion d'acquéreur non professionnel. La Cour retient l'acception la plus souvent admise par le législateur et la jurisprudence, à savoir qu'est un acquéreur non professionnel celui qui contracte à des fins étrangères à son activité professionnelle.

La question posée par le pourvoi était celle de savoir si les juges du fond pouvaient se référer au seul objet social de la société civile immobilière ou s'ils devaient se livrer à une recherche sur son activité réelle. La réponse donnée à cette question rejoint la solution adoptée par la première chambre civile en matière de crédit immobilier (1^{re} Civ., 11 octobre 1994, pourvoi n° 92-20.563, *Bull.* 1994, I, n° 285 ; 1^{re} Civ., 18 janvier 2005, pourvoi n° 03-16.603).

D. Activités économiques, commerciales et financières

1. Entreprise en difficulté

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Responsabilités et sanctions – Responsabilité des créanciers – Conditions – Concours fautif et cas d'ouverture – Nécessité

Com., 27 mars 2012, pourvoi n° 10-20.077, *Bull.* 2012, IV, n° 68

Cet arrêt était attendu. Il est en effet le premier à se prononcer sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des créanciers en application de l'article L. 650-1 du code de commerce créé par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (article 126).

Placé dans le livre VI du code de commerce « Des difficultés des entreprises », l'article L. 650-1 pose un principe de non-responsabilité du créancier dispensateur de crédit qui apporte son concours à une entreprise en difficulté et assortit de trois dérogations cette protection légale : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées par rapport aux concours consentis.

Destiné à clarifier la situation des créanciers qui apportent leur concours à des entreprises en difficulté et ainsi à favoriser le crédit en limitant les actions en responsabilité, ce texte ne donne cependant pas l'assurance de l'encadrement promis dès lors qu'il laisse subsister une incertitude quant à sa portée, suscitant ainsi de nombreuses interrogations de la doctrine.

Deux conceptions se sont exprimées, l'une faisant des exceptions des cas de responsabilité autonomes, l'autre faisant de ces exceptions des cas de déchéance à la protection légale, nécessitant la démonstration d'une faute préalable dans la distribution du crédit.

Mettant fin à cette controverse, le présent arrêt précise l'esprit du texte et en clarifie le mécanisme.

En l'espèce, le dirigeant d'une société s'était porté caution solidaire, à concurrence de 120 000 euros, d'un prêt de 200 000 euros consenti par une banque à la société, garanti par ailleurs par un nantissement de bons de caisse d'une valeur de 200 000 euros. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque a assigné en paiement la caution. Cette dernière a recherché la responsabilité de la banque sur le fondement de l'article L. 650-1 du code de commerce, en invoquant le caractère disproportionné des garanties exigées au regard du concours octroyé.

Les juges du fond ont rejeté la demande après avoir comparé les engagements souscrits par la caution avec ses revenus et son patrimoine, quand le moyen postulait une comparaison entre le concours octroyé et les garanties exigées.

Dans un attendu de principe, la Cour retient que « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs ».

Relevant qu'il n'était « ni démontré ni même allégué que le soutien financier, pour lequel le cautionnement [du dirigeant de la société] avait été donné, était fautif », la Cour estime que l'arrêt de rejet de la cour d'appel était justifié.

Après avoir adressé aux parties l'avis de l'article 1015 du code de procédure civile, la Cour se prononce ainsi sur la portée de l'article L. 650-1 du code de commerce, sans apprécier la disproportion.

Pour conclure, la mise en œuvre de la responsabilité engagée sur le fondement de l'article L. 650-1 du code de commerce suppose la démonstration de l'existence d'un double fait fautif du dispensateur de crédit : un concours fautif, ainsi qu'une fraude ou une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la prise de garanties disproportionnées par rapport aux concours consentis.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Plan de sauvegarde – Exécution du plan – Résolution – Sort des créanciers – Dispense de déclaration des créances dans la seconde procédure – Domaine – Créance déclarée dans la première procédure mais non encore admise

Avis, 17 septembre 2012, demande n° 12-00.010, Bull. 2012, Avis, n° 8

Tout créancier, qui a déclaré sa créance et qui est soumis à un plan de sauvegarde ou de redressement, peut bénéficier de la dispense de déclaration prévue à l'article L. 626-27 III du code de commerce, peu important que sa créance n'ait pas encore été définitivement admise au passif de la procédure à la date de la résolution du plan.

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Plan de sauvegarde – Exécution du plan – Résolution – Sort des créanciers – Créance

**déclarée au passif de la première procédure mais non encore admise –
Soumission à la procédure de vérification propre à la seconde procédure**
Même avis

Par application de l'article L. 626-27 I du code de commerce, le jugement qui prononce la résolution du plan en cas de constatation de l'état de cessation des paiements au cours de l'exécution de ce plan met fin aux opérations et à la procédure lorsque celle-ci est toujours en cours, de sorte que les créances déjà déclarées au passif de la première procédure collective et qui n'ont pas encore été admises sont soumises à la procédure de vérification et d'admission propre à la seconde.

Voir le commentaire p. 389.

**Société d'aménagement foncier et d'établissement rural – Liquidation judi-
ciaire – Actif – Immeuble – Cession – Vente de gré à gré autorisée par le
juge-commissaire – Droit de préemption de la SAFER – Conditions – Respect
des prix et conditions déterminés par le juge-commissaire – Nécessité**
3^e Civ., 19 septembre 2012, pourvoi n° 10-21.858, Bull. 2012, III, n° 129

La société d'aménagement foncier et d'établissement rural ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L.143-10 du code rural pour modifier les conditions de la vente autorisée par le juge-commissaire dans les conditions de l'article L. 622-16 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005.

Voir le commentaire p. 446.

2. Propriété industrielle

**Propriété industrielle – Brevets d'invention – Droits attachés – Transmission
et perte – Nullité – Effets – Limite – Paiement effectué en exécution d'une
condamnation du chef de contrefaçon devenue irrévocable**

Ass. plén., 17 février 2012, pourvoi n° 10-24.282, Bull. 2012, Ass. plén., n° 2
L'anéantissement rétroactif et absolu d'un brevet par une décision de justice n'est pas de nature à fonder la restitution des sommes payées en exécution d'une condamnation antérieure du chef de contrefaçon devenue irrévocable.

Voir le commentaire p. 374.

3. Transports maritimes

**Transports maritimes – Marchandises – Responsabilité – Action en responsa-
bilité – Action du chargeur contre le transporteur – Prescription annale – Point
de départ – Détermination – Date de la dernière livraison, même irrégulière
– Délivrance de marchandises sur présentation de connaissements falsifiés**
**Transports maritimes – Marchandises – Responsabilité – Action en respon-
sabilité – Action du chargeur contre le transporteur – Prescription annale –
Application – Absence de prise en charge des marchandises pendant plus**

d'un an – Connaissance des risques par le chargeur, exportateur professionnel – Impossibilité d'agir (non) – Action prescrite

Transports maritimes – Marchandises – Responsabilité – Action en responsabilité – Action du chargeur contre le transporteur – Prescription annale – Application – Dol commis par le transporteur maritime – Cause de déchéance de la prescription annale – Exclusion

Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-27.146, *Bull.* 2012, IV, n° 82

Sauf convention contraire, le transporteur maritime ne peut livrer la marchandise que sur présentation de l'original du connaissement, même lorsque celui-ci est à personne dénommée et dépourvu de mention à ordre (*Com.*, 19 juin 2007, pourvoi n° 05-19.646, *Bull.* 2007, IV, n° 171).

Ainsi, en cas de livraison irrégulière faite sans remise du connaissement, la lettre par laquelle son signataire garantit le transporteur maritime, ou le consignataire du navire, des conséquences dommageables pour eux d'une telle livraison, consacre un engagement indépendant du contrat de transport. Il en résulte que l'action exercée sur le fondement exclusif d'une telle lettre de garantie, par son bénéficiaire, à l'encontre du signataire, est soumise non à la prescription annale du droit des transports, mais à la prescription commerciale de droit commun (*Com.*, 17 juin 1997, pourvoi n° 95-13.895, *Bull.* 1997, IV, n° 196).

Un assouplissement à ces règles a consisté à appliquer la prescription annale à l'action dirigée par un chargeur qui avait autorisé un transporteur maritime à délivrer la marchandise au destinataire avec l'exigence d'une lettre de garantie bancaire mais sans la production du connaissement original (*Com.*, 22 mai 2007, pourvoi n° 06-13.059, *Bull.* 2007, IV, n° 142).

Le présent arrêt confirme cette solution pour l'étendre à l'hypothèse de la livraison irrégulière d'une marchandise à un destinataire ayant falsifié des connaissements à ordre, tout en apportant certaines précisions quant à l'interprétation de la Convention internationale de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement du 25 août 1924.

Tout d'abord, l'arrêt reprend la solution dégagée en droit interne, selon laquelle il résulte de l'article 32 de la loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes (actuel article L. 5422-18 du code des transports) que l'action contre le transporteur qui a pour fondement le contrat de transport maritime se prescrit par un an (*Com.*, 22 mai 2007, précité), pour l'appliquer au transport maritime international soumis à la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 dans le cas d'une livraison faite au vu de documents ayant toutes les apparences de connaissements.

Ensuite, l'arrêt vient préciser la notion de livraison, au sens de l'article 3 § 6 de la Convention de Bruxelles précitée, dans l'hypothèse d'une livraison au destinataire au vu de connaissements falsifiés. En réaffirmant le caractère matériel de la livraison, ainsi qu'il avait déjà été jugé en matière de transport interne maritime (*Com.*, 19 mars 1996, pourvoi n° 94-15.628, *Bull.* 1996, IV, n° 92), et terrestre (*Com.*, 11 juin 2003, pourvoi n° 01-15.663, *Bull.* 2003, IV, n° 98), c'est-à-dire la remise de la marchandise au destinataire par la prise de possession effective faite par ce dernier qui est en mesure de vérifier la marchandise, la solution s'attache à ne pas scinder le sort de la marchandise de

celui du point de départ de l'action en responsabilité du transporteur maritime international abusé par de faux connaissements. Décider autrement aurait conduit à exposer celui-ci, dont le juge du fond avait par ailleurs constaté les diligences, au risque d'une action en responsabilité dont le point de départ, constitué par la livraison, n'aurait jamais commencé à courir.

Enfin, l'arrêt vient préciser que, sous le régime de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, le dol du transporteur maritime, qui d'ailleurs n'a pas été retenu par les juges du fond, dans l'exécution du contrat de transport, ne lui interdit pas de se prévaloir de la courte prescription instituée par l'article 3 § 6 de cette convention. En effet, à la différence des conventions régissant les transports internationaux ferroviaires (Convention de Berne comprenant les Règles uniformes CIM du 9 mai 1980) ou le contrat de transport international de marchandise par route (Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR), la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 ne prévoit pas un allongement de la durée de la prescription abrégée en cas de faute lourde commise par le transporteur maritime international.

E. Responsabilité civile, assurances et sécurité sociale

1. Accident de la circulation

Accident de la circulation – Loi du 5 juillet 1985 – Domaine d'application – Cascade réalisée durant le tournage d'un film à l'aide d'un véhicule terrestre à moteur – Dommages subis par les spectateurs – Portée

2^e Civ., 14 juin 2012, pourvois n° 11-15.642 et n° 11-13.347, Bull. 2012, II, n° 105

Dans un arrêt précédemment publié au *Rapport annuel* (2^e Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.947, *Bull.* 2010, II, n° 176, *Rapport annuel* 2010, p. 394), la deuxième chambre civile a jugé que la victime d'un dommage causé par une chose pouvait invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, à l'encontre du gardien de la chose instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques. Dans cette affaire, la victime, qui pilotait une motocyclette au cours d'une séance d'entraînement sur un circuit fermé, avait été heurtée par la motocyclette d'un autre compétiteur.

Par cette décision, la Cour de cassation a modifié les conséquences habituellement tirées de l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, à l'indemnisation des blessures subies par un pilote automobile (ou motocycliste) au cours d'une compétition sportive, qui justifient l'exclusion 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 en pareil cas.

Cependant, la jurisprudence selon laquelle l'accident survenu entre les compétiteurs d'un rallye automobile n'est pas un accident de la circulation, l'idée de manifestation sportive excluant le « fait de circulation » (2^e Civ., 4 janvier 2006, pourvoi n° 04-14.841,

Bull. 2006, II, n° 1 ; 2^e Civ., 19 juin 2003, pourvoi n° 00-22.330, *Bull.* 2003, II, n° 197), n'a pas été remise en cause.

La Cour de cassation maintient cependant, au prix d'une différence de traitement, l'application de la loi du 5 juillet 1985 aux accidents impliquant le véhicule d'un compétiteur et un spectateur pour l'indemnisation des blessures subies par ce dernier (2^e Civ., 10 mars 1988, pourvoi n° 87-11.087, *Bull.* 1988, II, n° 59 ; 2^e Civ., 13 janvier 1988, pourvoi n° 84-16.561, *Bull.* 1988, II, n° 11).

La deuxième chambre civile s'est inspirée de ces solutions pour rechercher le fondement juridique de l'indemnisation des dommages survenus dans la situation inédite de tournage d'un film mettant en scène un exercice de cascade avec des véhicules automobiles.

L'arrêt est muet sur le fondement de l'indemnisation d'éventuelles blessures subies par les protagonistes de la cascade (qui, en l'espèce, n'ont pas été blessés). Il affirme en revanche que la loi du 5 juillet 1985 s'applique à l'indemnisation des dommages corporels subis par le caméraman, décédé dans l'accident, et les assistants. Cette solution n'a pas, en l'espèce, pour vocation de régir le cas de ces victimes directes spectateurs, qui n'étaient pas parties à l'instance, mais elle est nécessaire pour affirmer que la loi du 5 juillet 1985 régit aussi les dommages causés aux victimes par ricochet.

En l'espèce, la victime par ricochet est le producteur du film, à qui l'accident a causé un préjudice matériel lié au retard pris dans le tournage. L'applicabilité de la loi Badinter à l'indemnisation de ces dommages justifie le recours de l'assureur du producteur ayant indemnisé son assuré contre les assureurs du véhicule, dans les termes du recours en contribution après application de la loi du 5 juillet 1985.

2. Fonds d'indemnisation

Indemnisation des victimes d'infraction – Infraction – Article 706-3 du code de procédure pénale – Domaine d'application – Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse

2^e Civ., 8 mars 2012, pourvoi n° 11-13.832, Bull. 2012, II, n° 43

Depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, prévu et réprimé par l'article 223-15-2 du code pénal, figure dans le livre II « Des crimes et délits contre les personnes », titre II, chapitre III « De la mise en danger de la personne », et non plus dans le livre III « Des crimes et délits contre les biens ».

Par le changement de qualification juridique qu'il opère ainsi, mais aussi par l'extension du champ d'incrimination et l'aggravation des sanctions, le législateur de 2001 a entendu renforcer la protection de victimes particulièrement vulnérables (en raison de l'âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, ou encore d'une sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer le jugement).

Mais, paradoxalement, ces victimes vont se trouver confrontées à la délicate question, posée par le présent pourvoi, de la prise en charge de leur indemnisation par le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) au titre de la solidarité nationale, notamment lorsque l'auteur des faits est inconnu ou insolvable, l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse relevant désormais de l'article 706-3 du code de procédure pénale.

Cet article dispose que, sous certaines conditions légalement fixées : « 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 [...] ». Or, la Cour de cassation a affirmé que l'article 706-3 du code de procédure pénale n'ouvre droit à réparation intégrale que des seuls dommages résultant des atteintes à la personne, c'est-à-dire du seul préjudice corporel, et que « la réparation du préjudice matériel n'entre pas dans les prévisions » de ce texte (2^e Civ., 18 juin 1997, pourvoi n° 95-11.192, *Bull.* 1997, II, n° 194).

En revanche, les victimes de certaines atteintes aux biens sont indemnisées de leur préjudice matériel au titre de l'article 706-14 du code de procédure pénale.

En conséquence, la victime d'une atteinte à la personne, dont le préjudice entre dans le champ d'application de l'article 706-3 du code de procédure pénale, ne peut obtenir la réparation 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; 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).

Certes, la deuxième chambre civile a affirmé, au visa des articles 706-3 du code de procédure pénale et 1382 du code civil, ainsi que du principe selon lequel la victime d'une infraction peut obtenir réparation intégrale des dommages qui résultent des atteintes à la personne, que cette victime est bien fondée à obtenir de la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) une indemnisation de son dommage, incluant, en plus de celui résultant d'une incapacité permanente partielle, un préjudice économique né de la diminution de ses revenus professionnels depuis l'agression dont elle a été victime (2^e Civ., 2 mars 1994, pourvoi n° 92-14.906, *Bull.* 1994, II, n° 82). Mais ce préjudice économique relève bien des postes du préjudice corporel, tels que retenus par la nomenclature des préjudices corporels de la commission Dintilhac.

Si la prohibition de la réparation par le FGTI du préjudice matériel subi par la victime d'une atteinte à la personne se justifie pour des dommages matériels légers, devait-elle être maintenue lorsque l'infraction consiste précisément à profiter de la vulnérabilité de la victime pour la déposséder de tout ou partie de sa fortune, ce qui est le cas des actes réprimés par l'article 223-15-2 du code pénal, qu'une réforme législative récente entend sanctionner de façon plus sévère ?

Par le présent arrêt, la deuxième chambre civile réaffirme une interprétation littérale du texte législatif en limitant, conformément à la jurisprudence constante susvisée, l'indemnisation des victimes de faits présentant le caractère matériel de l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse. Cet arrêt de rejet approuve la cour d'appel d'avoir débouté la victime, qui avait remis des sommes

importantes à l'auteur de l'abus frauduleux d'une « influencabilité due à un syndrome dépressif », de sa demande de réparation du préjudice financier subi du fait de la perte de ce patrimoine.

En l'absence de modification législative, les victimes de telles atteintes graves à la personne ne pourront voir indemnisé par le FGTI le préjudice matériel subi (2^e Civ., 26 septembre 2002, pourvoi n° 01-02.767, *Bull.* 2002, II, n° 194; 2^e Civ., 6 juin 2002, pourvoi n° 00-21.219, *Bull.* 2002, II, n° 119), souvent important, tout comme les victimes d'une corruption de mineur (2^e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-19.501), alors même que le législateur a étendu, en 2008, le bénéfice de l'article 706-14 du code de procédure pénale aux victimes... de la destruction de leur véhicule par incendie.

3. Sécurité sociale

Pouvoirs des juges – sécurité sociale – Assujettissement – Ministres des cultes et membres des congrégations et collectivités religieuses – Portée
2^e Civ., 20 janvier 2012, pourvois n° 10-24.615 et n° 10-24.603, *Bull.* 2012, II, n° 14
2^e Civ., 20 janvier 2012, pourvois n° 10-26.845 et n° 10-26.873, *Bull.* 2012, II, n° 15

Au cours des dernières années, de nombreuses personnes, qui avaient, antérieurement au 1^{er} janvier 1979, passé plusieurs années de formation, les hommes dans un grand séminaire avant d'être ordonnés prêtres, les femmes comme novices ou postulantes au sein d'une congrégation avant de prononcer leurs vœux, puis qui avaient ultérieurement quitté l'état religieux, ont réclamé à la caisse d'assurance-vieillesse invalidité et maladie des cultes (la caisse) la prise en compte, dans le calcul de leur pension de retraite, de cette période de formation.

Cette caisse leur a opposé les stipulations du règlement intérieur des prestations adopté par son conseil d'administration le 22 juin 1989, approuvé par l'autorité de tutelles le 24 juillet et publié au *Journal officiel* le 3 août suivant, dont l'article 1.23 précise qu'en ce qui concerne le culte catholique, la date d'entrée en ministère est la date de tonsure si celle-ci a eu lieu avant le 1^{er} janvier 1973 ou la date de diaconat si celui-ci a été conféré après le 1^{er} janvier 1973. Depuis le 1^{er} octobre 1988, c'est la date du premier engagement qui sera retenue. La date d'entrée en vie religieuse est fixée à la date de la première profession ou de premiers vœux.

Issu de la loi n° 78-4 du 2 janvier 1978 relative aux régimes d'assurances sociales applicables aux ministres des cultes et membres des congrégations et collectivités religieuses et du décret n° 79-607 du 3 juillet 1979, le régime d'assurance vieillesse prévoyait la prise en compte, pour l'ouverture du droit à pension et le calcul de cette pension, de trimestres gratuits, n'ayant pas donné lieu au versement de cotisations, correspondant aux périodes d'exercice d'activité en qualité de ministre d'un culte ou de membre d'une congrégation ou collectivité religieuse antérieurement au 1^{er} janvier 1979.

L'article D. 721-11 du code de la sécurité sociale, tel qu'il était en vigueur au 31 décembre 1997 (il a été abrogé par le décret n° 98-491 du 17 juin 1998), disposait que : « Sous réserve qu'à la date d'entrée en jouissance de la pension l'assuré soit à jour

de ses cotisations personnelles, sont prises en compte pour l'ouverture du droit et le calcul de la pension, les périodes d'exercice d'activités mentionnées à l'article L. 721-1 accomplies antérieurement au 1^{er} janvier 1979 en qualité de ministre d'un culte ou de membre d'une congrégation ou collectivité religieuse, en France métropolitaine et dans les départements mentionnés à l'article L. 751-1, lorsque ces périodes ne sont pas validées par un autre régime obligatoire d'assurance vieillesse de base».

L'ancien article L. 721-1 du code de la sécurité sociale (abrogé par la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005, actuel article L. 382-15), disposait pour sa part que : «Les ministres des cultes et les membres des congrégations et collectivités religieuses qui ne relèvent pas, à titre obligatoire, d'un autre régime de sécurité sociale sont garantis contre le risque vieillesse dans les conditions fixées par les dispositions du présent chapitre.

L'affiliation est prononcée par l'organisme de sécurité sociale mis en place par l'article L. 721-2, s'il y a lieu après consultation d'une commission consultative instituée auprès de l'autorité compétente de l'État, comprenant notamment des représentants de l'administration et des personnalités choisies en raison de leur compétence, compte tenu de la diversité des cultes concernés».

Plusieurs cours d'appel ayant accueilli les recours formés par ces assurés et validé les trimestres effectués comme novices ou séminaristes en vue de la liquidation de leur pension de retraite, la caisse et les congrégations ou associations diocésaines dont avaient relevé ceux-ci ont formé des pourvois faisant, notamment, grief aux juges du fond d'avoir, d'une part, porté atteinte aux principes de la séparation des Églises et de l'État et de la liberté de religion, d'autre part, méconnu le règlement intérieur des prestations de la caisse et jugé, à tort, celui-ci illégal.

Les pourvois ayant donné lieu aux deux présents arrêts ont permis à la deuxième chambre civile de préciser et de compléter sa jurisprudence initiée par l'arrêt rendu le 22 octobre 2009 (2^e Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-13.656, *Bull.* 2009, II, n° 251).

En réponse au moyen selon lequel la caisse a seule qualité pour décider de l'affiliation d'un assuré en qualité de ministre du culte ou de membre d'une congrégation ou collectivité religieuse, les arrêts du 20 janvier 2012 reprennent un attendu de principe du même type que celui figurant dans l'arrêt du 22 octobre 2009, fondé sur l'autonomie du droit de la sécurité sociale, le caractère civil et non religieux de l'obligation d'affiliation et le fait que l'affiliation d'un ecclésiastique ne peut pas plus dépendre de règles établies par la congrégation religieuse dont il relève que l'affiliation d'un salarié ne dépend de règles qui seraient fixées par son employeur.

S'agissant du règlement intérieur, la situation juridique s'est transformée puisque, par sa décision du 16 novembre 2011 (n° 339582), le Conseil d'État a déclaré qu'il était entaché d'illégalité. Il n'était, dès lors, plus besoin de rappeler que ce règlement n'avait été approuvé par arrêté ministériel que le 24 juillet 1989, postérieurement à la période litigieuse, et n'était donc pas opposable à l'assuré.

Plus nouvelle, à tout le moins plus complète, est la réponse aux moyens fondés sur la violation des articles L. 721-1 et D. 721-11 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable au litige, et portant sur la notion «d'exercice d'activité en tant que ministre du culte ou de membre d'une congrégation ou collectivité religieuse», dont il était soutenu qu'elle ne pouvait être assimilée à l'activité d'un séminariste ou d'une novice.

La deuxième chambre considère qu'à partir du moment où était rappelé, dans ce domaine spécifique, le principe général de l'office du juge judiciaire en matière d'assujettissement aux régimes de sécurité sociale, il importe, d'une part, de proposer une définition générale de l'activité de l'assuré pendant sa période de formation religieuse, d'autre part, de contrôler que le juge a constaté que, dans chaque cas d'espèce, des éléments de fait prouvent que l'assuré a réellement exercé une telle activité.

La définition générale retenue est celle d'un engagement religieux de l'intéressé devant se manifester, notamment, par un mode de vie en communauté et par une activité essentiellement exercée au service de sa religion.

Chaque décision de rejet des pourvois constate que les juges du fond ont relevé plusieurs éléments de fait caractérisant un tel engagement, par exemple, s'astreindre à «un mode de vie communautaire imposé, dès leur entrée, à chacun de ses membres, réunis par une volonté commune d'approfondissement d'une croyance et d'une spiritualité partagées en vue d'exercer un ministère sacerdotal», ou encore «s'être trouvée dans une situation équivalente à celle d'une professe ayant prononcé ses premiers vœux, à savoir une situation de soumission et de dépendance à l'autorité congrégationniste, s'obligeant à la pratique effective des vœux dès avant leur prononcé et participant aux activités notamment religieuses de celle-ci en contrepartie de la prise en charge de tous ses besoins, notamment matériels [...]», avoir ensuite pris l'habit «qui sera porté tout au long de la période du noviciat, cette période étant consacrée à la formation spirituelle, à la connaissance de la règle, à la pratique des exercices communs de la congrégation».

Ensuite, chaque décision retient que les juges du fond, appréciant souverainement la valeur et la portée des preuves qui caractérisent l'engagement religieux de l'intéressé, en ont exactement déduit que, dès son entrée au grand séminaire ou dans une congrégation, il ou elle devait être considéré comme membre d'une congrégation ou collectivité religieuse au sens de l'article L. 721-1 (actuel article L. 382-15) du code de la sécurité sociale, de sorte que la période litigieuse devait être prise en compte dans le calcul de ses droits à pension.

L'exigence d'une suffisante motivation quant aux faits caractérisant cette activité religieuse est mise en évidence – *a contrario* – par la cassation pour manque de base légale prononcée dans un des litiges soumis, à la même période, à la deuxième chambre (2^e Civ., 26 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.605) : «Attendu que pour dire que doivent être validés douze trimestres supplémentaires au titre de la période du 1^{er} septembre 1965 au 31 août 1968, l'arrêt retient qu'il n'est pas contesté que Mme X... a été admise chez les Sœurs de la Charité de Besançon le 14 septembre 1965 ; qu'elle est devenue à compter de cette date membre à part entière de l'ensemble organisé que constitue cette congrégation ; Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs insuffisants à caractériser un engagement religieux de l'intéressée manifesté, notamment, par un mode de vie en communauté et par une activité essentiellement exercée au service de sa religion, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé».

Les juges du fond doivent donc rechercher si la personne qui réclame le bénéfice de la prise en compte, à titre gratuit, d'une période de formation à la vie religieuse accomplie avant le 1^{er} janvier 1979, avait effectivement et pleinement consacré cette période de sa vie à cette formation.

Sécurité sociale, accident du travail – Faute inexcusable de l'employeur – Effets – Réparation du préjudice – Étendue – Préjudices énumérés à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale – Dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale – Détermination – Portée

Sécurité sociale, accident du travail – Faute inexcusable de l'employeur – Effets – Réparation du préjudice – Réparation versée directement par la caisse – Étendue – Préjudices non énumérés à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale (oui)

2^e Civ., 4 avril 2012, pourvois n° 11-14.311 et n° 11-14.594, Bull. 2012, II, n° 67

2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-15.393, Bull. 2012, II, n° 67

2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-18.014, Bull. 2012, II, n° 67

2^e Civ., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-12.299, Bull. 2012, II, n° 67

Suivant les principes fixés en dernier lieu par la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail, aujourd'hui codifiés aux articles L. 452-1 et suivants du code de la sécurité sociale, le salarié victime d'un accident du travail (au sens étroit du terme) ou d'une maladie professionnelle résultant de la faute inexcusable de l'employeur ou de celui que ce dernier s'est substitué dans la direction du travail peut prétendre, indépendamment des prestations légales en nature (frais médicaux et assimilés, réadaptation fonctionnelle, rééducation professionnelle) et en espèces (indemnités journalières pendant la période d'incapacité temporaire totale, rente accident du travail en cas d'incapacité permanente après consolidation) dues au titre de la couverture du risque par le régime général, d'une part à la majoration de la rente allouée en cas d'incapacité permanente (ou à une indemnité forfaitaire égale au montant du salaire minimum légal en vigueur à la date de la consolidation, lorsque la rente a été attribuée pour une incapacité permanente totale), d'autre part à la réparation de certains chefs de préjudices énumérés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale (souffrances physiques et morales, préjudices esthétique et d'agrément, préjudice résultant de la perte ou de la diminution des possibilités de promotion professionnelle). Les ayants droit de la victime peuvent prétendre, de même, à l'indemnisation de leur préjudice moral. C'est à la caisse primaire d'assurance maladie qu'il revient de faire l'avance à la victime et à ses ayants droit du montant des réparations complémentaires, à charge pour elle d'en récupérer le montant auprès de l'employeur, soit par voie de cotisations complémentaires (majoration de rente ou indemnité forfaitaire), soit directement (réparation des autres chefs de préjudice).

Ces dispositions, qui restreignent les droits de la victime et de ses ayants droit au regard des principes retenus pour l'indemnisation du dommage corporel en droit commun, ont fait l'objet, en 2010, d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cass., QPC, 7 mai 2010, pourvoi n° 09-87.288). S'il a conclu à la conformité à la Constitution tant des règles de prise en charge, au titre du régime légal, des accidents du travail et maladies professionnelles, que du mécanisme d'indemnisation des conséquences de la faute inexcusable par l'intermédiaire des organismes de sécurité sociale, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins énoncé que les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ne sauraient « sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions [les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale],

puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale » (considérant n° 18) et a assorti ainsi la déclaration de conformité de ces dispositions d'une réserve d'interprétation (Cons. const., 18 juin 2010, décision n° 2010-8 QPC, Rec. CC, p. 117).

Il appartenait, dès lors, à la Cour de cassation, de préciser l'exacte portée de la réserve d'interprétation ainsi énoncée s'agissant, plus particulièrement, de l'étendue de la réparation due à la victime et de l'obligation ou non pour la caisse primaire d'assurance maladie de faire l'avance des sommes allouées en réparation de chefs de préjudice autres que ceux énumérés à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale. Tel est l'objet des quatre arrêts rendus, le 4 avril 2012, par la deuxième chambre civile, qui viennent d'ailleurs compléter les solutions retenues par certaines décisions antérieures.

S'agissant de l'étendue de la réparation due à la victime de la faute inexcusable, la deuxième chambre civile prend parti en faveur de la distinction suivante :

– la victime peut prétendre à la réparation des chefs de préjudice qui ne sont pas couverts en application des dispositions du livre IV du code de la sécurité sociale : la deuxième chambre civile avait conclu en ce sens, voici plusieurs mois, s'agissant des frais d'aménagement de son logement et d'acquisition d'un véhicule adapté dont le remboursement était sollicité par une victime demeurée lourdement handicapée à la suite de l'accident imputable à la faute inexcusable de son employeur (2^e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-19.475, *Bull.* 2011, II, n° 148); elle retient une même solution pour le *déficit fonctionnel temporaire* : celui-ci n'est pas couvert, en effet, par les indemnités journalières servies à la victime pendant la période d'incapacité temporaire, lesquelles n'ont d'autre objet que la compensation, d'ailleurs partielle, de la perte de gains professionnels; – en revanche, dès lors qu'un chef de préjudice fait l'objet, *en tout ou partie*, d'une indemnisation en application des dispositions du livre IV du code de la sécurité sociale, au titre, soit des prestations légales du régime, soit de l'indemnisation de la faute inexcusable, il ne peut donner lieu à allocation d'une réparation. Ainsi la deuxième chambre civile en juge-t-elle en l'espèce, s'agissant des *frais médicaux*, normalement couverts par les prestations en nature dues au titre de la couverture légale du risque (pourvoi n° 11-18.014), cette décision s'inscrivant dans le droit-fil de la solution retenue, voici un an, au sujet des *frais funéraires* dont la prise en charge est prévue par le livre IV du code de la sécurité sociale (2^e Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-14.771). Il en va de même du déficit fonctionnel permanent, dans la mesure où la rente accident du travail indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent, de sorte que les dommages inhérents au déficit fonctionnel permanent sont couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale (pourvois n° 11-14.311 et 11-14.394; pourvoi n° 11-15.393).

Cette distinction a conduit la Cour de cassation à modifier sa jurisprudence sur le *préjudice sexuel*. Alors que celui-ci revêt d'ordinaire, notamment dans le cadre de la « nomenclature Dintilhac », le caractère d'un chef de préjudice distinct, la jurisprudence admettait, voici peu encore, qu'il relevait, lorsque l'indemnisation de la victime s'inscrivait dans le cadre de la faute inexcusable de l'employeur, du préjudice d'agrément, expressément mentionné à l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale (voir, en dernier lieu, 2^e Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-14.047, *Bull.* 2010, II, n° 78). La deuxième chambre civile retient désormais que le préjudice sexuel constitue, comme en droit commun, un chef de préjudice distinct du préjudice d'agrément, de sorte qu'il

peut faire l'objet, le cas échéant, d'une indemnisation propre dès lors qu'il n'est pas couvert par le livre IV du code de la sécurité sociale (pourvois n° 11-14.311 et 11-14.594).

La deuxième chambre civile prend également position sur les obligations incombant à l'organisme de sécurité sociale et, plus précisément, sur l'*avance à la victime du montant des indemnités*. Il pouvait être soutenu – telle était naturellement la position des organismes en l'espèce – que le mécanisme de l'avance procédant des dispositions mêmes de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, il ne saurait étendre ses effets aux sommes allouées en réparation de chefs de préjudice non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale. La deuxième chambre civile conclut, à l'inverse, que ces dispositions s'appliquent y compris aux indemnités réparant les préjudices non énumérés par l'article L. 452-3 (pourvois n° 11-14.311 et 11-14.594; pourvoi n° 11-12.299).

On rappellera, pour être complet, que la Cour de cassation a formulé, parmi les suggestions de modifications législatives et réglementaires figurant dans son *Rapport annuel* en 2010, en 2011 (p. 19, p. 21) et dans le présent *Rapport* (p. 42), une proposition de modification des dispositions du code de la sécurité sociale relatives à l'indemnisation de la faute inexcusable de l'employeur à effet d'étendre à l'intégralité du préjudice la réparation due à la victime. Plusieurs propositions de loi ont également été déposées sur ce point sur le bureau des assemblées parlementaires.

F. Procédure civile et organisation des professions

1. Honoraires d'avocat

Avocat – Honoraires – Contestation – Procédure – Article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme – Compatibilité

2^e Civ., 29 mars 2012, pourvoi n° 11-30.013, Bull. 2012, II, n° 60

La procédure instituée par voie réglementaire pour trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de l'examen des contestations du montant et du recouvrement des honoraires des avocats, donne compétence pour en connaître au bâtonnier, avocat élu par ses pairs, tenu, dans l'exercice de l'ensemble des attributions attachées à son mandat électif, au respect des dispositions réglementaires relatives à la déontologie de la profession d'avocat, et dont la décision peut faire l'objet d'un contrôle ultérieur par un magistrat de l'ordre judiciaire présentant les garanties d'indépendance et d'impartialité.

Il s'ensuit que ces dispositions, qui ne méconnaissent ni les exigences du droit à un procès équitable, ni celles du droit de faire examiner sa cause par un juge impartial, ne sont pas contraires à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Voir le commentaire p. 479.

2. Notaire

Officiers publics ou ministériels – Acte authentique – Acte affecté d'un défaut de forme – Prescriptions de l'article 8, devenu 21, du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 – Respect – Défaut – Portée

Ch. mixte, 21 décembre 2012, pourvoi n° 12-15.063, Bull. 2012, Ch. mixte, n° 3

Ch. mixte, 21 décembre 2012, pourvoi n° 11-28.688, Bull. 2012, Ch. mixte, n° 4

L'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique et, partant, son caractère exécutoire.

Voir le commentaire p. 379.

3. Procédure

a. Appel civil

Appel civil – Intimé – Conclusions – Signification – Signification à un co-intimé défaillant – Nécessité – Détermination – Portée

Avis, 2 avril 2012, demandes n° 12-00.002 et n° 12-00.003, Bull. 2012, Avis, n° 2

Un intimé n'est pas tenu de signifier ses conclusions à un co-intimé défaillant à l'encontre duquel il ne formule aucune prétention, sauf en cas d'indivisibilité entre les parties, ou lorsqu'il sollicite confirmation du jugement contenant des dispositions qui lui profitent et qui nuisent au co-intimé défaillant.

Appel civil – Intimé – Conclusions – Signification – Signification à un co-intimé défaillant – Défaut – Sanction – Irrecevabilité des conclusions – Office du juge – Détermination – Portée

Même avis

Le conseiller de la mise en état doit d'office prononcer l'irrecevabilité des conclusions; en cas d'indivisibilité entre les parties, celles-ci peuvent soulever l'irrecevabilité.

Appel civil – Intimé – Conclusions – Signification – Signification à un co-intimé défaillant – Défaut – Sanction – Irrecevabilité des conclusions – Étendue – Détermination – Portée

Même avis

Sauf en cas d'indivisibilité entre les parties, l'irrecevabilité des conclusions, lorsqu'elle est encourue, doit être prononcée à l'égard du seul intimé concerné par le défaut de signification.

Voir le commentaire p. 382.

b. Cassation

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Recevabilité – Conditions – Respect de la procédure de consultation des parties et du ministère public

Avis, 2 avril 2012, demande n° 12-00.001, Bull. 2012, Avis, n° 3

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 de l'arrêt 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. 383.

Cassation – Mémoire – Mémoire du demandeur – Signification – Signification au ministère public, partie principale et défendeur à l'instance en cassation – Délai – Prorogation (non)

1^{re} Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.132, Bull. 2012, I, n° 157

La première chambre civile de la Cour de cassation statue par cet arrêt sur le délai de signification du mémoire ampliatif au procureur général près une cour d'appel, partie principale.

En l'espèce, le demandeur s'était pourvu contre un arrêt dans une instance l'opposant au procureur général près une cour d'appel concernant sa nationalité, puis avait fait déposer au greffe de la Cour de cassation un mémoire ampliatif, dont la signification a été faite plus de quatre mois suivant le pourvoi.

L'article 978, alinéa 1, du code de procédure civile, fait obligation au demandeur en cassation de notifier, dans le délai de quatre mois à compter du pourvoi, un mémoire contenant les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée, qu'il doit remettre au greffe de la Cour de cassation dans le même délai. Par exception à cette règle, il prévoit que, si le défendeur n'a pas constitué avocat, le mémoire doit lui être signifié au plus tard dans le mois suivant l'expiration de ce délai.

Après avoir sollicité la deuxième chambre en application de l'article 1015-1 du code de procédure civile, laquelle, le 22 juin 2012, a émis l'avis que la disposition du premier alinéa de l'article 978 ne s'appliquait pas au ministère public, partie principale et défendeur à l'instance en cassation, la première chambre de la Cour de cassation décide que « la disposition de l'article 978, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, qui prévoit que le délai de signification de quatre mois du mémoire en demande est prolongé d'un mois si le défendeur n'a pas constitué avocat, n'est pas applicable à la signification du mémoire en demande au ministère public, partie principale et défendeur à l'instance en cassation, qui est dispensé de constituer avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation », et, qu'en conséquence, la déchéance est encourue.

La première chambre civile de la Cour de cassation retient, cependant, que l'application immédiate d'une telle règle de procédure dans les instances introduites par

un pourvoi dont le mémoire en demande aurait dû être signifié avant le 5 juillet 2012, date du prononcé de l'arrêt, aboutirait à interdire aux demandeurs aux pourvois l'accès au juge, et les priverait d'un procès équitable. Elle n'a donc pas fait application de la déchéance encourue et a examiné le pourvoi.

Cassation – Saisine pour avis – Demande – Domaine d'application – Exclusion – Cas – Question de droit ne présentant pas de difficulté sérieuse

Avis, 17 septembre 2012, demande n° 12-00.011, Bull. 2012, Avis, n° 7

Ne présente pas de difficulté sérieuse permettant la saisine pour avis de la Cour de cassation la question de savoir si l'article L. 3133-6 du code du travail relatif à l'indemnisation des salariés occupés à travailler la journée du 1er mai s'applique également au travail des jours fériés propres aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin fixés à l'article L. 3134-13 du code du travail, dès lors que les dispositions de l'article L. 3133-6 du code du travail ne s'appliquent qu'aux salariés occupés à travailler le 1er mai.

Voir le commentaire p. 388.

Cassation – Avis – Demande – Cas – Question de droit posée dans des pourvois en cours (non)

Avis, 22 octobre 2012, demande n° 12-00.012, Bull. 2012, Avis n° 9

Si la question sur laquelle porte la demande d'avis se pose dans des pourvois en cours devant la Cour de cassation, il n'y a pas lieu à avis.

Voir le commentaire p. 392.

c. Mesures d'instruction

Mesures d'instruction – Expertise – Irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise – Sanction – Portée

Ch. mixte, 28 septembre 2012, pourvoi n° 11-11.381, Bull. 2012, Ch. mixte, n° 1

Les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure.

Dès lors, ayant constaté que la nullité d'un rapport d'expertise dont le contenu clair et précis avait été débattu contradictoirement devant elle n'était pas soulevée, une cour d'appel, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve soumis à son examen, a pu tenir compte des appréciations de l'expert pour fixer l'indemnisation.

Voir le commentaire p. 376.

d. Procédure civile

Procédure civile – Fin de non-recevoir – Définition – Moyen tendant à faire déclarer irrecevable une assignation en partage

Avis, 13 février 2012, demande n° 11-00.008, Bull. 2012, Avis, n° 1

Le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation en partage, faute de comporter un descriptif sommaire du patrimoine à partager, de préciser les intentions du demandeur quant à la répartition des biens et d'indiquer les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable, conformément aux prescriptions de l'article 1360 du code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir.

Procédure civile – Procédure de la mise en état – Juge de la mise en état – Compétence – Exclusion – Cas – Fin de non-recevoir

Même avis

Sauf dispositions spécifiques, le juge ou le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour statuer sur une fin de non-recevoir.

Voir le commentaire p. 381.

Procédure civile – Pièces – Communication – Communication simultanée à la notification des conclusions – Défaut – Portée

Avis, 25 juin 2012, demandes n° 12-00.005, n° 12-00.006 et n° 12-00.007, Bull. 2012, Avis, n° 5

Doivent être écartées les pièces, invoquées au soutien des prétentions, qui ne sont pas communiquées simultanément à la notification des conclusions.

Voir le commentaire p. 385.

e. Séparation des pouvoirs

Séparation des pouvoirs – Compétence judiciaire – Domaine d'application – Communications électroniques – Implantation des stations radioélectriques – Litige opposant un opérateur de communications électroniques à des usagers ou des tiers – Cas – Indemnisation des dommages causés par l'implantation ou le fonctionnement d'une station radioélectrique n'ayant pas le caractère d'un ouvrage public

1^{re} Civ., 17 octobre 2012, pourvoi n° 10-26.854, Bull. 2012, I, n° 207

Par cet arrêt du 17 octobre 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation met en œuvre, de manière remarquable, la jurisprudence issue des décisions du tribunal des conflits du 14 mai 2012 (Tribunal des conflits, 14 mai 2012, pourvoi n° 12-03.844, *Bull.* 2012, T. conflits, n° 12; Tribunal des conflits, 14 mai 2012, pourvoi n° 12-03.846, *Bull.* 2012, T. conflits, n° 13; Tribunal des conflits, 14 mai 2012, pourvoi n° 12-03.848, *Bull.* 2012, T. conflits, n° 14; Tribunal des conflits, 14 mai 2012, pourvoi n° 12-03.850, *Bull.* 2012, T. conflits, n° 15; Tribunal des conflits, 14 mai 2012, pourvoi n° 12-03.852, *Bull.* 2012, T. conflits, n° 16; Tribunal des conflits, 14 mai 2012, pourvoi n° 12-03.854, *Bull.* 2012, T. conflits, n° 17).

Les juridictions judiciaires avaient été saisies de litiges opposant, soit une commune, soit des particuliers, à des opérateurs de téléphonie mobile au sujet de l'installation et du fonctionnement d'antennes-relais. Sur le fondement du trouble anormal de voisinage et du principe de précaution, les demandeurs sollicitaient, en référé ou au fond, soit le refus d'implantation, l'enlèvement, le déplacement, le démontage ou le démantèlement de l'antenne litigieuse, soit la réparation du préjudice allégué, en faisant état du risque sanitaire que ferait courir le fonctionnement d'un tel appareil à proximité de leur domicile ou d'un bâtiment sensible, telle une école. Elles s'étaient partagées sur la question de compétence, certaines retenant leur compétence au motif que, compte tenu du fondement juridique de l'action, le litige ne concernait pas l'occupation du domaine public hertzien et n'avait ni pour objet de contester la légalité ou la régularité, ni pour effet de remettre en cause les autorisations administratives, délivrées sous la réserve des droits des tiers, d'implanter les antennes, lesquelles n'avaient pas le caractère d'ouvrage public, d'autres déclinant leur compétence au profit de la juridiction administrative au motif que les mesures réclamées tendaient à priver d'effet les autorisations administratives d'occupation du domaine public. Dans ce contexte, la Cour de cassation avait, sur le fondement de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849 portant règlement d'administration publique déterminant les formes de procédure du tribunal des conflits, soumis au tribunal des conflits la difficulté sérieuse soulevée sur la question de compétence dans ces litiges.

Selon les articles L. 32 et suivants du code des postes et des communications électroniques, les activités de communications électroniques s'exercent librement sous réserve du respect par les titulaires d'autorisations des règles portant, notamment, sur les conditions de permanence, de qualité, de disponibilité, de sécurité et d'intégrité du réseau, sur les prescriptions exigées par la protection de la santé et de l'environnement ainsi que par les objectifs d'aménagement du territoire et d'urbanisme, étant souligné que les équipements radioélectriques doivent avoir fait l'objet d'une évaluation de leur conformité aux exigences essentielles pour garantir la santé et la sécurité des personnes.

L'exploitation d'un réseau de téléphonie mobile requiert une autorisation de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) qui précise les règles concernant les conditions techniques d'utilisation des fréquences et bandes de fréquences dont l'assignation lui a été confiée, en particulier, si nécessaire, pour éviter les brouillages préjudiciables et pour protéger la santé publique et limiter l'exposition du public aux champs électromagnétiques. Elle requiert également l'accord de l'Agence nationale des fréquences (ANFR), établissement public de l'État à caractère administratif, qui, notamment, coordonne l'implantation sur le territoire national des stations radioélectriques afin d'assurer la meilleure utilisation des sites disponibles et veille au respect des valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques, toute décision d'implantation ne pouvant être prise qu'avec son accord. Par ailleurs, l'article L. 2111-17 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que «les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'État» et l'article L. 2124-26 du même code précise que «l'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République, constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État».

En considération de ce dispositif législatif et réglementaire et tout spécialement des procédures d'autorisations, le Conseil d'État avait jugé qu'il en résultait que « le législateur a [vait] organisé une police spéciale des communications électroniques confiée à l'État », ajoutant que « afin d'assurer, sur l'ensemble du territoire national et conformément au droit de l'Union européenne, d'une part, un niveau élevé et uniforme de protection de la santé publique contre les effets des ondes électromagnétiques [...], d'autre part, un fonctionnement optimal de ces réseaux, notamment par une couverture complète de ce territoire, le législateur a confié aux seules autorités qu'il a désignées, c'est-à-dire [...] à l'ARCEP et à l'ANFR, le soin de déterminer, de manière complète, les modalités d'implantation des stations radioélectriques sur l'ensemble du territoire ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes qu'elles émettent » (CE, 26 octobre 2011, Commune de Saint-Denis, n° 326492).

Le tribunal des conflits, ayant relevé également la volonté du législateur d'organiser une police spéciale des communications électroniques, a retenu que l'action portée devant le juge judiciaire aux fins d'obtenir une mesure affectant l'implantation d'une station ou antenne radioélectrique implique, par son objet même, une immixtion dans l'exercice de cette police spéciale et est susceptible d'avoir pour effet de substituer, quant aux risques en matière de brouillages et de santé publique, l'appréciation de ce juge judiciaire à celle des autorités administratives désignées pour veiller à la prévention de ces risques et donc de remettre en cause les autorisations délivrées par ces mêmes autorités. Il en a déduit que, en vertu du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, seul le juge administratif pouvait connaître d'une telle action, même si les titulaires de ces autorisations sont des personnes de droit privé, non investies d'une mission de service public.

Cependant, le tribunal des conflits a réservé la compétence du juge judiciaire pour connaître des actions qui opposent des personnes de droit privé, tendant à la réparation d'un préjudice causé par l'implantation ou le fonctionnement d'une station radioélectrique, ou tendant à toute autre mesure pour faire cesser un trouble anormal de voisinage étranger au domaine de la santé publique ou des brouillages préjudiciables, ou causé par une implantation ou un fonctionnement irrégulier d'une telle station, en soulignant que celle-ci n'a pas le caractère d'un ouvrage public dès lors qu'elle n'a pas une nature immobilière.

C'est précisément ce domaine de compétence de la juridiction judiciaire, parfaitement circonscrit, qu'illustre la décision commentée.

En l'espèce, une personne avait fait assigner, sur le fondement du trouble anormal de voisinage, un opérateur de communications électroniques afin d'obtenir sa condamnation à lui payer diverses sommes d'argent en réparation de son trouble de jouissance et de son préjudice physique et moral et à procéder au blindage de son appartement, en alléguant des troubles d'électro-hypersensibilité qu'elle attribuait à l'installation d'antennes-relais de téléphonie mobile dans son quartier.

Cette action tendait effectivement à la réparation, en espèces, sous forme de dommages-intérêts, ou en nature, sous forme d'aménagement de l'appartement, du préjudice invoqué par la demanderesse.

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel avait justement énoncé que le litige n'était pas relatif à l'occupation du domaine public hertzien de l'État par les opérateurs de

téléphonie mobile et que les antennes-relais ne constituaient pas des ouvrages publics, et elle avait relevé que la demanderesse n'excipait d'aucun manquement de la part de l'opérateur aux normes administratives auxquelles étaient subordonnées les autorisations de l'ARCEP ou de l'ANFR et que ses demandes avaient pour finalité, non pas de contrarier ou de remettre en cause le fonctionnement des antennes-relais, dont elle ne demandait ni l'interruption d'émission ni le déplacement ou le démantèlement, mais d'assurer sa protection personnelle et la réparation de son préjudice. La Cour de cassation a donc rejeté le pourvoi, la décision étant ainsi légalement justifiée.

Ce faisant, cette jurisprudence rejoint celle consacrée en matière de troubles anormaux de voisinage causés par les établissements dangereux, insalubres ou incommodes, selon laquelle « les tribunaux judiciaires ont compétence pour se prononcer tant sur les dommages-intérêts à allouer aux tiers lésés par le voisinage d'un établissement dangereux, insalubre ou incommode, que sur les mesures propres à faire cesser le préjudice qu'ils pourraient causer dans l'avenir, à la condition que ces mesures ne contrarieront point les prescriptions édictées par l'Administration dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publique » (1^{re} Civ., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-15.176, *Bull.* 2004, I, n° 209).

G. Droit pénal et procédure pénale

1. Procédure pénale

a. Garde à vue

Garde à vue – Droits de la personne gardée à vue – Assistance de l'avocat – Défaut – Déclaration de culpabilité – Valeur probante des déclarations de la personne gardée à vue – Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Compatibilité – Cas – Motifs fondés ni exclusivement ni même essentiellement sur les déclarations recueillies au cours des gardes à vue – Moyen inopérant

Crim., 13 juin 2012, pourvois n° 10-82.420 et n° 11-81.573, *Bull. crim.* 2012, n° 147

Il résulte des articles 570 et 571 du code de procédure pénale qu'en l'absence d'ordonnance du président de la chambre criminelle prescrivant l'examen immédiat d'un pourvoi formé contre un arrêt de la chambre de l'instruction se prononçant sur la nullité de pièces de la procédure, un tel pourvoi ne peut être examiné qu'en même temps que le pourvoi formé contre la décision sur le fond.

Dans le présent arrêt, la chambre criminelle a été amenée à préciser, pour la première fois, la réponse à apporter à un moyen dirigé contre un arrêt d'une chambre de l'instruction ayant refusé de prononcer la nullité des auditions du prévenu, entendu sans l'assistance d'un avocat au cours d'une mesure de garde à vue antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 portant réforme de la garde à vue, dans le cas précis où le président n'a pas prescrit l'examen immédiat de ce pourvoi. Dans cette hypothèse, la chambre criminelle est donc saisie des deux pourvois qu'elle

examine simultanément : le premier, contre l'arrêt de la chambre de l'instruction, le second, contre l'arrêt ayant déclaré le prévenu coupable.

On sait que, dans le prolongement des arrêts de l'assemblée plénière du 15 avril 2011 (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 ; pourvoi n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 4 ; *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2011, p. 391), la chambre criminelle juge qu'en application de l'article 6 § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne placée en garde à vue doit, dès le début de cette mesure, être informée de son droit de se taire et, sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, pouvoir bénéficier, en l'absence de renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat.

La chambre criminelle en déduit qu'encourt la cassation l'arrêt de la chambre de l'instruction dont l'examen immédiat a été ordonné qui, après avoir constaté que des auditions en garde à vue ne respectaient pas les principes susvisés, n'annule pas ces actes et ne procède pas selon les prescriptions des articles 174 et 206 du code de procédure pénale (Crim., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-88.293, *Bull. crim.* 2011, n° 114 ; pourvoi n° 10-88.809, *Bull. crim.* 2011, n° 115 ; pourvoi n° 11-81.412, *Bull. crim.* 2011, n° 116 ; Crim., 7 juin 2011, pourvoi n° 11-81.702, *Bull. crim.* 2011, n° 121). Au stade de l'instruction préparatoire, la méconnaissance des dispositions conventionnelles précitées est ainsi sanctionnée par la nullité des auditions.

Parallèlement à cette jurisprudence, la chambre criminelle, saisie de pourvois formés contre des arrêts de condamnation, a affirmé le principe selon lequel aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui. Dans un arrêt du 11 mai 2011 (Crim., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-84.251, *Bull. crim.* 2011, n° 97), elle a ainsi censuré, au visa de l'article 593 du code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un arrêt, qui, pour déclarer un prévenu coupable d'atteinte sexuelle aggravée, s'était fondé sur les aveux qu'il avait faits au cours de sa garde à vue, en 2007, sans avoir pu être assisté d'un avocat, et qu'il avait ensuite rétractés.

Dans des arrêts postérieurs, la chambre criminelle a développé cette jurisprudence qui sanctionne au stade du jugement la méconnaissance des dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par l'absence de valeur probante des déclarations recueillies en garde à vue sans l'assistance d'un avocat.

La chambre criminelle a ainsi énoncé que, dès lors que pour entrer en voie de condamnation, la juridiction de jugement ne s'est pas fondée sur les déclarations faites par le prévenu, sans l'assistance de son avocat, au cours d'une mesure de garde à vue, celui-ci ne saurait se faire un grief de ce que les procès-verbaux de ses auditions n'aient pas été annulés (Crim., 7 février 2012, pourvoi n° 11-83.676, *Bull. crim.* 2012, n° 37).

Dans un arrêt du 14 février 2012 (Crim., 14 février 2012, pourvoi n° 11-87.757, *Bull. crim.* 2012, n° 42), la chambre criminelle a également précisé que, dans l'hypothèse où un prévenu n'était pas recevable à soulever devant la chambre de l'instruction la nullité de ses auditions réalisées en garde à vue sans l'assistance d'un avocat,

faute d'avoir satisfait aux prescriptions de délai de l'article 173-1 du code de procédure pénale, le respect de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales était alors assuré par la possibilité offerte au demandeur de discuter la valeur probante de ses auditions en garde à vue devant la juridiction de jugement (voir également Crim., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-81.274, *Bull. crim.* 2012, n° 72 et pourvoi n° 11-85.827, *Bull. crim.* 2012, n° 73).

La chambre criminelle a aussi jugé que si c'est à tort que la cour d'appel n'a pas cru devoir annuler les procès-verbaux d'audition établis, au cours de la garde à vue du prévenu, sans l'assistance d'un avocat, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure dès lors que, pour retenir sa culpabilité, les juges ne se sont fondés ni exclusivement ni même essentiellement sur les déclarations recueillies au cours de cette mesure (Crim., 21 mars 2012, pourvoi n° 11-83.637, *Bull. crim.* 2012, n° 78).

S'inscrivant dans le prolongement direct de ces arrêts, la chambre criminelle énonce, dans l'arrêt ici commenté, qu'est devenu inopérant le moyen pris de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dirigé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant refusé de faire droit à la requête en nullité du prévenu entendu sans l'assistance de son avocat au cours d'une mesure de garde à vue antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 précitée et examiné lors du pourvoi formé contre l'arrêt sur le fond, dès lors que la déclaration de culpabilité du prévenu ne s'est fondée ni exclusivement ni même essentiellement sur les auditions de ce dernier recueillies en garde à vue.

Ainsi, lorsque le pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction n'est pas examiné immédiatement, le moyen dirigé contre cet arrêt et pris de la nullité des auditions réalisées en garde à vue sans l'assistance d'un avocat n'a plus lieu d'être examiné dès lors que la déclaration de culpabilité du prévenu n'est fondée ni exclusivement ni même essentiellement sur les auditions de ce dernier recueillies au cours de cette mesure.

Garde à vue – Droits de la personne gardée à vue – Notification – Défaut – Invocation par un tiers (non)

Crim. 14 février 2012, pourvoi n° 11-84.694, *Bull. crim.* 2012, n° 43

Par cet arrêt, la chambre criminelle énonce que la méconnaissance des formalités substantielles auxquelles est subordonnée la garde à vue ne peut être invoquée à l'appui d'une demande d'annulation d'acte ou de pièce de procédure que par la partie qu'elle concerne.

Cette décision constitue, en matière de garde à vue, un retour à une jurisprudence traditionnelle et constante jusqu'en 2006, qui retenait qu'il résulte des articles 171 et 802 du code de procédure pénale que celui qui invoque l'absence ou l'irrégularité d'une formalité protectrice des droits des parties n'a qualité pour le faire que si cette irrégularité le concerne (Crim., 16 janvier 1996, pourvoi n° 94-85.428, *Bull. crim.* 1996, n° 24; Crim., 31 mars 1998, pourvoi n° 98-80.352, *Bull. crim.* 1998, n° 121; Crim., 14 décembre 1999, pourvoi n° 99-82.369, *Bull. crim.* 1999, n° 304; Crim., 15 février 2000, pourvoi n° 99-86.623, *Bull. crim.* 2000, n° 68; Crim., 18 avril 2000, pourvoi n° 99-86.890, *Bull. crim.* 2000, n° 150; Crim., 14 novembre 2001, pourvoi n° 01-85.965, *Bull. crim.* 2001, n° 238; Crim., 4 mars 2004, pourvoi n° 03-85.983, *Bull. crim.* 2004, n° 57; Crim., 9 novembre 2004, pourvoi n° 03-86.990, *Bull. crim.* 2004, n° 276).

Une évolution s'était amorcée à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Matheron c. France* du 29 mars 2005 (requête n° 57752/00), qui concernait toutefois une hypothèse distincte, celle de l'interception téléphonique, intervenue à l'origine dans une autre procédure, d'une conversation que le demandeur avait avec une personne dont la ligne était surveillée. Ce demandeur souhaitait voir examiner la légalité de cette écoute désormais versée dans une nouvelle procédure le concernant. La Cour européenne a considéré que le demandeur devait pouvoir contester la légalité de ces interceptions et a condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

À la suite de cette condamnation, la chambre criminelle a approuvé, par un arrêt du 7 décembre 2005 (Crim., 7 décembre 2005, pourvoi n° 05-85.876, *Bull. crim.* 2005, n° 327), une chambre de l'instruction d'avoir apprécié la régularité d'écoutes téléphoniques mises en œuvre à l'égard des mis en examen dans une procédure distincte.

L'évolution jurisprudentielle s'est poursuivie avec un arrêt en date du 6 septembre 2006 (Crim., 6 septembre 2006, pourvoi n° 06-84.869, *Bull. crim.* 2006, n° 208), qui a jugé qu'une chambre de l'instruction ne peut écarter le moyen de nullité présenté par une personne mise en examen au seul motif que l'irrégularité alléguée concerne les conditions du contrôle d'identité d'un tiers dès lors que cet acte a pu porter atteinte aux intérêts du demandeur.

Ces arrêts ont ainsi pris de la distance avec les termes mêmes des articles 171 et 802 du code de procédure pénale, qui évoquent la nullité résultant de la méconnaissance d'une formalité substantielle portant atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne.

Cette évolution s'est ensuite étendue à la matière de la garde à vue.

Par un arrêt rendu le 31 mai 2007 (Crim., 31 mars 2007, pourvoi n° 07-80.928, *Bull. crim.* 2007, n° 146), la chambre criminelle a admis qu'un tiers puisse être recevable à invoquer l'irrégularité d'une garde à vue concernant une autre personne mise en examen. Elle a toutefois introduit une limite importante par la motivation suivante : « Attendu qu'un demandeur n'est recevable à invoquer l'irrégularité d'un acte concernant une autre personne mise en examen, qui n'a pas requis cette annulation, qu'à la condition de préciser en quoi cette irrégularité a porté atteinte à ses intérêts ; que X... se bornant, en l'espèce, à alléguer l'existence d'un grief qui résulterait pour lui de l'irrégularité de la garde à vue de Y... sans en apporter toutefois aucune démonstration, le moyen ne saurait être déclaré recevable ».

C'est la même orientation qu'avait prise un arrêt du 27 avril 2011 (Crim., 27 avril 2011, pourvoi n° 11-80.076, *Bull. crim.* 2011, n° 75), qui a jugé que les demandeurs ne pouvaient se prévaloir de nullités qui avaient pu être commises au préjudice d'autres personnes mises en examen et dont ils ne démontraient pas en quoi elles avaient porté atteinte à leurs intérêts.

L'arrêt du 14 février 2012 revient donc à l'orientation traditionnelle, évitant ainsi que puisse être annulée une garde à vue alors que la personne directement concernée ne sollicite pas cette annulation.

La solution de cet arrêt a été confirmée à plusieurs reprises (Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, n° 64 ; Crim., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-88.737, *Bull. crim.* 2012, n° 67 ; Crim., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-87.328, *Bull. crim.* 2012, n° 116).

b. Extradition

Extradition – Chambre de l’instruction – Avis – Avis favorable – Arrêt ne satisfaisant pas aux conditions essentielles de son existence légale – Demande d’extradition n’émanant pas d’un État souverain

Crim., 14 février 2012, pourvoi n° 11-87.679, *Bull. crim.* 2012, n° 41

Par deux arrêts rendus le 14 février 2012, dont le présent arrêt, publié au *Rapport*, la chambre criminelle a cassé deux arrêts de la chambre de l’instruction de la cour d’appel de Paris qui avait émis un avis favorable à l’extradition de deux ressortissants paraguayens demandée par les autorités judiciaires de la région administrative spéciale de Hong-Kong.

Ces deux personnes avaient chacune fait l’objet d’un mandat d’arrêt délivré par un juge d’une cour de ladite région, pour des faits qualifiés de trafic de drogue dange-reuse commis à Hong-Kong ; appréhendés en France en vertu de ces mandats d’arrêt, les deux individus y étaient détenus.

Après avoir ordonné un complément d’information aux fins de permettre à la région de Hong-Kong de fournir des précisions supplémentaires, notamment pour garantir que les intéressés ne seraient transférés, à aucun titre que ce soit, hors des limites territoriales de la région, sans l’autorisation préalable du gouvernement français, la chambre de l’instruction avait donné un avis favorable aux demandes d’extradition en cause, avis assorti toutefois de la réserve selon laquelle les personnes concernées ne seraient ni remises, ni extradées, vers la République populaire de Chine, pour la poursuite ou le jugement des faits visés, ou pour l’exécution de la peine qui serait appliquée.

Au visa des articles 696-1, 696-2 et 696-15 du code de procédure pénale, la chambre criminelle casse ces deux arrêts au motif « qu’est privé de l’une des conditions essentielles de son existence légale l’avis de la chambre de l’instruction rendu sur une demande d’extradition n’émanant pas d’un État souverain ».

L’article 696-1 du code de procédure pénale précise que la remise est faite à « un gouvernement étranger ». L’article 696-2 indique que le gouvernement français peut remettre, sur leur demande, aux « gouvernements étrangers, toute personne [...] ». L’article 696-15, en son dernier alinéa, prescrit que le pourvoi formé contre un avis de la chambre de l’instruction ne peut être fondé que sur des vices de forme de nature à priver cet avis des « conditions essentielles de son existence légale ».

Faisant application de ces textes et de ce principe aux cas d’espèce, la chambre criminelle retient 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 ; la chambre de l’instruction a ainsi méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé. La chambre criminelle a ordonné la remise en liberté des deux intéressés s’ils n’étaient détenus pour autre cause.

L’affaire soumise à la chambre criminelle n’était pas exempte de difficultés.

En effet, depuis sa rétrocession à la République populaire de Chine, la région administrative spéciale de Hong-Kong jouit, en vertu de la Loi fondamentale adoptée le 4 avril 1990, d'une large autonomie, sauf dans les domaines de la défense et des affaires étrangères, et ce jusqu'en 2047. Cependant, l'article 1^{er} de cette Loi fondamentale rappelle que Hong-Kong constitue une partie inaliénable de la République populaire de Chine, disposition pouvant prêter à certaines conséquences.

L'article 96 dispose qu'avec l'aide ou l'autorisation du gouvernement populaire central, le gouvernement de la région administrative spéciale peut prendre des dispositions appropriées avec des États étrangers en vue d'une assistance réciproque en matière judiciaire. Et, en effet, en application de cet article, c'est-à-dire avec l'aide ou l'autorisation du gouvernement central de la République populaire de Chine, la région a passé au moins seize conventions d'extradition avec des États offrant toute garantie en matière de respect des droits des personnes. Si la région de Hong-Kong n'a pas conclu avec la France de convention d'extradition, elle a conclu le 25 juin 1997 une convention d'entraide judiciaire en matière pénale, et le 9 novembre 2006 un accord sur le transfèrement des personnes. Mais il était précisé, dans ces deux actes, que « le Gouvernement de Hong-Kong était dûment autorisé » par le Gouvernement souverain responsable des affaires étrangères de Hong-Kong.

L'article 158 de la Loi fondamentale n'est pas dépourvu d'équivoque puisqu'il porte sur l'interprétation de cette Loi et confère, en la matière, un rôle prépondérant au comité permanent de l'Assemblée nationale populaire, sauf en ce qui concerne les dispositions de la Loi entrant dans les limites de l'autonomie de la région.

C'est dans ces conditions que la chambre criminelle casse les arrêts soumis à son examen en considérant que la région administrative spéciale de Hong-Kong ne constitue pas un gouvernement souverain ou un « gouvernement étranger » au sens des articles 696-1 et 696-2 du code de procédure pénale.

Il aurait même été permis de s'interroger sur les garanties fournies par la région administrative spéciale. En effet, l'affidavit établi par le département de la justice de la région de Hong-Kong précisait qu'en application de l'ordonnance sur les délinquants fugitifs, ladite région notifiait chaque demande d'extradition au gouvernement central, qui pouvait s'y opposer au cas où les intérêts de la République populaire de Chine en seraient affectés de manière significative en matière de défense ou d'affaires étrangères. Le gouvernement central semblait ainsi tolérer les demandes d'extradition présentées par la région administrative spéciale, cette attitude étant de nature à conforter la position des autorités régionales soutenant qu'aux termes de l'ordonnance sur les délinquants fugitifs, la personne remise ne pourrait pas être livrée aux autorités de la République populaire de Chine sans le consentement du gouvernement français. Mais il faut bien avoir présent à l'esprit que la garantie de non-remise aux autorités de la Chine populaire ne reposait que sur un texte législatif interne à la région de Hong-Kong qui ne liait pas, nécessairement, le gouvernement de la République populaire de Chine.

Pour prévenir de semblables difficultés, il semble nécessaire que la région administrative spéciale de Hong-Kong, en application de l'article 96 de la Loi fondamentale, puisse conclure, « avec l'aide ou l'autorisation du Gouvernement de la République populaire de Chine », une convention d'extradition avec la France, comme elle a déjà conclu seize autres conventions de ce type avec différents États.

c. Action civile

Président de la République – Exercice des droits de la partie civile – Procès équitable – Égalité des armes – Recevabilité

Ass. plén., 15 juin 2012, pourvoi n° 10-85.678, Bull. crim. 2012, Ass. plén., n° 1

Le Président de la République, en sa qualité de victime, ayant joint son action à celle du ministère public, est recevable, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, à exercer les droits de la partie civile pendant la durée de son mandat. Au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial, qui ne vise que les juges, la seule nomination des juges par le Président de la République ne crée pas pour autant une dépendance à son égard dès lors qu'une fois nommés, ceux-ci, inamovibles, ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles. Les garanties du procès équitable s'apprécient en fonction des circonstances de l'espèce.

Voir le commentaire p. 375.

2. Droit pénal spécial

Protection de la nature et de l'environnement – Eaux et milieux aquatiques – Eaux marines et voies ouvertes à la navigation maritime – Pollution marine – Rejet d'hydrocarbures dans la zone économique française – Compétence des juridictions françaises

Protection de la nature et de l'environnement – Eaux et milieux aquatiques – Eaux marines et voies ouvertes à la navigation maritime – Pollution marine – Rejet d'hydrocarbures dans la zone économique française – Action en réparation du préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement – Responsabilité des intervenants à l'acte de transport – Articulation avec le régime international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures – Détermination – Portée

Action civile – Recevabilité – Atteinte à l'environnement – Conditions – Défense de l'intérêt collectif environnemental – Qualité – Détermination – Portée

Protection de la nature et de l'environnement – Eaux et milieux aquatiques – Eaux marines et voies ouvertes à la navigation maritime – Pollution marine – Rejet d'hydrocarbures dans la zone économique française – Action en réparation du préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement – Responsabilité des intervenants à l'acte de transport – Conditions

Transaction – Effets – Effets à l'égard des tiers – Inopposabilité de la transaction par un tiers – Limites – Renonciation à un droit

Action civile – Recevabilité – Association – Association non agréée de protection de l'environnement – Infraction en matière de protection de la nature et de l'environnement – Conditions – Détermination

Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 10-82938, Bull. crim. 2012, n° 198

À l'occasion des pourvois formés contre un arrêt ayant condamné divers prévenus pour infraction de pollution marine à la suite du naufrage du pétrolier *Erika* survenu en 1999, au large de la Bretagne, en zone économique exclusive, la chambre criminelle, statuant en formation plénière, s'est prononcée sur la compétence du juge répressif pour connaître tant de l'action publique que de l'action civile.

Saisi de poursuites intentées en France pour pollution involontaire par les hydrocarbures, sur le fondement, notamment, de l'article 8 de la loi n° 83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires modifiée, le tribunal de grande instance de Paris a, par jugement en date du 16 janvier 2008, déclaré coupables de ce chef l'ayant droit économique assurant la gestion de la société propriétaire de l'*Erika*, le mandataire de la société gestionnaire technique du navire, la société chargée de sa certification et de sa classification et la société Total, chargée d'exercer un contrôle dans le cadre de son activité de «*vetting*» et considérée comme l'affréteur. Il a également statué sur les intérêts civils.

Dans son arrêt du 30 mars 2010, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement sur le plan pénal, tout en modifiant les condamnations sur le plan civil en raison de la canalisation de la responsabilité opérée par la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, faite à Bruxelles le 29 novembre 1969, modifiée par le protocole fait à Londres le 27 novembre 1992, à même de bénéficier à l'affréteur.

Cette décision a fait l'objet de pourvois en cassation des prévenus et de certaines parties civiles.

Sur l'action publique, les prévenus ont soutenu que l'article 8 de la loi du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires, devenu l'article L. 218-22 puis l'article L. 218-19 du code de l'environnement, qui punit toute personne ayant un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche d'un navire dont l'imprudence ou la négligence a provoqué un accident de mer à l'origine d'une pollution des eaux territoriales, ne pouvait s'appliquer à des rejets de navires étrangers au-delà de la mer territoriale, dans la zone économique exclusive française.

Ils ont fait valoir à cet effet, d'une part, que cet article ne le prévoyait pas expressément, contrairement à ce qu'exige l'article 113-12 du code pénal, d'autre part, que sa définition de l'infraction n'était pas conforme aux dispositions de l'article 211, point 5, de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer faite à Montego Bay le 10 décembre 1982 (CNUDM), qui fixent les compétences limitées des États côtiers en matière de répression des rejets polluants dans la zone économique exclusive en renvoyant, pour la définition de l'infraction qui doit être adoptée, à la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires, faite à Londres le 2 novembre 1973, telle que modifiée par le protocole fait à Londres le 17 février 1978, dite Convention MARPOL.

Il doit être souligné que, dans le présent naufrage, remontant à plus de dix ans, les juges du fond ont fait application d'un texte de répression datant de près de trente ans, ensuite réécrit pour prendre en compte l'évolution du monde de la mer et les réflexions qu'elle a engendrées au sein de la Communauté européenne, à une date où la CNUDM, ratifiée par la France le 11 avril 1996 et qui a érigé des règles de compétence, ne l'avait pas encore été.

Il était donc nécessaire de se pencher sur la compatibilité du texte servant de soutien aux poursuites avec la CNUDM qui renvoie pour la définition de l'infraction à la Convention MARPOL, en localisant les faits au lieu du déversement et en paraissant exiger, lorsqu'ils sont survenus en zone économique exclusive, l'adoption d'une loi spéciale interne devant remplir certains critères, principe repris à l'article 113-12 du code pénal.

Sur la compétence, la chambre criminelle a posé pour principe que plusieurs dispositions de la CNUDM, contenues dans sa partie XII relative à la protection et à la préservation du milieu marin, justifiaient, au cas particulier, l'exercice par la France de sa compétence normative et exécutive, y compris juridictionnelle, pour sanctionner un rejet involontaire d'hydrocarbure opéré en zone économique par un navire étranger ayant entraîné un dommage grave dans sa mer territoriale et sur son littoral, ce qui rendait inopérant le moyen que les demandeurs entendaient tirer de l'article 113-12 du code pénal.

Quant aux règles de fond mises en œuvre par l'arrêt attaqué, la chambre criminelle a approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir validé l'internationalisation normative effectuée par le législateur de 1983, tant en ce qui concerne la définition de l'infraction que les personnes punissables.

Sa tâche a été, sans aucun doute, facilitée par le rôle ultérieurement joué par la Communauté européenne qui s'est attachée à mettre fin aux interprétations divergentes faites de la Convention MARPOL par les États membres, le juge européen ayant fini par lui reconnaître une invocabilité d'interprétation dont elle a fait usage afin de faciliter le rapprochement des législations des États membres.

Sur l'action civile, la compétence du juge répressif posait également difficulté et deux des prévenus continuaient à la contester en cause de cassation en faisant valoir que la réparation trouvait son assise dans un texte ayant valeur *supra*-législative, adopté dans un souci de protection des victimes, instituant un système de responsabilité objective indépendant de toute déclaration de culpabilité dont la création avait été encouragée par la CNUDM, signée par la France en 1982, qui avait invité, dans son article 235, les États à développer le « droit international de la responsabilité » en mentionnant aussi le possible recours à l'assurance obligatoire ou la création d'un fonds de garantie (FIPOL).

Ils se prévalaient, à cet effet, d'une jurisprudence de la Cour de cassation intervenue à l'occasion de l'application d'autres textes internationaux prévoyant un mécanisme d'indemnisation similaire et contenant une clause tendant à retirer le bénéfice du droit à limitation de responsabilité seulement en cas de faute lourde en faisant valoir que la compétence du juge répressif pour les appliquer avait été systématiquement écartée.

Avant même l'entrée en vigueur de la CNUDM, un tel système, relevant du droit international privé, avait déjà été mis en œuvre pour la pollution résultant du déversement d'hydrocarbures persistants provenant de navires-citernes, dès 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, auquel s'est ensuite ajouté un protocole du 16 mai 2003 créant un fonds complémentaire.

Le régime juridique que les juges du fond devaient appliquer procède à la canalisation de la responsabilité sur le propriétaire du navire, ayant l'obligation de souscrire une assurance pour les navires-citernes transportant plus de 2 000 tonnes d'hydrocarbures, qui peut, sauf en cas de faute de témérité, limiter sa responsabilité à un montant défini par la convention en fonction de la jauge du navire, une telle faute, lorsqu'ils la commettent, faisant en outre perdre aux autres intervenants le bénéfice de la canalisation, sans supprimer le caractère objectif de la responsabilité qui résulte, pour le propriétaire, du seul déversement des substances polluantes.

Il a été décidé que l'ensemble des intervenants à l'acte de transport poursuivis devant le juge pénal et ayant commis une faute de témérité qui les prive du bénéfice de la canalisation pouvait voir leur responsabilité civile recherchée sur son fondement pour tous les dommages retenus par la cour d'appel, dont le dommage **environnemental**.

Il a, par ailleurs, été précisé que les décisions rendues par le juge répressif sont inopposables au FIPOL qui ne peut intervenir devant lui, en l'absence d'une disposition interne adoptée à cet effet.

Selon l'arrêt, le fait que l'action en défense de l'intérêt collectif environnemental puisse, selon les textes internes en vigueur, être notamment exercée par les différentes personnes morales de droit public, par les associations agréées de protection de l'environnement et par les collectivités territoriales ou leur groupement ou par les syndicats professionnels, tous considérés comme des gardiens de l'environnement, n'est pas incompatible avec les textes internationaux qui, sans s'opposer à la réparation du préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement, la limitent cependant à la baisse des bénéfices due à son altération et au coût des mesures de remise en état raisonnables effectivement prises ou qui doivent être prises.

L'affréteur Total, qui avait commis une faute de témérité et qui avait, à tort, bénéficié d'une immunité de responsabilité, a, en conséquence, sur les pourvois de plusieurs parties civiles, vu sa responsabilité retenue par la chambre criminelle qui l'a condamné à réparer les conséquences du dommage solidairement avec ses coprévenus d'ores et déjà condamnés par la cour d'appel.

La chambre criminelle a ainsi fait application des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire qui l'autorise à mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.

Officiers publics ou ministériels – Notaire – Discipline – Sanction – Destitution – Réhabilitation judiciaire – Possibilité (non)

Crim., 14 février 2012, pourvoi n° 10-86.832, Bull. crim. 2012, n° 46

Dans cette affaire, le requérant se fondait sur la loi du 19 mars 1864 pour solliciter non seulement le relèvement des incapacités découlant de sa destitution, mais la réhabilitation elle-même que lui avait refusée la chambre de l'instruction, estimant qu'elle n'était pas compétente pour en connaître. Mais la chambre criminelle, loin d'approuver sa thèse, dit que le droit qu'il réclame n'existe plus et déclare sa demande irrecevable. Elle énonce « qu'il résulte des articles 4, alinéas 2 et 24, de l'ordonnance du 28 juin 1945, qui a expressément abrogé toute disposition contraire, que la destitution d'un

notaire résultant d'une sanction disciplinaire ne peut donner lieu à réhabilitation [...] [et que] la demande à cette fin était irrecevable».

Rappelons que la destitution est la sanction la plus grave que puisse encourir un notaire. Outre qu'elle le contraint à céder son étude, elle entraîne pour lui des incapacités importantes, notamment celle d'exercer certains métiers, tel celui d'agent immobilier, et, avant une décision récente du Conseil constitutionnel (Cons. const., 27 janvier 2012, décision n° 2011-211 QPC, M. Éric M. [Discipline des notaires]), celle d'exercer ses droits électoraux.

Selon les termes forts de Jeanne de Poulpiquet, professeur émérite à la faculté de droit de l'université Nice-Sophia-Antipolis, « elle réalise l'élimination du notaire condamné : la destitution réside en effet dans la perte définitive de la qualité d'officier public, prononcée par les autorités judiciaires » (*Responsabilité des notaires : civile-disciplinaire-pénale*, Dalloz, 2^e éd., 2009, p. 199, 201, 203 et 204).

Ancienne profession dont la première organisation date du règne de Charlemagne, le notaire a toujours encouru des peines très rigoureuses en répression de ses éventuelles fautes professionnelles, sanction de l'importance de son rôle et de la confiance sans faille que l'État et le public sont en droit d'accorder à ses actes. Pour la même raison, les membres de cette profession ont été écartés du bénéfice de la réhabilitation lorsque celle-ci fut adoptée dans sa forme moderne dans notre droit pénal par une loi du 3 juillet 1852.

À la faveur d'un mouvement qui tendait à appliquer de façon très large les mesures favorisant le rachat du condamné et l'oubli de la peine, certains politiques ont converti les parlementaires à la cause des notaires. Il en est résulté une loi du 19 mars 1864, réduite à deux articles, disposant :

« Article 1 : les notaires, les greffiers et les officiers ministériels destitués peuvent être relevés des déchéances et incapacités résultant de leur destitution.

Article 2 : toutes les dispositions du code d'instruction criminelle relatives à la réhabilitation des condamnés à une peine correctionnelle sont déclarées applicables aux demandes formées en vertu de l'article 1^{er}. Le délai de trois ans fixé par le dernier paragraphe de l'article 620 du code d'instruction criminelle court du jour de la cessation des fonctions. »

La rédaction ambiguë de ce texte a suscité des débats incessants sur le plan de la compétence entre juridictions comme sur celui de sa finalité, et la Cour de cassation a dû rappeler que la loi n'avait pour seule finalité que « de permettre aux officiers ministériels condamnés disciplinairement de se faire relever des déchéances et incapacités résultant de leurs condamnations » (Crim., 25 novembre 1899, *Bull. crim.* 1899, n° 340). Il n'empêche que, sur le modèle de ce texte, ont été façonnées les procédures de réhabilitation des commissaires-priseurs, des huissiers.

À la Libération, constatant la multiplicité des textes relatifs à la discipline des notaires et autres officiers publics et ministériels, leur dispersion, leurs nuances d'écriture aboutissant à des risques d'erreurs et de contradiction, le Gouvernement provisoire de la République française a voulu, comme il l'exprime en préambule de l'ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers

ministériels, unifier le droit disciplinaire des notaires en abrogeant les textes éparés pour édicter une réglementation unique.

L'ordonnance en cause dispose, en son article 4, alinéa 2, dans sa version d'origine : «La suspension [aujourd'hui l'interdiction (loi n° 73-546 du 25 juin 1973)] et la destitution entraînent, à titre accessoire, l'inéligibilité définitive aux chambres, organismes et conseils professionnels» et, en son article 24 : «Les officiers publics ou ministériels destitués cessent l'exercice de leur activité professionnelle. Ils ne peuvent exercer le droit de présentation et il est procédé d'office à la cession de leur étude.»

Un notaire destitué ne peut prétendre retrouver l'office qui a été cédé à un autre. Cette raison à elle seule suffit à démontrer que sa destitution est définitive.

Cette analyse est confortée par l'instauration de l'article 3, 3°, du décret n° 73-609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire, qui interdit à quiconque d'être notaire s'il a été l'auteur d'agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, retrait d'agrément ou d'autorisation.

Saisi, comme nous l'avons dit plus haut, de la question de la constitutionnalité des alinéas 2 et 3 de l'article 4 de l'ordonnance du 28 juin 1945 précitée, le Conseil constitutionnel a déclaré ledit alinéa 2 conforme à la Constitution. Dans son communiqué, le Conseil indiquait que l'inéligibilité de tout notaire destitué aux chambres, conseils et organismes professionnels, tendait, non pas à instaurer une répression supplémentaire de ces personnes, mais «d'une part, à tirer les conséquences de la perte du titre d'officier public ou ministériel et, d'autre part, à garantir l'intégrité et la moralité des professionnels siégeant dans les organes représentatifs de la profession en excluant ceux qui ont fait l'objet des condamnations disciplinaires les plus sévères.»

L'arrêt du 14 février 2012 est, d'une certaine façon, proche de celui du 4 janvier 1990 (Crim., 4 janvier 1990, pourvoi n° 89-84.199, *Bull. crim.* 1990, n° 3), rendu sur un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi par le procureur général près la Cour de cassation. Il a sanctionné une chambre d'accusation qui, sur la demande de l'intéressé, avait relevé un notaire des incapacités découlant de la destitution prononcée à son encontre à titre disciplinaire. La chambre a rappelé qu'un tel relèvement d'incapacités ne pouvait, en application de l'article 55-1 du code pénal de l'époque (article 132-21 de l'actuel code pénal) être appliqué qu'aux sanctions pénales. Même si un arrêt postérieur du 3 novembre 1994 (Crim., 3 novembre 1994, pourvoi n° 93-80.939, *Bull. crim.* 1994, n° 350) a mentionné une réhabilitation possible par la procédure prévue par la loi de 1864, il n'en a tiré aucune conséquence dans l'espèce concernée. Dans celle qui nous occupe, non seulement le requérant ne pouvait obtenir devant les juridictions répressives la réhabilitation d'une sanction disciplinaire, mais encore, s'agissant d'un notaire, son étude ne pouvant être recouvrée, cette réhabilitation était impossible.

H. Application du droit de l'Union européenne, conventionnel et international

1. Droit de l'Union européenne

Union européenne – Cour de justice de l'Union européenne – Question préjudicielle – Interprétation des actes pris par les institutions de l'Union – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 27 – Droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs – Opposabilité à une disposition législative nationale

Soc., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-21.609, *Bull.* 2012, V, n° 122

Vu l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Cour de cassation décide de surseoir à statuer et de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions suivantes :

1°) *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 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, peut-il être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive?*

2°) *Dans l'affirmative, ces mêmes dispositions doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant du calcul des effectifs de l'entreprise, notamment pour déterminer les seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel, les travailleurs titulaires des contrats suivants : apprentissage, contrat initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat de professionnalisation?*

Voir le commentaire p. 430.

2. Droit conventionnel

Avocat – Honoraires – Contestation – Procédure – Article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme – Compatibilité

2^e Civ., 29 mars 2012, pourvoi n° 11-30.013, *Bull.* 2012, II, n° 60

Dans le cadre du contentieux de la procédure de contestation des honoraires d'avocat, la deuxième chambre civile a été saisie à la fois d'un grief d'inconventionnalité – la procédure de contestation des honoraires des avocats devant le bâtonnier, telle que prévue par les articles 174 à 179 du décret n° 91-1187 du 27 novembre 1991, ne satisfait pas à l'exigence du procès équitable inscrit à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que le seul fait que le bâtonnier soit avocat est de nature à faire naître dans l'esprit du justiciable des doutes légitimes sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal – et d'une question prioritaire de constitutionnalité, portant sur le point de savoir si l'article 53, 6°, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 méconnaît tant le droit à un procès équitable que l'article 34 de la Constitution

en tant que le législateur renvoie au pouvoir réglementaire le soin de déterminer la procédure de règlement des contestations relatives aux honoraires d'avocat.

La question prioritaire de constitutionnalité a été renvoyée par un arrêt du 1^{er} juillet 2011 (2^e Civ., 1^{er} juillet 2011, pourvoi n° 11-30.013) au Conseil constitutionnel, lequel, par décision du 29 septembre 2011 (Cons. const., 29 septembre 2011, décision n° 2011-171/178 QPC), a dit conforme à la Constitution l'article 53, 2^o et 6^o, de la loi du 31 décembre 1971 précitée.

Le pourvoi au fond est rejeté par la deuxième chambre civile par l'arrêt ici commenté du 29 mars 2012, qui approuve l'ordonnance attaquée.

Il est permis de penser que, dans le cadre de ce litige, ou à l'occasion d'un autre de même nature, les réponses apportées par la Cour de cassation pourraient bien faire l'objet d'une discussion devant la Cour européenne de Strasbourg sous l'angle de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

La question préalable était la suivante : le bâtonnier d'un ordre d'avocats est-il, comme chargé d'appliquer la procédure de contestation du montant et du recouvrement des honoraires des avocats en application des articles 174 et 175 du décret du 27 novembre 1991, une juridiction, un tribunal, auquel s'appliqueraient donc les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ?

On peut hésiter. La première chambre civile l'a implicitement dit (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 13 octobre 1999, pourvoi n° 96-16.380, *Bull.* 1999, I, n° 270, qui s'appuie explicitement sur l'article 277 du décret du 27 novembre 1991 pour appliquer l'article 562 du code de procédure civile), puis la deuxième chambre civile a répondu assez clairement par l'affirmative (2^e Civ., 22 mai 2003, pourvoi n° 01-17.961, *Bull.* 2003, II, n° 149).

La procédure mise en place par les textes précités est incontestablement une procédure de nature éminemment juridictionnelle, si l'on retient, comme nos chambres l'ont fait depuis quinze ans au moins, le critère fonctionnel déterminant qui dicte sur cette question la démarche propre de la Cour européenne des droits de l'homme, et non pas le critère organique retenu par le Conseil d'État.

On peut donc soutenir que c'est bien ici un organe (le bâtonnier) qui, dans le domaine du règlement des contestations du montant et du recouvrement des honoraires des avocats, décide, et même tranche, des « contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil » au sens de l'article 6 § 1.

Il est également un organe au sens de la jurisprudence de la Cour européenne (CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, requête n° 8790/79), auquel il « appartient de trancher, sur la base de normes de droit, et à l'issue d'une procédure organisée toute question relevant de sa compétence ». Il s'agit certes ici d'une procédure de caractère simplifié, mais renvoyant, si nécessaire, aux dispositions de droit commun de la procédure civile applicables devant toutes juridictions de l'ordre judiciaire français. Comme l'avait indiqué dans ses conclusions le commissaire du gouvernement dans l'affaire *Krikorian* (CE, 2 octobre 2006, n° 282028) « [...] davantage qu'à l'organe, c'est à la *décision* qu'il convient de s'attacher lorsqu'on s'interroge sur le caractère juridictionnel d'une activité ».

La circonstance, décisive pour la solution contraire adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt précité, que la « décision » du bâtonnier doit être rendue « exécutoire »

par le président du tribunal de grande instance (TGI), n'a pas paru déterminante pour la Cour de cassation et de nature à contrebattre la nature juridictionnelle de la décision du bâtonnier qui peut donc, soit être l'objet d'un recours devant le premier président s'apparentant de façon nette à un appel, soit être, comme n'importe quel jugement, le siège d'une exécution volontaire par la partie perdante (article 503, alinéa 1, du code de procédure civile : « Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire », soit enfin devoir être mise à exécution au sens de l'article 502 du code de procédure civile ; dans ce contexte, l'apposition par le président du TGI de la formule exécutoire sur la minute de la décision du bâtonnier, qui seule en permettra l'exécution forcée, ne paraît pas décisive. C'est une péripétie de la procédure, qui ne retire rien au caractère profondément juridictionnel de la décision elle-même.

D'ailleurs, l'article 178 du décret du 27 novembre 1991, en ce qu'il prévoit la faculté pour le président du TGI de « rendre exécutoire » la décision du bâtonnier, est à rapprocher du régime général de l'exécution forcée des sentences arbitrales selon les articles 1477 et suivants du code de procédure civile ; c'est, en effet, comme dans ce dernier cas, une sorte de « décision d'*exequatur* » que rend le président du TGI par son ordonnance sur requête rendant exécutoire la décision du bâtonnier, c'est-à-dire autorisant l'apposition de la formule exécutoire. Or il est souligné, à propos de l'*exequatur*, par la jurisprudence appliquant les articles 1477 et suivants, que le juge (le TGI) ne peut refuser l'*exequatur* que si l'acte qui lui est soumis n'a pas un caractère contentieux et ne constitue pas une sentence arbitrale, ou encore si son inexistence est flagrante, ou enfin « si ses dispositions sont contraires à l'ordre public ». On pouvait donc légitimement penser en l'espèce, d'égale manière, que le président du TGI saisi d'une requête à l'effet de rendre exécutoire la décision du bâtonnier se trouve placé dans le même rôle, et que ses pouvoirs de contrôle sont de même nature, avec les mêmes limites, de sorte que c'est bien d'une simple péripétie de la procédure de contestation d'honoraires qu'il s'agit, dont l'existence n'enlève rien à tout ce qui permet d'attribuer, fonctionnellement, une nature juridictionnelle à la décision du bâtonnier.

Ce pourquoi, il était permis, en l'espèce, de se prononcer pour une réponse positive à la question ci-dessus : le bâtonnier de l'ordre des avocats inscrits à un barreau, à qui est « soumise » une contestation concernant le montant et le recouvrement des honoraires, rend une « décision » de caractère juridictionnel. Il constitue donc un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'était d'ailleurs exactement l'opinion du premier président de la cour d'appel de Paris dans cette affaire, qui avait retenu que le bâtonnier exerçait en la matière « une fonction juridictionnelle ».

Il va de soi, tant la question était malgré tout susceptible de discussion, qu'une réponse alternative au rejet du pourvoi a été proposée à la chambre sur la base d'un moyen de pur droit, soulevé d'office après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile (car la critique proposée par la première branche du moyen unique ne s'y prêtait pas) : le bâtonnier de l'ordre des avocats inscrits à un barreau, à qui est « soumise » une contestation concernant le montant et le recouvrement des honoraires, rend une « décision » qui, selon l'article 178 du décret du 27 novembre 1991, ne peut être susceptible d'exécution forcée que par l'effet d'une ordonnance ultérieure rendue sur requête soit de l'avocat, soit de la partie, par le président du TGI,

magistrat de l'ordre judiciaire, exerçant à cet effet une pleine compétence d'appréciation, de sorte que, selon le raisonnement du Conseil d'État dans l'arrêt du 2 octobre 2006 précité, la décision prise alors par le bâtonnier au sens de l'article 175 du décret du 27 novembre 1991 ne peut être réputée émaner d'un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Devant cette alternative, l'arrêt du 29 mars 2012, sans prendre explicitement position sur cette question préalable, a implicitement, mais nécessairement, choisi de tenir le bâtonnier saisi d'une contestation d'honoraires pour un organe juridictionnel.

La question principale était en conséquence celle posée par la première branche du moyen unique du pourvoi : dans les pouvoirs qui lui sont confiés à la suite de son élection par ses pairs, et dans le cadre des règles déontologiques qui s'imposent à tous les avocats, le bâtonnier, exerçant la fonction juridictionnelle de juge des contestations d'honoraires d'avocat, présente-t-il des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité ?

La réponse positive donnée par le premier président de la cour d'appel de Paris dans son ordonnance du 19 novembre 2010, objet du pourvoi, pouvait, en effet, laisser subsister des interrogations. Le justiciable, le client, peu au fait ou ignorant des règles internes de fonctionnement d'un barreau d'avocats et de la déontologie de l'exercice de la profession d'avocat, pouvait constater aisément que le litige de contestation d'honoraires qui l'opposait à l'avocat à qui il avait confié mandat de représentation et d'assistance en justice avait été examiné par un autre avocat, du même barreau, auprès du même tribunal de grande instance. Il pouvait donc apparaître, de manière intellectuellement, et pratiquement, très légitime, que ce justiciable pût craindre une connivence à son détriment entre « confrères » professionnels du droit et de la procédure, et douter, *ipso facto*, de l'indépendance et de l'impartialité de l'avocat-bâtonnier ou de son délégué, avocat, devenu juge du bien-fondé ou du mal fondé de sa réclamation, ou de la réclamation de l'avocat mandaté par lui.

Que devenait encore ce doute si, se penchant sur la loi de 1971 et sur le décret d'application du 27 novembre 1991, le justiciable constatait que l'avocat investi de la fonction de bâtonnier est élu par ses pairs pour une durée de deux ans renouvelable consécutivement une fois, et apprenait, en outre, les conditions dans lesquelles, dans les petits comme dans les grands barreaux, l'élection est rarement autre chose qu'une validation d'une candidature connue d'avance, celle du « dauphin », candidature souvent unique, le collège électoral des avocats inscrits au barreau et des avocats honoraires procédant, lors de ce scrutin à bulletins secrets, plutôt à une « confirmation » qu'à une véritable élection entre divers candidats ayant chacun exposé son propre programme d'action ?

Retenir l'impartialité du bâtonnier-juge pour la raison que le justiciable dispose ensuite d'un recours devant le premier président était-il pertinent, comme l'affirmait l'ordonnance attaquée ? L'impartialité d'un juge s'apprécie, en effet, objectivement, en sa personne. Peut-elle être consacrée par la circonstance, retenue par l'ordonnance attaquée, qu'existe une voie de recours devant un autre juge, présumé, lui, indépendant et impartial ?

De plus, retenir, comme l'ordonnance le soulignait encore, que l'impartialité du bâtonnier est garantie par le respect des règles déontologiques applicables à la profession d'avocat, conçues comme une assurance que le bâtonnier sera *ipso facto* impartial

lorsqu'il est saisi d'une contestation du montant ou du recouvrement des honoraires réclamés à l'un de ses confrères, n'est-il pas une simple pétition de principe ?

On sait, en effet, que même l'absence d'apparence d'impartialité et d'indépendance suffit à la Cour européenne de Strasbourg pour caractériser le non-respect de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Or, selon les textes précités, loi du 31 décembre 1971 et décret du 27 novembre 1991, le bâtonnier est élu pour deux ans, renouvelables une fois à la suite : on peut donc facilement admettre que, dès la seconde année de son premier mandat, le bâtonnier en exercice, s'il souhaite le renouvellement de son mandat, va forcément, inévitablement, nécessairement, se trouver, même de manière larvée ou discrète, en « campagne électorale », surtout, naturellement, si se dessine une candidature concurrente. Cette situation, banale car courante, constitue-t-elle un gage certain d'indépendance et d'impartialité à l'égard de ses confrères, ceux qui l'ont élu comme ceux qui n'ont pas voté pour lui, et dont il va devoir pourtant continuer d'apprécier la qualité du travail dans le cadre, notamment, de la procédure de contestation de leurs honoraires ?

Il peut être souligné encore que le bâtonnier, selon le décret de 1991, en premier lieu préside le conseil de l'ordre, organe ordinal ayant notamment la charge de veiller à l'observation des devoirs des avocats, de concourir à la discipline, de maintenir les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité, ainsi que l'ensemble des règles imposées pour la déontologie de la profession d'avocat, en deuxième lieu représente le barreau dans tous les actes de la vie civile, en troisième lieu exerce le recours contre le bureau d'aide juridictionnelle prévu par l'article 23 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à l'aide juridique, ce bureau comprenant parmi ses membres, en application de l'article 16 de la même loi, un avocat ou avocat honoraire du barreau dont il préside le conseil de l'ordre, en quatrième lieu se trouve investi de certains pouvoirs propres, à l'effet, notamment, de prévenir et de concilier, au besoin par l'arbitrage, les différends d'ordre professionnel des avocats, notamment pour l'application des contrats d'avocat salarié ou d'avocat collaborateur, d'instruire toute réclamation formulée par des tiers, et de recevoir et transmettre au conseil de l'ordre toute réclamation d'un avocat s'estimant lésé dans ses intérêts professionnels par une délibération ou une décision du conseil de l'ordre, en cinquième lieu peut suspendre provisoirement un avocat faisant l'objet d'une poursuite pénale ou disciplinaire et saisir l'instance disciplinaire directement ou après enquête déontologique diligentée par ses soins et à sa propre initiative, notamment à l'encontre de tout avocat de son barreau qui a été l'auteur d'une contravention aux lois et règlements, d'une infraction aux règles professionnelles, de tout manquement à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, en sixième lieu peut commettre d'office tout avocat de son barreau et approuver, le cas échéant, les motifs d'excuse ou d'empêchement invoqués à l'encontre de cette désignation, en septième lieu doit être informé sans délai par tout avocat de son barreau d'une action judiciaire en dommages et intérêts en raison de son activité professionnelle...

Mais, à rebours de ces considérations, pour la deuxième chambre civile, avoir investi le bâtonnier, titulaire des pouvoirs ci-dessus évoqués qui l'impliquent dans le contrôle de l'activité professionnelle de tous les avocats de son barreau, du pouvoir de trancher les contestations du montant et du recouvrement des honoraires des avocats en

application de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971, en statuant en premier ressort, avec alors le statut et l'apparence de statut d'une véritable juridiction, et tenu, dès lors, d'appliquer, non seulement les quelques règles de procédure spécifiques fixées par les textes cités, mais encore de procéder comme en matière civile (la procédure civile de droit commun) pour tout ce qui n'est pas réglé par le décret, et en appréciant à cette fin le montant des honoraires discutés par référence à des critères légaux d'usages, de situation de fortune du client, de difficulté de l'affaire, de frais exposés par l'avocat, de la notoriété et des diligences de celui-ci, c'est-à-dire en appréciant la pertinence des honoraires réclamés au regard des qualités et de l'efficacité du travail professionnel de l'avocat partie à cette contestation, alors qu'il a pu être par ailleurs l'adversaire heureux ou malheureux de cet avocat, n'est pas pour autant de nature à faire naître, dans l'esprit des parties à la procédure de contestation des honoraires, des doutes légitimes sur l'indépendance et l'impartialité de la juridiction que forme alors le bâtonnier, de nature à affecter, à altérer, leur droit de pouvoir présenter leur cause dans des conditions ne les plaçant pas, l'une ou l'autre, en situation de net désavantage par rapport à leur adversaire.

En conclusion, il n'est pas sûr que l'arrêt du 29 mars 2012 soit de nature à mettre un terme à la discussion ouverte par la première branche du moyen unique du pourvoi examiné...

Convention européenne des droits de l'homme – Article 14 – Interdiction de discrimination – Compatibilité – Décret n° 90-1215 du 20 décembre 1990 – Article 92 – Portée

2^e Civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 10-24.661, Bull. 2012, II, n° 130

L'article 92 du décret n° 90-1215 du 20 décembre 1990 portant application de la loi du 12 juillet 1937 instituant une caisse de retraite et de prévoyance des clercs et employés de notaires et modifiant certaines dispositions relatives à cette caisse (régime spécial des clercs et employés de notaires) prévoit une bonification de quatre trimestres pour la liquidation des droits à la retraite lorsque l'assuré a pris un congé dans les conditions suivantes : « Le bénéfice de ces dispositions est subordonné à une interruption ou une réduction d'activité d'une durée continue au moins égale à deux mois dans le cadre d'un congé de maternité ou d'adoption, d'un congé parental d'éducation ou de présence parentale prévu à l'article L. 1225-17, à l'article L. 1225-37, au 1^o de l'article L. 1225-47 et à l'article L. 1225-62 du code du travail [...] » (anciens articles visés L. 122-26, L. 122-28-1 et L. 122-28-9 du code du travail).

Ce texte réglementaire fait référence à l'article L. 12, b, du code des pensions civiles et militaires de retraite. Cela s'explique notamment par le fait que ce régime a été créé en 1937 par référence au régime des pensions civiles, lequel a souvent servi de modèle aux régimes créés avant 1945-46 et conservés alors en tant que régimes spéciaux de salariés. Les questions pouvant se poser en termes de discrimination directe ou indirecte à raison du sexe ou de manquements à l'égalité entre travailleurs des deux sexes dans le cadre de ce régime spécial des clercs et employés de notaires sont donc à peu près les mêmes que celles que doivent traiter les juridictions administratives quand elles sont saisies de ces questions pour l'application de l'article L. 12, b, du code des pensions civiles et militaires de retraite.

Un assuré du régime spécial des clercs et employés de notaires, qui s'était vu refuser le bénéfice de cette bonification pour la naissance de ses deux premiers enfants, nés en 1992 et 1995, faute d'un congé d'au moins deux mois, expliquait qu'une absence sans solde, même dans le cadre d'un congé parental – apparu à la fin des années 1970, le congé parental a été étendu à tous les salariés par la loi n° 84-9 du 4 janvier 1984 – n'était pas envisageable dans un ménage sans fortune personnelle et n'ayant que des revenus salariaux.

Il soutenait qu'en revanche, ses collègues de sexe féminin, du seul fait du congé de maternité rémunéré qu'elles prenaient, obtenaient cette bonification et que cela créait ainsi une discrimination indirecte à raison du sexe, voire une rupture de l'égalité des traitements entre les travailleurs des deux sexes.

Devant la Cour de cassation, pour conforter la critique de l'arrêt dont il demandait la cassation, il a signalé qu'une question préjudicielle sur ce point, dans le régime des pensions civiles, était posée par le tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion (jugement n° 0900637 du 25 novembre 2010) à la Cour de justice de l'Union européenne (affaire n° C 572/10).

Le jugement de ce tribunal a été annulé par la cour administrative d'appel (CAA Bordeaux, 29 décembre 2011, n° 11BX00446 et 11BX01425), mais il a permis à l'avocat général désigné dans l'affaire n° C 572/10, Niilo Jääskinen, d'exprimer un avis très intéressant (conclusions disponibles sur le site <http://curia.europa.eu> sur la page de l'affaire n° C 572/10).

Les droits et avantages liés à la naissance, à la venue et à l'éducation d'un enfant, ont été progressivement étendus à tous les salariés dans le régime des pensions civiles et dans les autres régimes.

Toutefois, les droits directement liés à l'état de grossesse, avant et après, sont propres aux femmes, pour des raisons évidentes.

Pour compenser, en respectant le rôle de chacun au moment de la naissance, des droits comme le congé paternel de naissance ont été institués, tant il apparaît que l'évolution des mœurs conduit les pères à participer de plus en plus aux tâches d'éducation des enfants et de la vie au foyer, même s'il reste beaucoup à faire en ce domaine, sans oublier celui de l'égalité entre les travailleurs des deux sexes.

Une lecture un peu rapide pourrait donc faire croire que le demandeur visait à obtenir pour lui un avantage accordé aux femmes du fait de la grossesse.

Or, la question qui était posée ne portait pas sur le droit d'un père à un congé lié à la maternité, mais sur une discrimination indirecte de nature patrimoniale à raison du sexe, voire une rupture de l'égalité de traitement entre les travailleurs des deux sexes, fondée sur le constat que les femmes salariées de ce régime spécial, du seul fait de leur congé de maternité nécessairement indemnisé, et de plus de deux mois, bénéficient ainsi sans difficulté d'un droit à la bonification, auquel les hommes ne peuvent prétendre qu'en perdant leurs droits à salaires, et même leur situation professionnelle si l'employeur est en mesure de pouvoir refuser le congé parental d'éducation.

La réponse de la Cour de cassation va dans le même sens que celles des juridictions administratives pour le régime des pensions civiles (CAA marseille, 2 mars 2010, n° 08MA00504; CE, 13 juin 2012, n° 333798, parmi d'autres arrêts). Il est dit en effet

dans l'arrêt rendu que le seul fait qu'un nombre plus élevé de femmes que d'hommes bénéficient de cette bonification dans le cadre du calcul de leur pension de retraite du fait de leur congé de maternité n'engendre pas une discrimination indirecte à raison du sexe ou une rupture d'égalité de traitement entre les travailleurs des deux sexes.

L'assuré, ne justifiant pas d'arrêt de travail d'au moins deux mois pour l'un ou l'autre de ses deux premiers enfants, a donc été débouté à bon droit sur ce point de son recours contre la décision de la caisse.

3. Droit international

Aucun arrêt publié au *Rapport* en 2012.

IV. EXAMEN DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ

Un bilan de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) depuis sa création est cette année dressé, en mettant l'accent sur, d'une part, les conditions de recevabilité et, d'autre part, les conditions de renvoi. Mais, auparavant, sera rappelée l'étendue du contrôle de la Cour de cassation sur le pouvoir des juges du fond lorsqu'ils transmettent des QPC.

A. Office du juge de transmission

À l'égard des juges *a quo*, chargés d'opérer un premier filtrage des QPC, la Cour de cassation exerce un certain contrôle et précise l'office du juge en la matière.

Elle rappelle encore régulièrement que le juge ne peut pas relever d'office un moyen d'inconstitutionnalité (Crim., 3 janvier 2012, QPC n° 11-90.108), ni modifier la question telle qu'elle avait été posée (Soc., 5 octobre 2011, QPC n° 11-40.052, *Bull.* 2011, V, n° 227 ; 2^e Civ., 8 février 2012, QPC n° 11-40.107 ; Crim., 12 juin 2012, QPC n° 12-90.024).

À deux reprises, en 2012, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a déclaré irrecevable une QPC transmise par un juge qui avait omis de recueillir l'avis du ministère public dans une instance dans laquelle il n'était pas partie. Cette omission rend la QPC irrecevable car cette formalité est d'ordre public (2^e Civ., 31 mai 2012, QPC n° 12-40.023 ; 2^e Civ., 27 septembre 2012, QPC n° 12-40.057).

B. Conditions de recevabilité

Les textes relatifs à la QPC ne prévoient qu'une cause d'irrecevabilité de la QPC, l'absence de présentation dans un écrit distinct et motivé. Or, l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation révèle l'existence de conditions supplémentaires de recevabilité, relatives au pourvoi, à la disposition contestée et aux griefs invoqués.

1. Exigence d'un écrit motivé

Cette condition est contrôlée par la Cour de cassation même si la question a été transmise, et donc préalablement contrôlée, par une juridiction du fond (Crim., 28 avril 2011, QPC n° 11-90.014 ; 2^e Civ., 7 juillet 2011, QPC n° 11-40.028 ; 3^e Civ., 6 janvier 2012, QPC n° 11-40.083 ; 2^e Civ., 8 février 2012, QPC n° 11-40.107). Si la condition de forme de présentation d'un écrit distinct est respectée, celle relative à la motivation entraîne plus de difficultés.

La Cour de cassation, et surtout la chambre criminelle, déclare en effet irrecevables les QPC insuffisamment précises et motivées.

La QPC doit donc être précise tant dans les dispositions contestées que dans les principes constitutionnels invoqués (Crim., 4 mai 2011, QPC n° 11-80.618). Cette imprécision ne peut être corrigée par le juge de transmission, qui ne peut reformuler la question afin de la rendre recevable (2^e Civ., 8 février 2012, QPC n° 11-40.107). La chambre criminelle estime donc que la QPC posée dans des « termes imprécis » ne permet pas « à la Cour de cassation de contrôler son applicabilité au litige, son caractère nouveau ou sérieux » (Crim., 15 juin 2011, QPC n° 11-80.198, *Bull. crim.* 2011, n° 131).

La chambre criminelle reproche encore aux QPC « rédigées d'une manière insuffisamment intelligible » (Crim., 10 mai 2011, QPC n° 11-80.993) ou mal formulées de ne pas mettre « la Cour de cassation en mesure d'en vérifier le sens et la portée » (Crim., 21 septembre 2011, QPC n° 11-81.559, *Bull. crim.* 2011, n° 184) et d'empêcher le Conseil constitutionnel d'exercer son « contrôle de constitutionnalité » (Crim., 10 mai 2011, QPC n° 11-80.993).

Enfin, la QPC doit être argumentée et préciser « en quoi le texte visé ne serait pas conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution qu'elle invoque » (Crim., 21 juin 2011, QPC n° 11-90.044, *Bull. crim.* 2011, n° 146). En effet, une question qui n'est étayée par aucune argumentation « n'est [...] [pas] de nature à permettre à la Cour de cassation de contrôler son caractère nouveau ou sérieux » (Crim., 21 novembre 2012, QPC n° 12-90.057, *Bull. crim.* 2012, n° 255).

Ainsi, de manière générale, la chambre criminelle critique « la formulation du mémoire [qui] ne permet pas de discerner la question prioritaire de constitutionnalité soulevée [et dans lequel] aucune disposition législative [...] n'est formellement critiquée pas plus que ne sont invoqués les droits et libertés garantis par la Constitution qui seraient violés par cette disposition » (Crim., 20 juillet 2011, QPC n° 11-84.004).

En bref, la Cour de cassation considère qu'une QPC est recevable dès lors que la disposition législative contestée et les principes constitutionnels sont précisément identifiés et qu'est formulée une argumentation.

2. Recevabilité de l'instance principale et recevabilité de la QPC

Dès lors que la QPC est envisagée comme un moyen venant au soutien d'une prétention et que le juge est invité à statuer par priorité et sans délai, selon les règles de procédure qui lui sont applicables, la Cour de cassation a été conduite à examiner la recevabilité des QPC au regard, d'une part, de celle de l'instance principale et, d'autre part, des règles de procédure applicables à l'instance considérée.

Pour la Cour de cassation, « l'irrecevabilité du pourvoi à l'occasion duquel la [...] question [prioritaire de constitutionnalité] est posée entraîne l'irrecevabilité de cette dernière » (Crim., 17 mai 2011, QPC n° 11-81.179; voir également, dans le même sens, mais formulé différemment, par exemple, 1^{re} Civ., 15 février 2012, QPC n° 11-22.111 et 11-22.237).

Cependant, la chambre criminelle ne tient pas toujours ce raisonnement. Après avoir constaté que le président de la chambre criminelle avait rendu une ordonnance disant n'y avoir lieu, en l'état, de recevoir le pourvoi du demandeur, elle conclut qu'il

n'existe pas d'instance en cours devant la Cour de cassation au sens de l'article 61-1 de la Constitution, déclare la question devenue sans objet et dit n'y avoir lieu à transmission de la QPC (Crim., 29 mars 2011, QPC n° 10-88.491, *Bull. crim.* 2011, n° 63 ; Crim., 13 mars 2012, QPC n° 11-87.805).

Ce lien établi entre recevabilité de l'instance principale et celle de la QPC implique que la Cour de cassation ait procédé à un examen rapide du pourvoi. Cela concerne alors le plus souvent les décisions de non-admission des pourvois (voir, par exemple, Crim., 7 mars 2012, QPC n° 12-80.166) et, de manière générale, les hypothèses où le pourvoi a été déclaré irrecevable avant l'examen de la QPC, voire au plus tard le même jour.

Enfin, la Cour de cassation rappelle régulièrement sa jurisprudence désormais constante selon laquelle les QPC incidentes à un pourvoi doivent suivre le régime procédural, c'est-à-dire les conditions de forme et de délais, de l'instance au cours de laquelle elles sont soulevées (2^e Civ., 11 octobre 2012, QPC n° 12-60.236)¹.

Par exemple, sont irrecevables le pourvoi et la QPC incidente qui n'ont pas été déposés par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation dans une matière non dispensée du ministère d'avocat (2^e Civ., 11 octobre 2012, QPC n° 12-60.236 précitée). Devant la chambre criminelle, la QPC présentée dans un mémoire plus d'un mois après la déclaration de pourvoi est déclarée irrecevable (Crim., 14 mars 2012, QPC n° 11-84.788, *Bull. crim.* 2012, n° 75). Le mémoire spécial doit, à peine d'irrecevabilité, avoir été remis au greffe dans le délai d'instruction du pourvoi (2^e Civ., 16 septembre 2010, QPC n° 10-12.935). Par conséquent, sont irrecevables les QPC posées une fois l'instruction du pourvoi terminée (Com., 5 avril 2011, QPC n° 10-30.281).

3. QPC portant seulement sur une disposition législative

Régulièrement, la Cour de cassation rappelle que seule une disposition de nature législative peut faire l'objet d'une QPC, ce qui exclut les dispositions de nature administrative, internationale et la règle jurisprudentielle. Cependant, il est admis, dans certaines circonstances, que l'absence de disposition législative peut être invoquée à l'appui d'une QPC.

a. Dispositions de nature administrative

Plusieurs années après la mise en œuvre de la réforme, la Cour de cassation est encore amenée, parfois, à rappeler que les actes réglementaires ne peuvent être contestés devant elle par la voie de la QPC (voir, par exemple, 2^e Civ., 31 mai 2012, QPC n° 12-40.030, *Bull.* 2012, II, n° 92).

Cependant, les questions sont formulées de manière plus subtile de sorte que la Cour de cassation doit vérifier que « sous le couvert de la critique » d'une disposition législative, la question ne tend pas en réalité à contester la conformité à la Constitution de

1. Voir aussi, 2^e Civ., 16 septembre 2010, QPC n° 10-12.935 ; Crim., 11 octobre 2011, QPC n° 11.86.066 ; 1^{re} Civ., 4 novembre 2011, QPC n° 11-60.240.

dispositions réglementaires (voir, par exemple, Soc., 13 juillet 2012, QPC n° 12-40.049, *Bull.* 2012, V, n° 224)².

b. Dispositions d'origine internationale

Ne constituent pas non plus des dispositions législatives entrant dans le champ de la QPC les lois transposant des normes internationales précises et inconditionnelles.

La Cour de cassation refuse d'examiner des dispositions, certes de forme législative, mais qui «se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises [d'une directive] et ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France» (voir, par exemple, Soc., 15 juin 2011, QPC n° 10-27.130 et 10-27.131 [2 arrêts]). La chambre criminelle a étendu ce raisonnement aux dispositions législatives qui se bornent «à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d' [un] règlement [européen]» (Crim., 22 février 2012, QPC n° 11-90.122, *Bull. crim.* 2012, n° 54).

En revanche, si les dispositions critiquées ont «un objet plus large» que la directive européenne, alors la QPC est recevable (voir, par exemple, Com., 13 avril 2012, QPC n° 12-40.009, *Bull.* 2012, IV, n° 83).

c. Règle jurisprudentielle

Après trois années de mise en œuvre de la réforme, force est de constater un glissement des critiques vers l'interprétation faite par le juge d'une disposition législative.

Face à ces QPC, la Cour de cassation rappelle souvent la jurisprudence du Conseil constitutionnel suivant laquelle «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» (Soc., 28 novembre 2012, QPC n° 11-17.941, *Bull.* 2012, V, n° 308; voir aussi, 1^{re} Civ., 27 septembre 2011, QPC n° 11-13.488, *Bull.* 2011, I, n° 151; 1^{re} Civ., 8 décembre 2011, QPC n° 11-40.070; Com., 10 juillet 2012, QPC n° 12-40.042).

Par conséquent, est jugée irrecevable une QPC portant non pas sur une disposition législative, mais sur les seules règles jurisprudentielles.

La Cour de cassation s'est prononcée ainsi sur la QPC relative à la soumission au droit civil commun procédural des actions en réparation des atteintes à la vie privée fondées sur l'article 9 du code civil (1^{re} Civ., 8 décembre 2011, QPC n° 11-40.070, *Bull.* 2011, I, n° 211).

2. Voir également, Cass. QPC, 18 juin 2010, pourvoi n° 09-72.894; 1^{re} Civ., 12 janvier 2011, QPC n° 12-40.053; 2^e Civ., 6 décembre 2012, QPC n° 12-21.855.

Elle vérifie aussi que « sous couvert de critiquer » des dispositions législatives précises, la QPC ne tend pas en réalité à critiquer une règle jurisprudentielle. Par exemple, une QPC portait sur les articles 1134 du code civil et L. 1121-1 du code du travail « tels qu'ils sont interprétés par la Cour de cassation ». Les auteurs de la QPC reprochaient à la Cour de cassation d'avoir érigé la règle selon laquelle une clause de non-concurrence stipulant une minoration de la contrepartie financière en cas de démission n'est pas nulle mais est réputée non écrite. Cependant, la Cour de cassation a relevé que cette règle ne provenait pas de l'interprétation de ces deux textes législatifs, mais de la seule « règle jurisprudentielle, énoncée notamment au visa de ces textes » (Soc., 28 novembre 2012, QPC n° 11-17.941, précité).

Autrement dit, la Cour de cassation vérifie que la disposition législative critiquée par la QPC est bien la seule pertinente qui fonde la règle jurisprudentielle ou l'interprétation qu'elle en fait.

La Cour de cassation contrôle également l'existence d'une interprétation jurisprudentielle constante (Com., 21 février 2012, QPC n° 11-23.097 ; Com. 18 septembre 2012, QPC n° 12-14.584, 12-14.401, 12-14.632, 12-14.595, 12-14.597, 12-14.598, 12-14.624, 12-14.625, 12-14.648 ; Crim., 28 novembre 2012, QPC n° 12-82.292). Ainsi, par exemple, même si la QPC portait sur une disposition législative précise, la Cour de cassation a refusé de la renvoyer au Conseil constitutionnel au seul motif qu'il ne s'agissait que « d'une utilisation pouvant être éventuellement faite de ces dispositions » (Crim., 14 décembre 2011, QPC n° 11-90.103). L'interprétation de la loi ne doit pas non plus être celle prêtée par le seul requérant au soutien de ses demandes à l'occasion du litige en cours (Soc., 31 mai 2011, QPC n° 11-13.256).

Une fois reconnue l'existence d'une interprétation jurisprudentielle constante de la disposition législative, la Cour de cassation examine alors le caractère sérieux de la question.

d. Imprécision ou absence de disposition législative

Il est désormais admis que l'imprécision ou le silence de la loi peut porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

L'examen des décisions de la Cour de cassation en la matière montre qu'elle accepte d'examiner le caractère sérieux de QPC portant sur la carence du législateur quand les griefs invoqués sont ceux tirés d'une atteinte au droit au recours et au principe d'égalité (voir, par exemple, en 2012, Com., 21 février 2012, QPC n° 11-23.097 ; 1^{re} Civ., 12 avril 2012, QPC n° 11-25.205). Elle contrôle également régulièrement l'insuffisance de la loi sur le fondement de l'incompétence négative du législateur (voir, par exemple, en 2012, 3^e Civ., 11 juillet 2012, QPC n° 12-40.043 ; 1^{re} Civ., 11 septembre 2012, QPC n° 12-14.135 ; 1^{re} Civ., 19 décembre 2012, QPC n° 12-40.082).

4. QPC invoquant uniquement des droits et libertés garantis par la Constitution

En principe, seuls les droits et libertés garantis par la Constitution peuvent être invoqués à l'appui d'une QPC.

De ce point de vue, le mécanisme de la QPC est en général bien compris puisque des griefs tirés d'une atteinte au droit international sont invoqués dans un faible nombre de cas. En revanche, plus délicate est la question des exigences constitutionnelles n'entrant pas dans la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit, comme les objectifs à valeur constitutionnelle.

a. Grief tiré d'une atteinte au droit international

Désormais, la Cour de cassation reprend les termes de la jurisprudence constitutionnelle : « Si l'article 55 de la Constitution confère aux traités et accords internationaux, dans les conditions qu'il détermine, une autorité supérieure à celle des lois, il ne prescrit, ni n'implique que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution, le contrôle de la compatibilité des lois avec les traités et accords internationaux incombant aux juridictions judiciaires et administratives. » (2^e Civ., 19 septembre 2012, QPC n° 12-40.054).

Par conséquent, si la question posée invoque uniquement la non-conformité de dispositions législatives au droit international, alors la QPC est jugée irrecevable (Crim., 21 juin 2011, QPC n° 11-90.036). Il en est de même si la question ne fait qu'alléguer une atteinte à un principe constitutionnel et concentre ses critiques sur des atteintes au droit international (voir, par exemple, Crim., 17 août 2011, QPC n° 11-90.062).

Mais, si la question posée invoque simultanément la non-conformité de dispositions législatives au droit international et aux droits et libertés garantis par la Constitution, alors la réponse de la Cour de cassation n'est pas toujours la même :

- soit les griefs sont déclarés « inopérants » et la question n'est pas jugée sérieuse (Soc., 5 janvier 2012, QPC n° 11-40.080, *Bull.* 2012, V, n° 1);
- soit la Cour constate que les griefs ne sauraient être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité et que la question n'est pas sérieuse (2^e Civ., 19 septembre 2012, QPC n° 12-40.054);
- soit la QPC est jugée « irrecevable » (Soc., 25 janvier 2012, QPC n° 11-40.090, *Bull.* 2012, V, n° 28; voir aussi, 2^e Civ., 12 mai 2011, QPC n° 11-40.006);
- soit, enfin, la Cour ne répond pas au grief tiré d'une atteinte au droit international (voir, par exemple, Com., 4 octobre 2011, QPC n° 11-40.054; 2^e Civ., 9 novembre 2011, QPC n° 11-40.074; Crim., 14 mars 2012, QPC n° 12-90.001).

b. Cas de l'objectif à valeur constitutionnelle

La Cour de cassation (2^e Civ., 8 février 2012, QPC n° 11-40.094; 1^{re} Civ., 5 avril 2012, QPC n° 12-40.007) reprend la position du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 22 juillet 2010 (Cons. const., 22 juillet 2010, décision n° 2010-4/17 QPC, M. Alain C. et autre [indemnité temporaire de retraite outre-mer], a refusé qu'un grief tiré d'une atteinte à un objectif de valeur constitutionnelle soit invoqué devant lui. Les objectifs à valeur constitutionnelle peuvent toutefois être utilisés, dans le cadre d'une QPC, pour justifier des atteintes aux droits et libertés que la Constitution garantit (Com., 13 avril 2012, QPC n° 12-40.016; Soc., 11 octobre 2012, QPC n° 12-40.059, *Bull.* 2012, V, n° 261).

C. Conditions de renvoi

Il résulte de l'article 1^{er} de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, ayant inséré un article 23-5 dans le chapitre II du titre II de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, que la transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel suppose la réunion de trois conditions :

- 1° – la disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites;
- 2° – elle ne doit pas avoir été déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, de droit et de fait;
- 3° – la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux.

Au fil de sa jurisprudence, la Cour de cassation définit progressivement les contours des trois conditions de renvoi expressément prévues par le législateur.

1. Sur la notion d'applicabilité au litige

Pour se prononcer sur la condition d'applicabilité au litige, la Cour de cassation prend en considération, tantôt cumulativement, tantôt alternativement, deux critères : l'existence d'un lien réel entre la disposition législative critiquée et l'objet de la demande du justiciable d'une part, l'incidence d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité sur la solution du litige d'autre part.

a. Vérification de l'existence d'un lien réel entre la disposition législative critiquée et l'objet de la demande du justiciable

La Cour de cassation écarte les dispositions dont il n'est pas nécessaire de faire application pour trancher le litige au fond (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 5 juillet 2012, QPC n° 12-40.031 ; Com., 10 juillet 2012, QPC n° 12-40.042 ; Crim., 4 avril 2012, QPC n° 11-88.725), celles qui ne sont pas en vigueur au moment des faits de l'espèce (Crim., 12 octobre 2010, QPC n° 10-90.106), celles qui n'ont pas été soulevées au bon moment de l'instance (Crim., 15 mars 2011, QPC n° 10-90.127) ou encore celles qui n'ont pas été appliquées et/ou invoquées devant les juridictions du fond (Com., 12 juillet 2011, QPC n° 10-28.375)³.

La condition d'applicabilité au litige s'avère plus délicate lorsque la QPC vise à critiquer une carence du législateur ou plus largement une absence de disposition. Peut-on déclarer applicable au litige une disposition législative précisément contestée pour ne pas être applicable au cas d'espèce ?

Dans un arrêt prononcé le 19 janvier 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation, saisie d'une QPC visant les dispositions de l'article L. 6145-11 du code de

3. Voir aussi, 1^{re} Civ., 6 juin 2012, QPC n° 11-27.071, *Bull.* 2012, I, n° 121 ; 1^{re} Civ., 5 juillet 2012, QPC n° 12-12.356 ; 2^e Civ., 20 décembre 2012, QPC n° 12-21.125 ; 2^e Civ., 20 décembre 2012, QPC n° 12-40.077 ; Soc., 19 septembre 2012, QPC n° 12-40.053 ; Crim., 21 mars 2012, QPC n° 11-84.066 ; Crim., 14 novembre 2012, QPC n° 12-90.058.

la santé publique, qui aménage le recours des établissements de santé contre les coobligés alimentaires, a jugé que ces dispositions n'étaient pas applicables au litige, dès lors que l'auteur de la QPC, n'entrant pas dans la catégorie des établissements publics de santé, ne pouvait s'en prévaloir (1^{re} Civ., 19 janvier 2012, QPC n° 11-40.086).

En revanche, dans un arrêt prononcé le 23 mai 2012 (1^{re} Civ., 23 mai 2012, QPC n° 12-40.025), la première chambre civile a implicitement admis l'applicabilité au litige des dispositions de l'article 375-5, alinéa 2, du code civil, permettant au procureur de la République d'ordonner la remise provisoire d'un mineur dans un centre d'accueil.

Dans cette affaire, le président du conseil général du Val-d'Oise avait fait appel de l'ordonnance du procureur de la République et soulevé une QPC critiquant l'impossibilité d'exercer une voie de recours à l'encontre d'une telle décision.

La cour d'appel avait jugé cet appel irrecevable mais transmis la QPC, en considérant que la disposition critiquée « était applicable à la procédure, puisque la cour était saisie de l'appel du placement d'un mineur étranger isolé à l'ASE du Val-d'Oise par le procureur de la République de Bobigny, sur le fondement des dispositions de l'article 375-5 du code civil ». La Cour de cassation a considéré que la QPC ne présentait pas de caractère sérieux mais a implicitement admis l'applicabilité au litige des dispositions critiquées.

Dans un arrêt rendu le 21 février 2012, la chambre commerciale a également considéré que les dispositions des articles 46, alinéa 1^{er}, et 170 de la loi du 25 janvier 1985, donnant aux seuls représentants des créanciers et liquidateur qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers, étaient applicables au litige, « en ce sens que, se fondant sur elles, la cour d'appel a déclaré les demandeurs irrecevables à agir, en tant que créanciers [...], en réparation du préjudice collectif [...] » (Com., 21 février 2012, QPC n° 11-23.097).⁴

b. Vérification de l'incidence qu'aurait une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité sur la solution du litige

La Cour de cassation exige parfois que la QPC produise un effet utile pour résoudre le litige.

Ainsi, saisie d'une QPC critiquant la carence du législateur n'ayant pas étendu la sanction de l'indignité successorale de l'article 727 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 3 décembre 2001, à la personne déclarée irresponsable pénalement, la première chambre civile a jugé que « l'inconstitutionnalité alléguée des dispositions contestées, inapplicables [au] litige, serait dépourvue d'incidence sur sa solution; [...] dès lors, la question [était] irrecevable » (1^{re} Civ., 06 juillet 2011, QPC n° 11-10.393).

La chambre commerciale a également jugé que « pour déclarer la société Kalkalit Nantes irrecevable en son appel, faute d'intérêt à agir, la cour d'appel ne s'est pas fondée sur ces dispositions [article L. 661-6, I, 1^o, du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises] mais sur celles de l'article 546, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile; qu'il en résulte que l'inconstitutionnalité alléguée serait dépourvue d'incidence sur la solution du litige; que la question est

4. Voir aussi, 1^{re} Civ., 17 octobre 2012, QPC n° 12-40.067, *Bull.* 2012, I, n° 206.

donc irrecevable en application de l'article 23-5, alinéa 3, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009» (Com., 10 juillet 2012, QPC n° 12-11.596).

2. Sur la notion de disposition déjà déclarée conforme à la Constitution

Une QPC ne peut être transmise à la Cour de cassation ou renvoyée au Conseil constitutionnel que si la disposition critiquée « n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ».⁵

Comme le souligne Régis Fraisse, ancien chef du service juridique du Conseil constitutionnel, « le législateur organique [...], au lieu de s'en tenir à une déclaration de conformité dans une décision du Conseil constitutionnel, exige que cette déclaration figure “dans les motifs et le dispositif d'une décision”. La source de cette formulation en est plus factuelle que juridique : elle tient aux réponses variables qu'a données au cours du temps le Conseil constitutionnel à la portée de ses décisions de conformité des lois à la Constitution ».⁶

Par le passé, le Conseil constitutionnel, après n'avoir examiné dans les motifs de sa décision que les dispositions contestées ou soulevées d'office, validait l'ensemble de la loi dans le dispositif de sa décision.

La Cour de cassation vérifie donc toujours que les dispositions critiquées n'ont pas déjà été explicitement et directement déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.⁷

3. Sur la notion de changement des circonstances justifiant le réexamen d'une disposition déjà déclarée conforme

L'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel prévoit qu'une QPC peut être soulevée à l'encontre d'une disposition législative déjà déclarée conforme à la Constitution dans l'hypothèse d'un « changement des circonstances ».

En cas de changement des circonstances, le Conseil réexamine donc une disposition législative précédemment reconnue conforme à la Constitution.

Dans sa décision n° 2009-595 DC du 03 décembre 2009 Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil a précisé que l'expression « changement des circonstances » comprend « les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les

5. Article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

6. R. Fraisse, « La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30, 14 janvier 2011, p. 77.

7. Voir, par exemple, 1^{re} Civ., 19 janvier 2012, QPC n° 11-40.089, *Bull.* 2012, I, n° 11 ; 2^e Civ., 11 octobre 2012, QPC n° 12-01.325 ; Crim., 04 janvier 2012, QPC n° 11-90.105.

circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée» (considérant 13).

a. Sur le changement des circonstances de droit

Dans sa décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011 (Cons. const. 8 avril 2011, décision n° 2011-120 QPC, *M. Ismaël A.* [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]), le Conseil constitutionnel a apporté une double précision sur la notion de changement des circonstances de droit : il a reconnu qu'une jurisprudence pouvait constituer un tel changement, à condition qu'elle émane d'une cour suprême, soit le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

S'inspirant de cette dernière décision, la chambre commerciale a rejeté une QPC visant une disposition déjà déclarée conforme en jugeant « qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait issu d'une jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation n'est depuis intervenu qui, affectant la portée de la disposition législative critiquée, en justifierait le réexamen » (Com., 5 juillet 2012, QPC n° 12-11.753).

La première chambre civile semble avoir aussi implicitement admis, dans un arrêt du 12 avril 2012 (1^{re} Civ., 12 avril 2012, QPC n° 12-40.010), que le prononcé de décisions par la Cour européenne des droits de l'homme ou par la Cour de cassation constituait un changement des circonstances de droit.

Dans cette espèce, l'auteur de la QPC faisait valoir que le fondement de la validation de l'article 78-2-1 du code de procédure pénale par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, reposait sur le motif essentiel que le législateur avait fait du procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, l'autorité compétente pour autoriser l'entrée dans les lieux professionnels. Il invoquait un changement des circonstances résultant de la modification jurisprudentielle du statut juridique du ministère public, celui-ci ne pouvant plus être considéré, depuis les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme rendus dans les affaires *Medvedyev* et autres c. France (CEDH, 29 mars 2010, requête n° 3394/03) et *Moulin* c. France (CEDH, 23 novembre 2010, requête n° 37104/06) et l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 décembre 2010 (Crim., 15 décembre 2010, pourvoi n° 10-83.674, *Bull. crim.* 2010, n° 207) comme une autorité judiciaire assumant, dans le cadre de l'article 66 de la Constitution, la mission de gardienne de la liberté individuelle.

La Cour de cassation a répondu « que le changement de circonstances de droit invoqué par *M. X...*, tenant au prononcé de deux décisions par la Cour européenne des droits de l'homme et d'une décision par la chambre criminelle de la Cour de cassation, concerne la possibilité pour le parquet d'assurer le contrôle d'une mesure de privation de liberté, de sorte qu'il est dépourvu d'incidence sur l'appréciation de la constitutionnalité de l'article 78-2-1 du code de procédure pénale, qui ne vise qu'à autoriser la pénétration dans des locaux à usage professionnel ».

La Cour a également considéré que constituait un changement des circonstances de droit la modification rédactionnelle d'un article de loi (1^{re} Civ., 23 mai 2012, QPC n° 11-26.535).

En revanche, à propos des QPC critiquant l'imprécision de l'incrimination de harcèlement moral, la chambre sociale et la chambre criminelle ont jugé que la décision

du Conseil constitutionnel abrogeant les dispositions pénales incriminant le harcèlement sexuel ne constituait pas un changement des circonstances de droit, en ce que cette décision n'affectait pas les dispositions contestées, rédigées de manière différente (Soc., 11 juillet 2012, QPC n° 12-40.051, *Bull.* 2012, V, n° 220; Crim., 25 juillet 2012, QPC n° 11-89.125, QPC n° 12-90.034, QPC n° 12-90.036 [trois arrêts]).⁸

b. Sur la notion de changement des circonstances de fait

La chambre criminelle a jugé à deux reprises cette année que les avancées de la science génétique « ne sauraient s'analyser en un changement des circonstances au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel » (Crim., 19 juin 2012, QPC n° 12-90.022 et Crim., 11 juillet 2012, QPC n° 12-81.533).

4. Sur la condition de nouveauté

Le Conseil constitutionnel a indiqué, dans sa décision du 3 décembre 2009 (décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution), qu' « une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle [...] au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel » (considérant 21).

Ce même considérant précise que « le législateur organique a entendu [...] imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; [...], dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ».

La Cour de cassation n'est donc tenue de transmettre la question au Conseil constitutionnel que lorsque la nouveauté s'attache à un moyen obligeant à l'interprétation d'un texte constitutionnel dont le Conseil n'a jamais fait application. En dehors de cette hypothèse, la Cour, comme le Conseil d'État, conservent leur marge d'appréciation, le critère de nouveauté représentant ainsi une condition de renvoi complémentaire, voire subsidiaire, offerte aux juridictions suprêmes pour déterminer s'il est ou non opportun de transmettre une question dont le caractère sérieux ne serait pas manifeste mais qui, par exemple, se poserait à l'occasion de nombreux litiges ou qui soulèverait de forts enjeux d'opinion.

Pour l'heure, la Cour de cassation a fait application du critère de nouveauté à trois reprises pour renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

La première chambre civile de la Cour de cassation a utilisé ce critère pour la première fois le 16 novembre 2010, à propos du mariage homosexuel (1^{re} Civ., 16 novembre 2010, QPC n° 10-40.042).

8. Voir aussi, dans le même sens, Crim., 4 septembre 2012, QPC n° 12-80.222 et QPC n° 12-84.129 [deux arrêts].

Les magistrats de la première chambre civile ont ainsi jugé que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers; [...] comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ».

La chambre criminelle (Crim., 19 janvier 2011, QPC n° 10-85.159, *Bull. crim.* 2011, n° 11 et QPC n° 10-85.305, *Bull. crim.* 2011, n° 12) a également renvoyé, sur ce fondement, la question de la motivation des arrêts de cour d'assises, en considérant que « [cette] question fréquemment invoquée devant la Cour de cassation [présentait] un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ».

Enfin, les magistrats de la troisième chambre civile ont jugé, dans un arrêt du 27 janvier 2011 (3^e Civ., 27 janvier 2011, QPC n° 10-40.056, *Bull.* 2011, III, n° 17), que la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation est nouvelle au regard de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement, dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de faire application.

5. Sur le caractère sérieux

Pour apprécier le caractère sérieux ou non de la QPC, la Cour de cassation se livre à un véritable précontrôle de constitutionnalité, en reprenant les principes dégagés par le Conseil constitutionnel.

S'agissant par exemple du principe d'égalité devant la loi découlant des articles 1 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la Cour de cassation constate l'existence d'une différence de traitement, pour ensuite vérifier si elle est ou non justifiée par une différence de situation ou un intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (voir, par exemple, 2^e Civ., 23 février 2012, QPC n° 11-40.099; Soc., 14 septembre 2012, QPC n° 12-40.052, *Bull.* 2012, V, n° 228; Crim., 18 janvier 2012, QPC n° 11-90.115, *Bull. crim.* 2012, n° 12).

S'agissant du droit à un recours effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la Cour de cassation examine, à l'instar du Conseil constitutionnel, l'ensemble des garanties procédurales offertes au justiciable pour apprécier l'atteinte alléguée à ce droit (voir, par exemple, 1^{re} Civ., 4 mai 2012, QPC n° 12-40.017; 2^e Civ., 25 janvier 2012, QPC n° 11-40.095; 3^e Civ., 6 janvier 2012, QPC n° 11-40.083; Com., 10 juillet 2012, QPC n° 12-40.050; Crim., 1^{er} février 2012, QPC n° 11-87.701).

S'agissant du droit de propriété, découlant des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la Cour de cassation reprend le raisonnement du Conseil constitutionnel qui distingue entre la protection garantie au titre de l'article 17 de la Déclaration de 1789, interdisant toute privation de propriété sans que « la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité », et la protection assurée au titre de l'article 2, encadrant les atteintes portées aux conditions d'exercice du droit de propriété (voir, par exemple, 3^e Civ., 13 décembre 2011, QPC n° 11-19.043, *Bull.* 2011, III, n° 211; 3^e Civ., 11 juillet 2012, QPC n° 12-40.043, *Bull.* 2012, III, n° 109; Com., 18 décembre 2012, QPC n° 12-40.076).



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 2012

1. Les affaires enregistrées

Après cinq années consécutives d'augmentation, le nombre cumulé d'affaires nouvelles portées devant la Cour de cassation a connu, en 2012, un léger infléchissement. 30 165 affaires ont ainsi été enregistrées entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre, soit une baisse globale de 1,48 % par rapport à l'année 2011, qui a vu la Cour saisie de 30 619 procédures. En dépit de ce tassement, le nombre d'affaires nouvelles reste particulièrement élevé, tant pour le contentieux civil que pénal (tableau 1.1).

Si la répartition entre ces deux contentieux reste globalement stable, le pourcentage d'affaires enregistrées relevant de la chambre criminelle marque un certain recul par rapport à l'année précédente, pour s'établir à 27,7 % – contre 28,6 % en 2011 (tableau 1.1). Cette situation est à rapprocher de la baisse sensible (4,48 %) du nombre de nouveaux dossiers soumis à cette chambre en 2012 (tableau 1.1). Le phénomène s'accompagne d'un recul significatif du contentieux correctionnel qui, s'il demeure le plus important en valeur absolue, avec 4 799 dossiers, connaît une baisse de 7,48 % par rapport à 2011. Une légère baisse peut également être observée en ce qui concerne les affaires de police, qui passent de 501 en 2011 à 488 en 2012. Seul le contentieux de la détention et, dans une moindre mesure, celui des assises enregistrent une progression – respectivement de 7,74 % et 4,83 % (tableau 1.10).

Avec 21 798 affaires nouvelles et réinscriptions enregistrées cette année, contre 21 860 en 2011, les chambres civiles, dont l'activité représente 72,3 % de l'activité globale de la Cour, voient leurs flux se stabiliser – la baisse relevée n'étant que de 0,28 %. 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). La stabilisation du contentieux reste toutefois trop récente pour qu'une tendance puisse, à ce stade, être dégagée.

2012 a enfin été marquée par un recul significatif du nombre de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) enregistrées. Au total, 385 QPC ont été posées, toutes matières et tous modes de saisine confondus, soit 21,43 % de moins qu'en 2011. La baisse la plus sensible concerne la matière pénale, pour laquelle une chute de 33,23 % est observée. Le nombre de QPC soumises aux chambres civiles reste plus stable, en recul de 3,59 %. Après un engouement immédiat et certain pour cette nouvelle procédure, les flux tendent donc à se régulariser, la Cour de cassation traitant désormais environ trente à quarante questions chaque mois (tableau 3.1).

2. Les affaires réglées

En 2012, la Cour de cassation a réglé, hors QPC, 29 971 dossiers, soit une très légère hausse par rapport à l'année précédente (0,61 %) (tableaux 1.3 et 1.4) Cette quasi-stabilité masque des évolutions différentes selon les chambres. Ainsi, le nombre d'affaires

terminées évolue peu devant la troisième chambre civile, la chambre commerciale et la chambre sociale (tableaux 2.11, 2.15, 2.19). La première chambre civile et la chambre criminelle enregistrent en revanche des progressions significatives (respectivement de 15,59 % et 9,87 %) par rapport à l'année précédente (tableaux 2.3 et 2.23). La deuxième chambre civile connaît de son côté une forte baisse (de 19,92 %) qui fait suite à une augmentation quasi continue de son contentieux depuis 2007 et trouve son origine dans le traitement par cette chambre d'un grand nombre de dossiers en série durant l'année 2011 (tableau 2.7). Ces variations n'apparaissent toutefois pas de nature à remettre en cause la tendance générale, marquée par la stabilité des flux.

Le taux de cassation par les chambres civiles, de 37,03 %, apparaît légèrement inférieur à celui de l'année 2011 (fixé à 39,16 %). Le taux de rejet des pourvois, qui s'établit à 35,47 % contre 32,34 % l'année précédente, connaît une hausse corrélative. 3 921 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 baisse de 1 % par rapport à 2011. Le nombre de désistements et de déchéances reste quant à lui élevé (26,54 %), enregistrant une progression de 2,83 % par rapport à l'an passé (tableau 1.8). Les affaires examinées en formation de section demeurent minoritaires (14,40 %), quoiqu'en progression, face aux affairesaudiencées devant des formations restreintes (tableau 1.11).

En matière pénale, le taux de non-admission est porté à 68 %, les désistements ne concernant que 6 % des dossiers (tableau 1.9). Une majorité d'affaires (61,78 %) est examinée en formation restreinte dite de « non-admission ». Seules 110 procédures (soit 1,43 % de l'ensemble) ont été déférées devant la formation de section. Une baisse quasi-constante de ce taux peut être observée depuis 2005 (tableau 1.12). En 2012, 581 dossiers ont donné lieu à cassation (soit 6,66 % des procédures), le taux de rejet des pourvois étant de 20,04 % (tableau 1.9).

Les décisions rendues sur question prioritaire de constitutionnalité ont été, toutes chambres confondues, moins nombreuses en 2012 qu'en 2011. 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 criminelle, en chute de plus de 30 %, tandis que le nombre de QPC examinées par les chambres civiles connaît une hausse de 7,29 % (tableau 3.2). Ce phénomène peut trouver une explication dans le fait qu'en matière pénale, les questions importantes ont été posées lors des premiers mois de la réforme, dans une matière où le contrôle *a priori* par le Conseil constitutionnel a toujours été très fort. Corrélativement, l'appropriation du droit constitutionnel par les privatistes, plus lente et plus récente, peut expliquer le maintien d'un niveau élevé en matière civile. Le taux de renvoi est quant à lui en baisse, tant devant les chambres civiles que devant la chambre criminelle (tableau 3.2).

Enfin, trois affaires ont été examinées par l'assemblée plénière et quatre 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, pour la première fois depuis 2003, le nombre de dossiers examinés en chambres mixtes dépasse celui des affaires soumises à l'assemblée plénière. Dix demandes d'avis ont par ailleurs été examinées, ce qui correspond à la moyenne (de 9,6) observée sur la décennie – le pic de l'année 2007 (18) étant compensé par le faible nombre de demandes enregistrées en 2009 et 2010 (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 99,35 %, soit une hausse de plus de 2 % par rapport à l'année 2011 (97,29 %).

En dépit de cette progression, le nombre total d'affaires en stock continue d'augmenter. Cette hausse tend toutefois à marquer le pas pour se stabiliser en 2012 (tableau 1.2). Compte tenu de sa faiblesse, elle demeure sans incidence significative sur le délai moyen de traitement des dossiers.

Devant les chambres civiles, la durée moyenne des affaires, hors péremption, reste stable, à 387 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 459 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 à des efforts de rationalisation dans le traitement des contentieux (orientation des dossiers et recherches de connexités, aide à la distribution, procédure de non-admission).

En matière pénale, le délai moyen de traitement des dossiers a sensiblement augmenté, passant de 139 jours en 2011 à 156 en 2012, soit une hausse de 10,9 % (tableau 1.7). Cette progression fait suite à une année 2011 marquée par une augmentation significative du stock de dossiers à juger. 2012 a permis une résorption de ce stock et un jugement des affaires les plus anciennes, grâce à une forte mobilisation des magistrats de la chambre criminelle, dont les effectifs sont restés stables sur la période considérée.

B. Données statistiques

1. ACTIVITÉ GÉNÉRALE

Tableau 1.1 - ÉVOLUTION ET RÉPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL ET PENAL (HORS QPC)

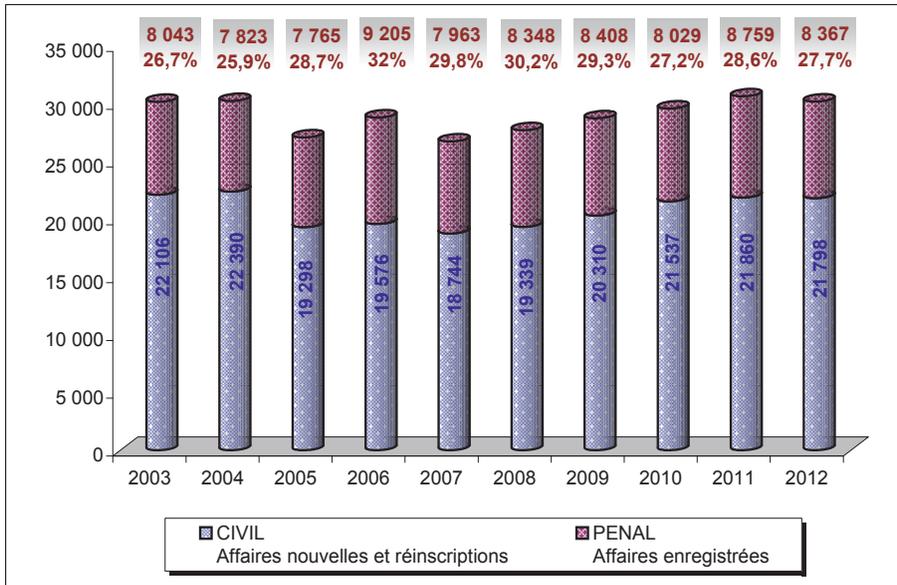
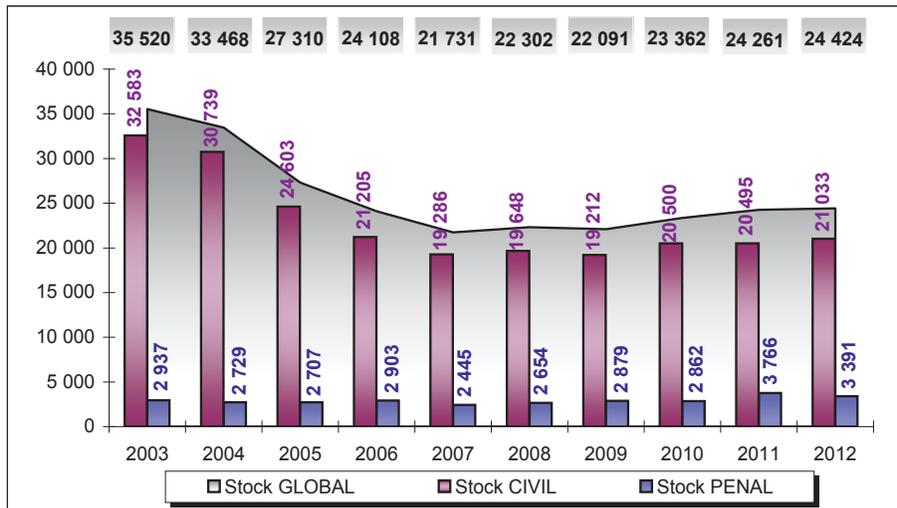
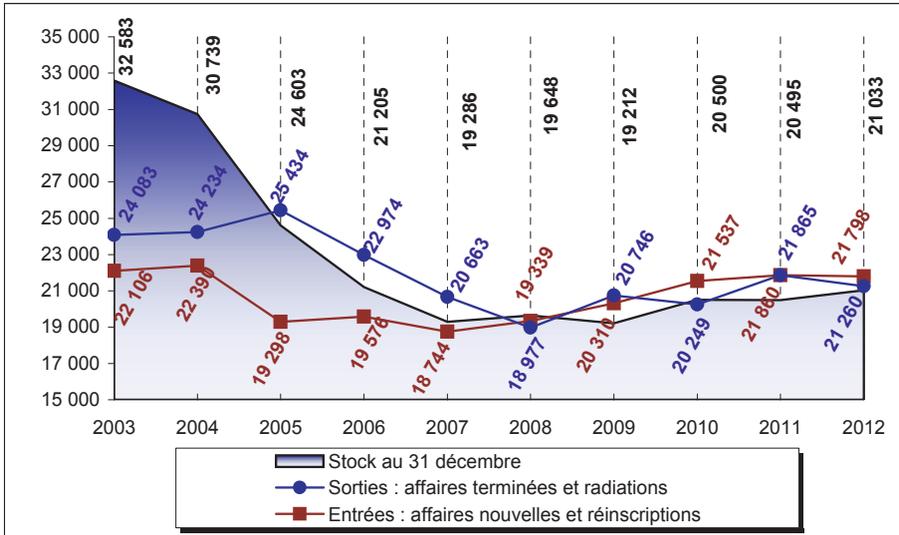


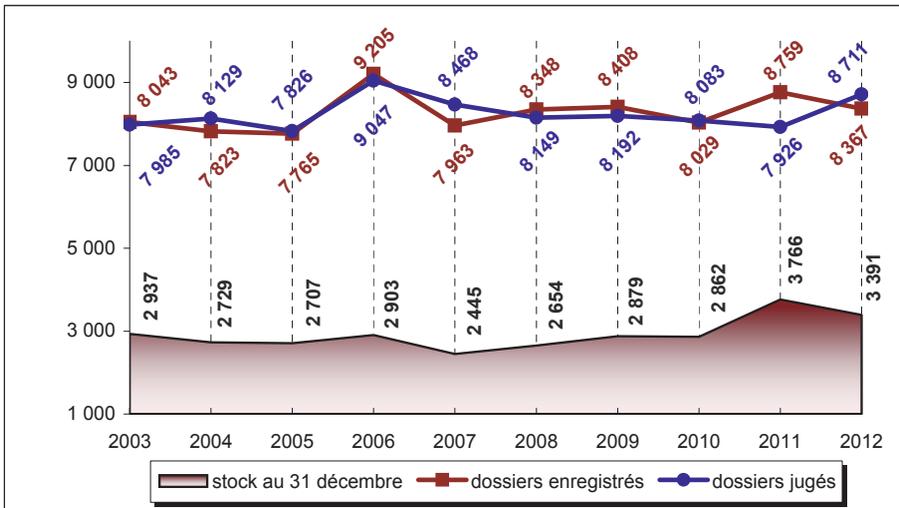
Tableau 1.2 - ÉVOLUTION DU STOCK, GLOBAL, CIVIL ET PENAL (HORS QPC)



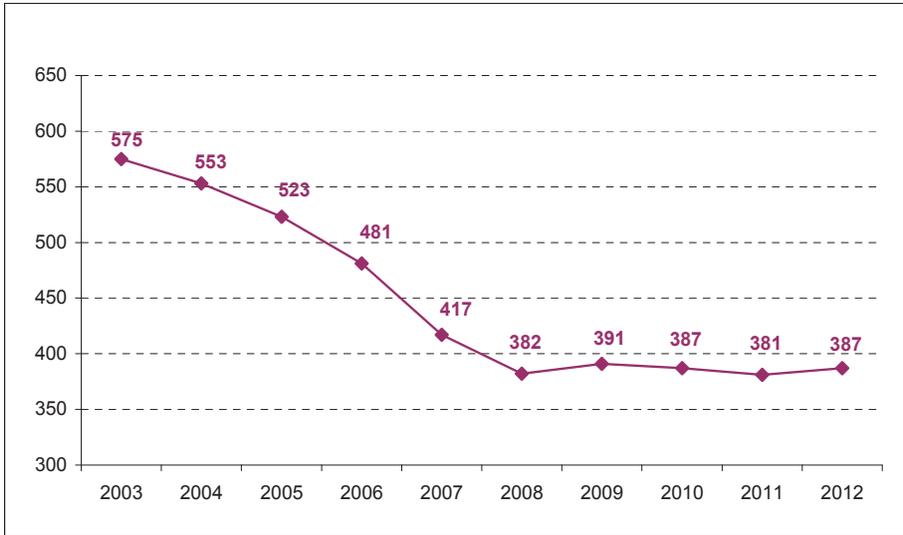
**Tableau 1.3 - STOCK ET FLUX DU CONTENTIEUX CIVIL (HORS QPC)
SOUIS A LA COUR DE CASSATION**



**Tableau 1.4 - STOCK ET FLUX DU CONTENTIEUX PENAL (HORS QPC)
SOUIS 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**

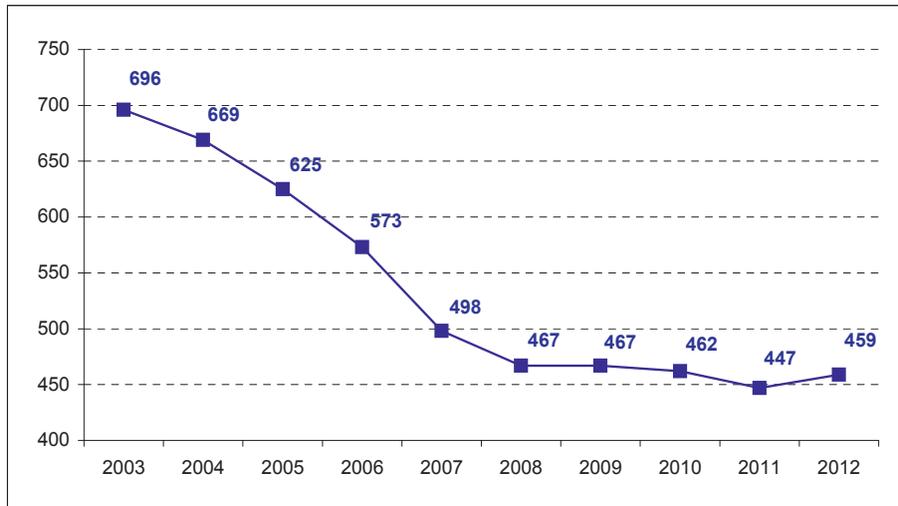


Tableau 1.7 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE

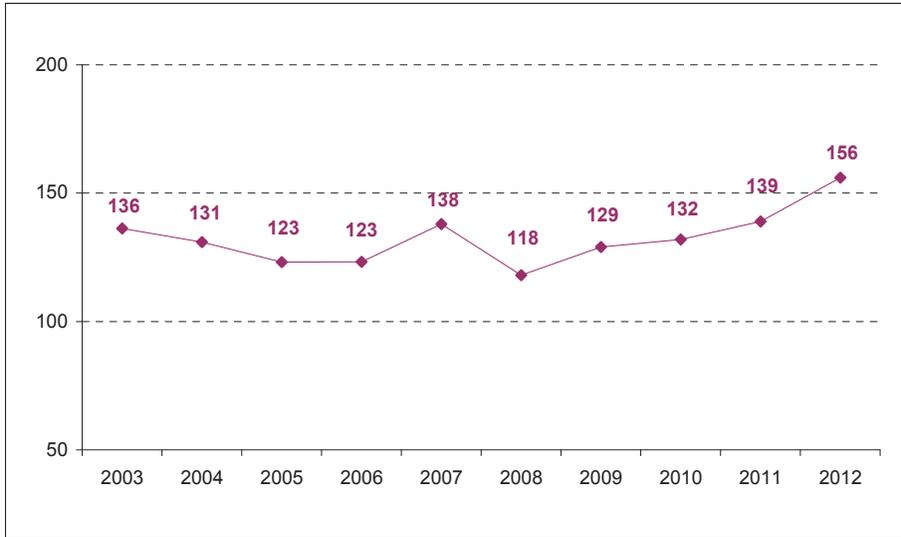


Tableau 1.8 - RÉPARTITION DES AFFAIRES CIVILES (HORS QPC) TERMINÉES EN 2012 PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS

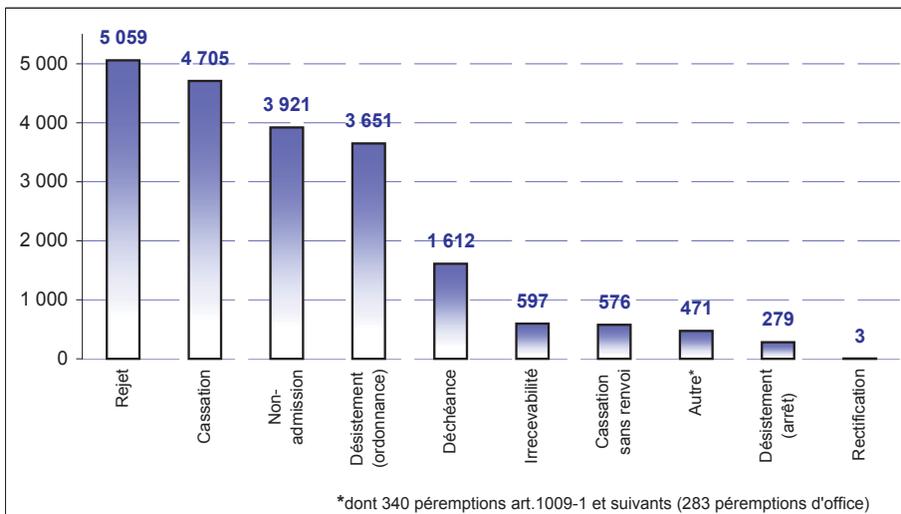


Tableau 1.9 - RÉPARTITION DES AFFAIRES PÉNALES (HORS QPC) TERMINÉES EN 2012 PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS

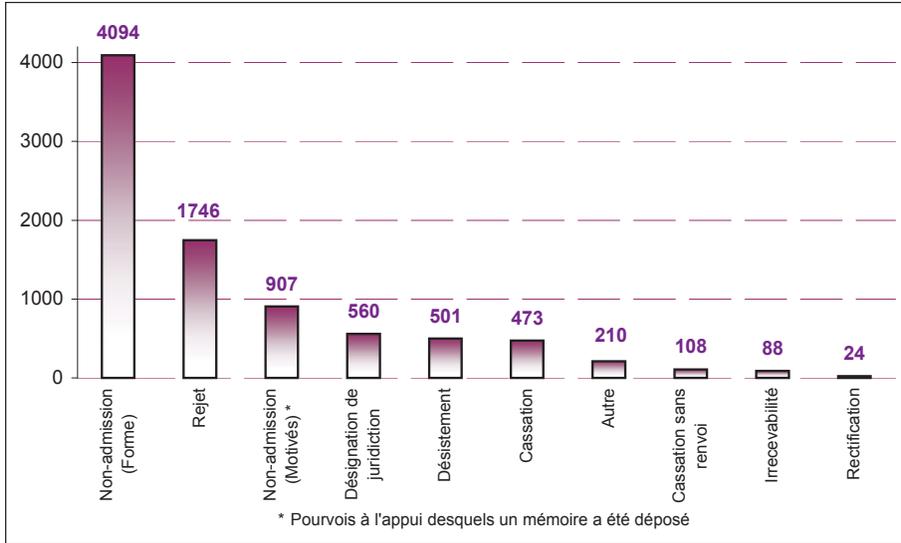
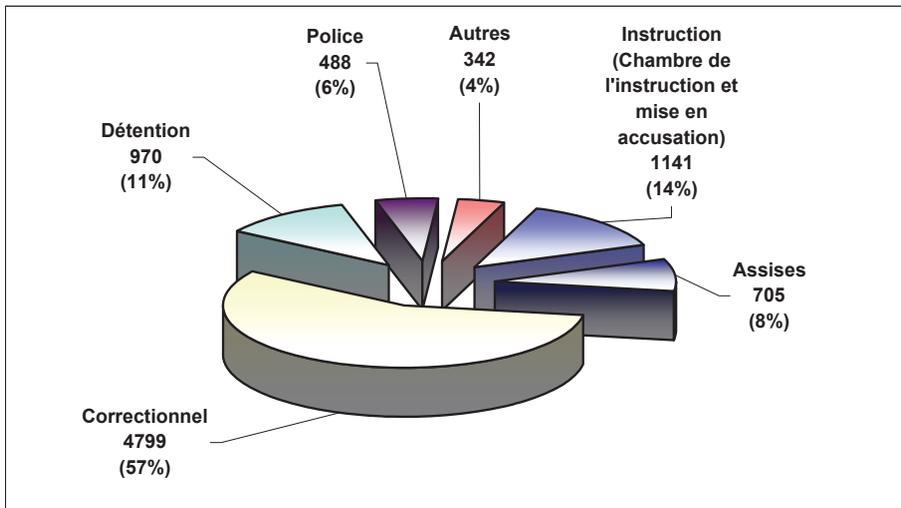


Tableau 1.10 - RÉPARTITION DU CONTENTIEUX PÉNAL EN 2012 PAR NATURE D'AFFAIRES



**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	18,67%	8 545	46,06%	6 545	35,28%
2006	16 992	2 801	16,48%	8 761	51,56%	5 430	31,96%
2007	14 741	2 016	13,68%	7 997	54,25%	4 728	32,07%
2008	12 986	2 220	17,10%	6 853	52,77%	3 913	30,13%
2009	13 985	1 795	12,84%	8 231	58,86%	3 959	28,31%
2010	13 796	1 827	13,24%	8 251	59,81%	3 718	26,95%
2011	15 778	1 774	11,24%	9 658	61,21%	4 346	27,54%
2012	15 351	2 210	14,40%	9 429	61,42%	3 712	24,18%

**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	5,42%	2 751	39,74%	3 796	54,84%
2006	8 094	273	3,37%	3 018	37,29%	4 803	59,34%
2007	7 496	216	2,88%	2 884	38,47%	4 396	58,64%
2008	7 245	226	3,12%	2 365	32,64%	4 654	64,24%
2009	7 221	194	2,69%	2 873	39,79%	4 154	57,53%
2010	7 290	148	2,03%	2 896	39,73%	4 246	58,24%
2011	7 138	168	2,35%	3 088	43,26%	3 882	54,38%
2012	7 707	110	1,43%	2 836	36,80%	4 761	61,78%

Tableau 1.13 - PROCÉDURE DE RADIATION (Art. 1009-1 et suivants du CPC) - REQUÊTES

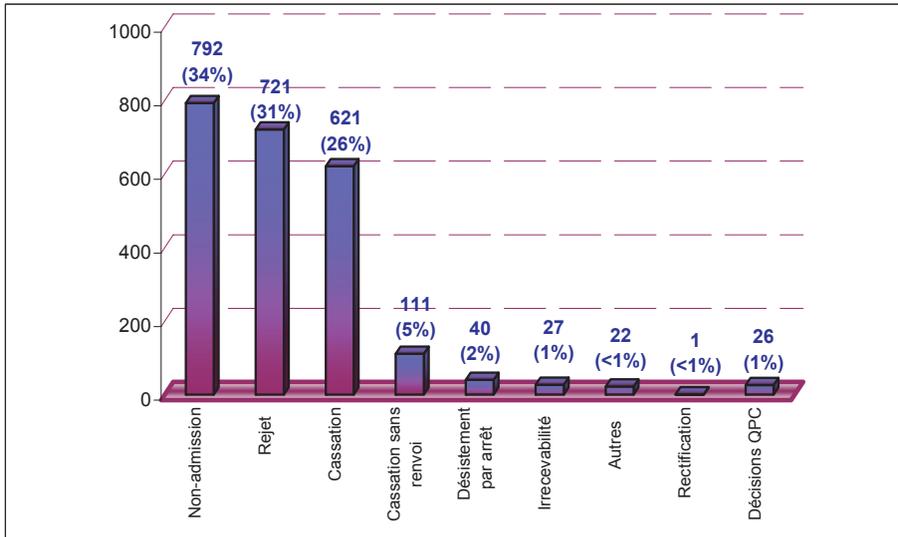
Années	Objet de la demande				Total		
	Radiation	Réinscription après radiation	Péremption	Réinscription après radiation			
2003	1 624	76%	333	16%	187	9%	2 144
2004	1 808	79%	311	14%	173	8%	2 292
2005	1 568	74%	365	17%	172	8%	2 105
2006	1 385	72%	347	18%	190	10%	1 922
2007	1 026	69%	262	18%	205	14%	1 493
2008	1 215	55%	224	10%	776	35%	2 215
2009	1 237	48%	176	7%	1 184	46%	2 597
2010	1 125	49%	205	9%	968	42%	2 298
2011	1 080	53%	229	11%	723	36%	2 032
2012	1 123	67%	213	13%	335	20%	1 671

Tableau 1.14 - PROCÉDURE DE RADIATION (Art. 1009-1 et suivants du CPC) - DÉCISIONS

Années	Péremption dont péremption d'office	Rejet	Radiation	Réinscription après radiation	Désistement	Autres (irrecevabilité, requêtes sans objet)	Total							
								2003	168	817	8%	817	37%	608
2004	162	842	7%	842	37%	661	29%	250	11%	222	10%	139	6%	2 276
2005	148	696	7%	696	32%	611	28%	296	14%	242	11%	196	9%	2 189
2006	164	753	8%	753	36%	530	25%	339	16%	170	8%	148	7%	2 104
2007	176	636	11%	636	38%	366	22%	275	16%	109	7%	105	6%	1 667
2008	380	478	24%	478	30%	334	21%	199	12%	89	6%	120	8%	1 600
2009	1 502	589	48%	589	19%	392	13%	149	5%	121	4%	346	11%	3 099
2010	974	850	41%	850	24%	421	18%	171	7%	150	6%	119	5%	2 400
2011	772	675	37%	675	23%	420	20%	189	9%	123	6%	103	5%	2 098
2012	340	283	22%	283	30%	383	25%	171	11%	117	8%	80	5%	1 551

2. ACTIVITÉ PAR CHAMBRES

**Tableau 2.1 - RÉPARTITION DES DOSSIERS JUGÉS EN 2012
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)**

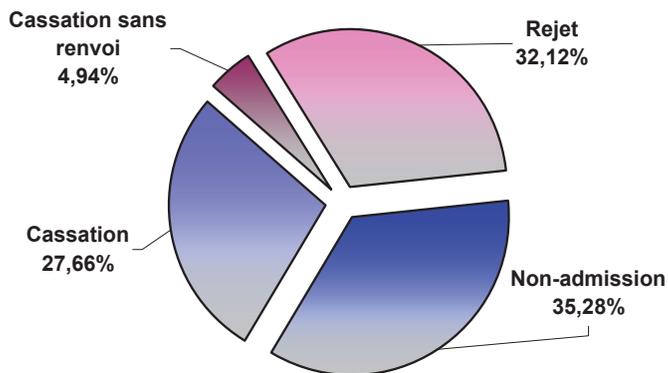


Tableau 2.3 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE

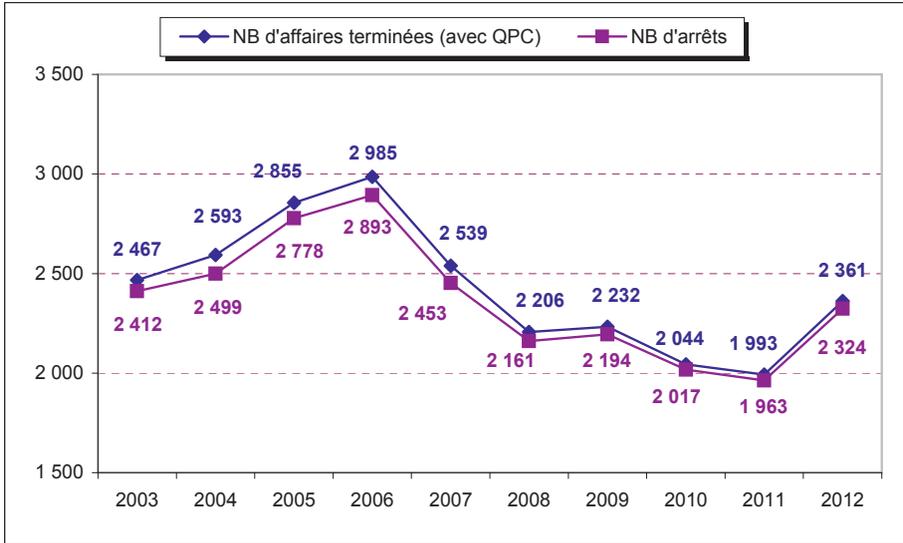
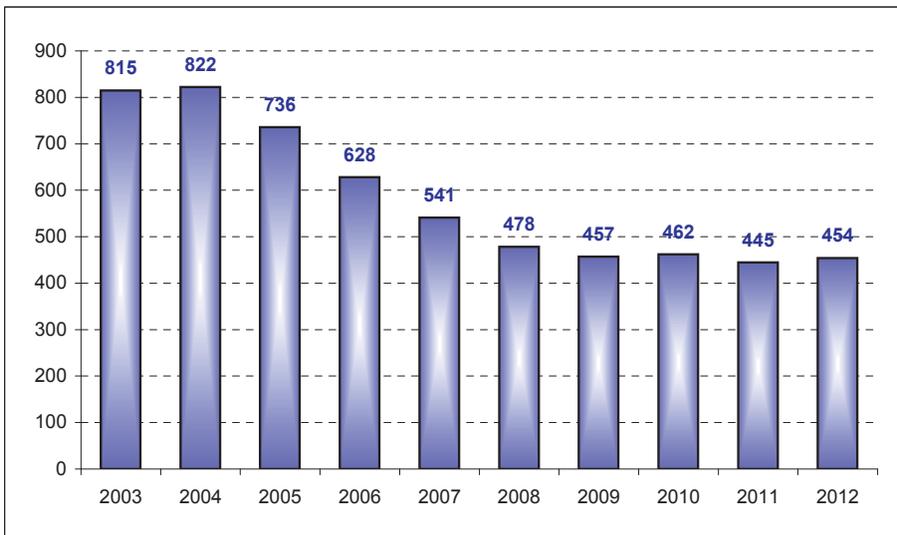
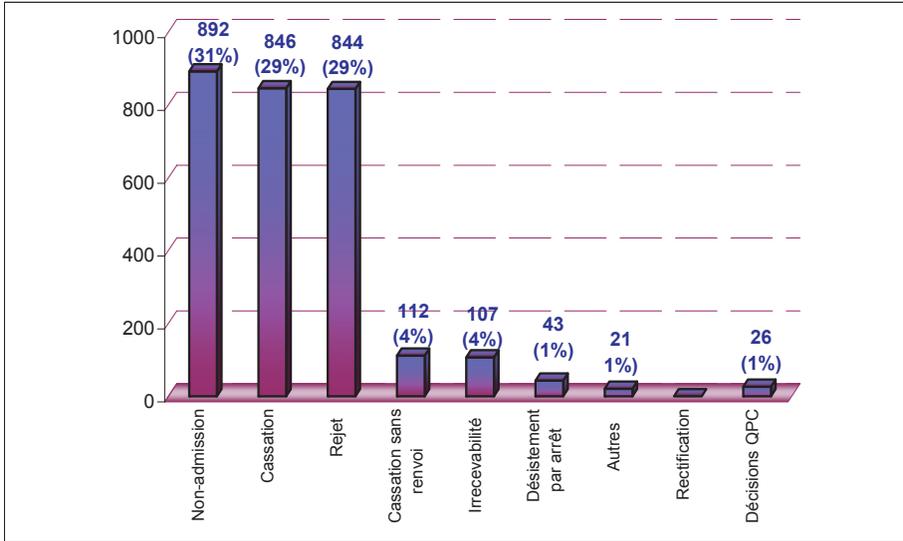


Tableau 2.4 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours) PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE



**Tableau 2.5 - RÉPARTITION DES AFFAIRES JUGÉES EN 2012
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)**

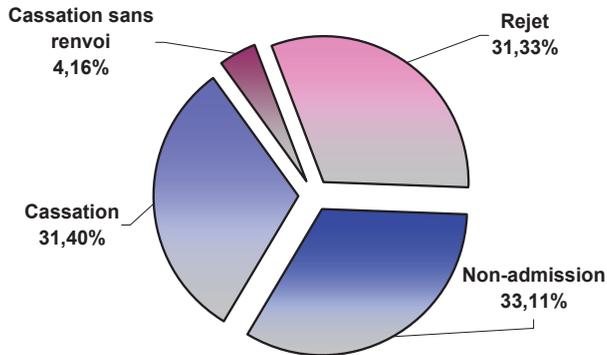


Tableau 2.7 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

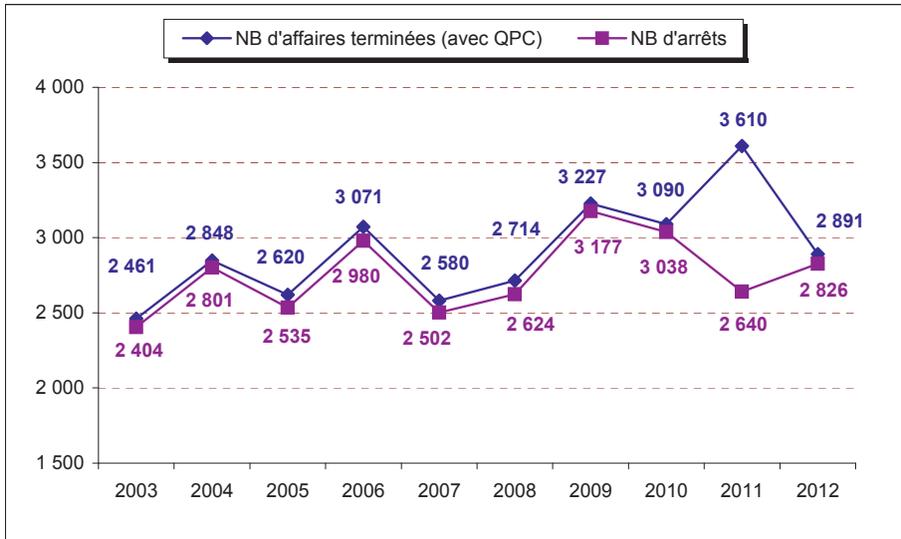
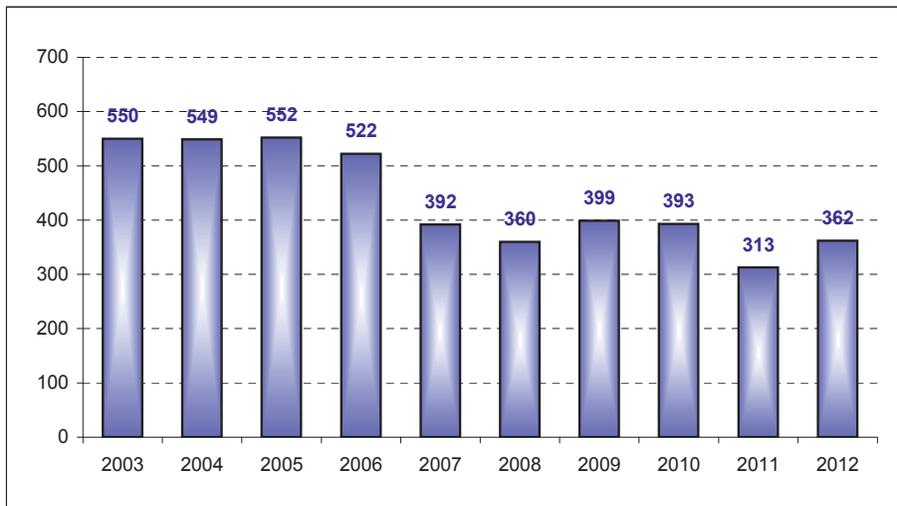
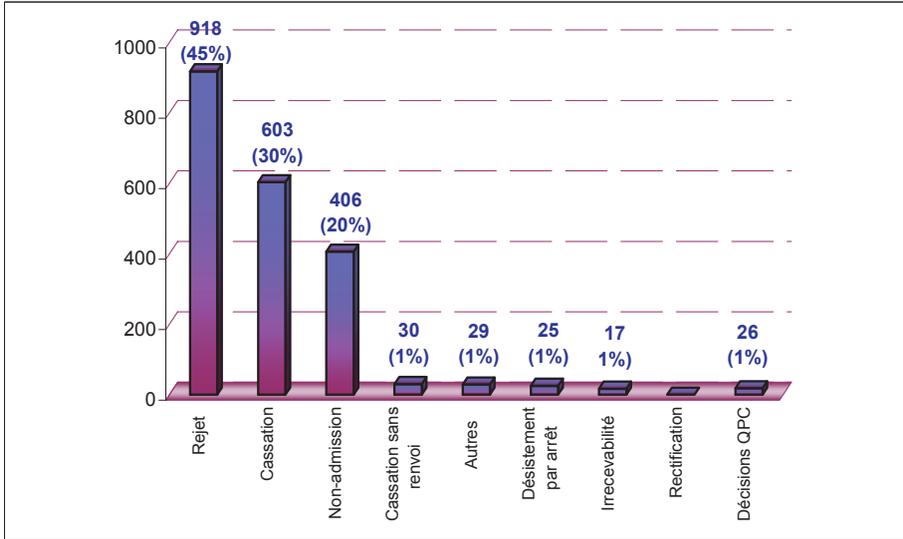


Tableau 2.8 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours) DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 2.9 - RÉPARTITION DES AFFAIRES JUGÉES EN 2012
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)**

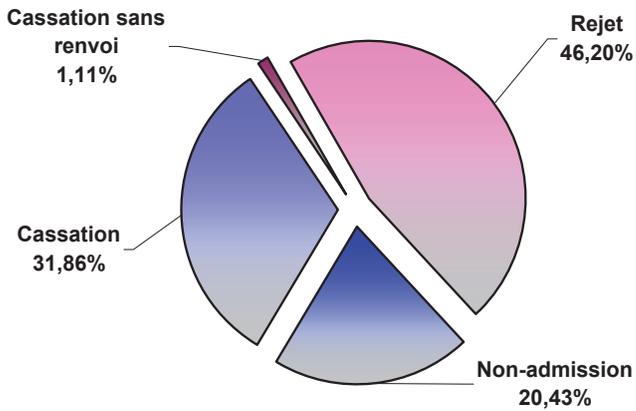


Tableau 2.11 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

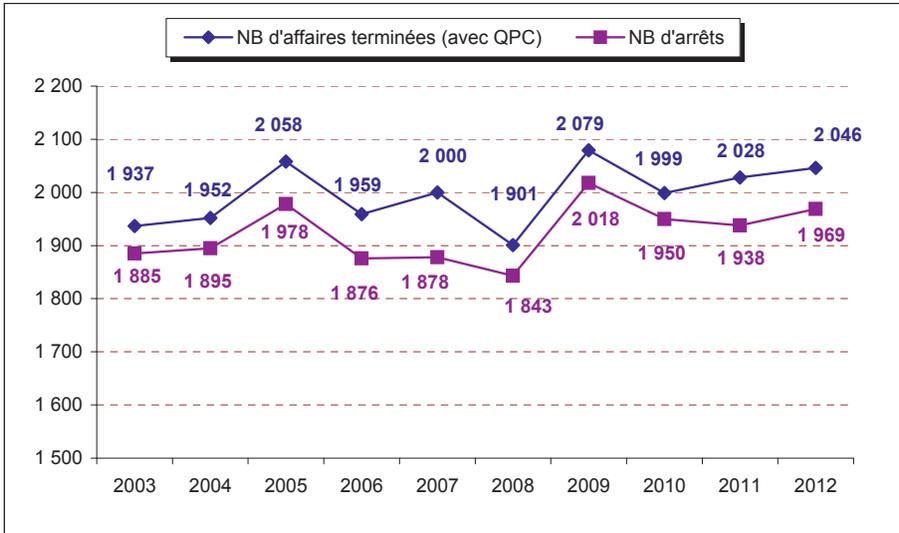
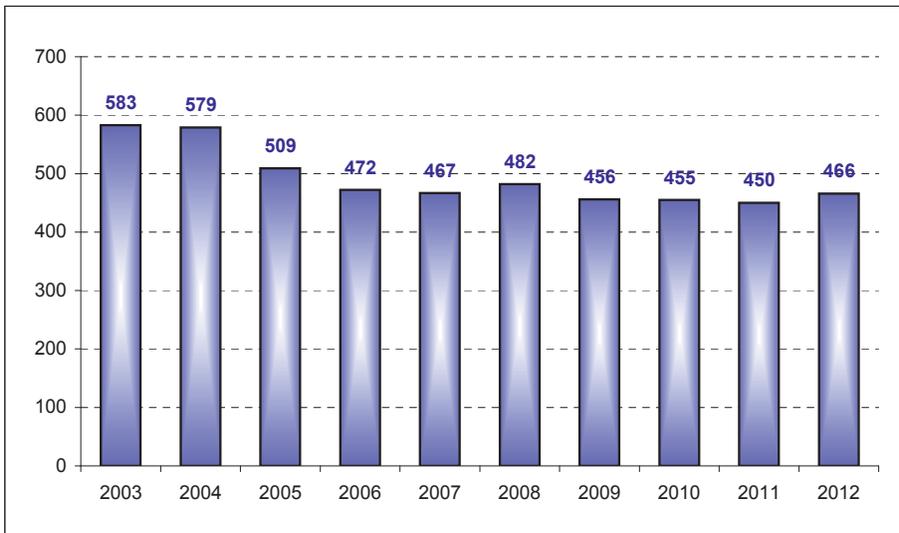
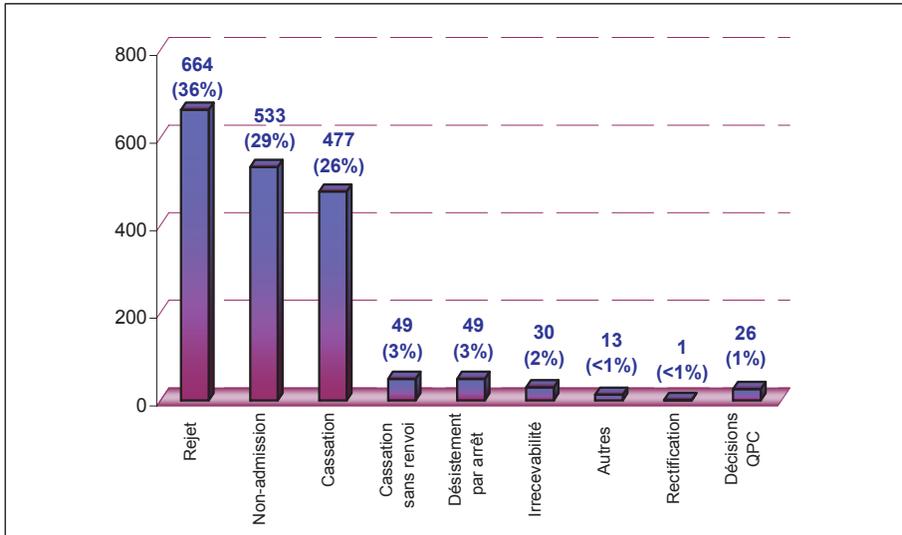


Tableau 2.12 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours) TROISIÈME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 2.13 - RÉPARTITION DES AFFAIRES JUGÉES EN 2012
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)**

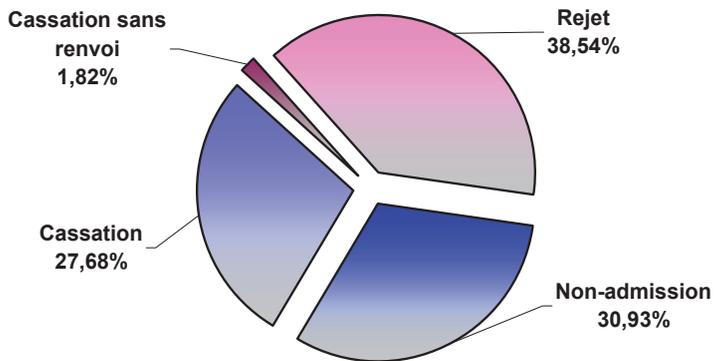


Tableau 2.15 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - CHAMBRE COMMERCIALE

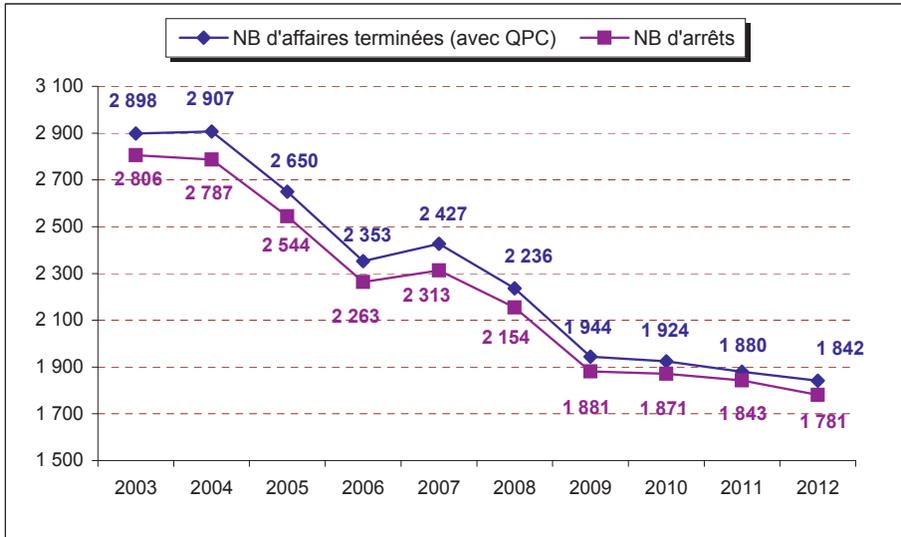
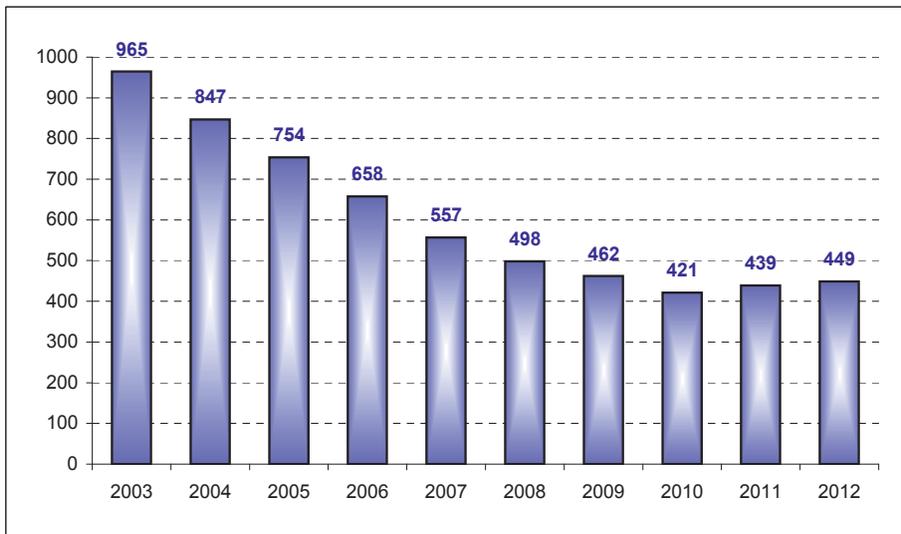
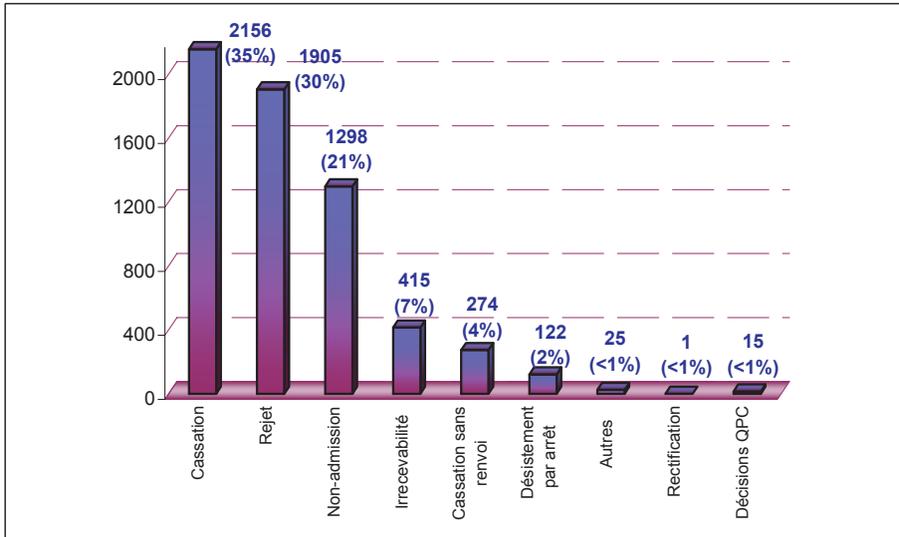


Tableau 2.16 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours) CHAMBRE COMMERCIALE



**Tableau 2.17 - RÉPARTITION DES AFFAIRES JUGÉES EN 2012
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)**

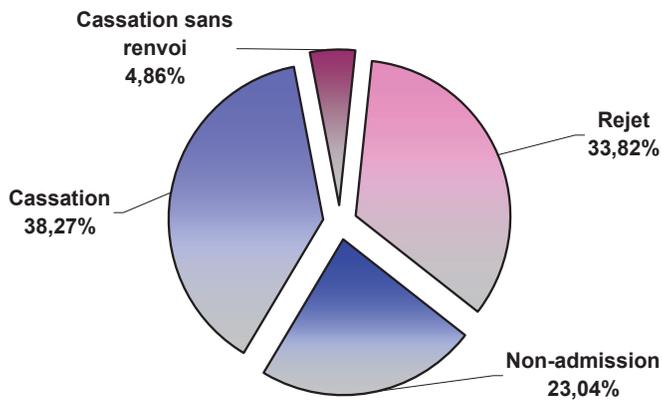


Tableau 2.19 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - CHAMBRE SOCIALE

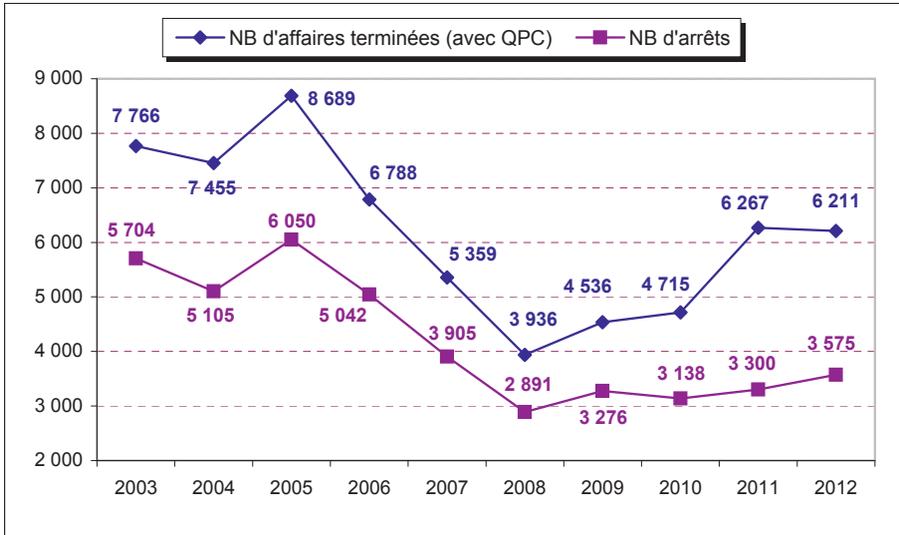
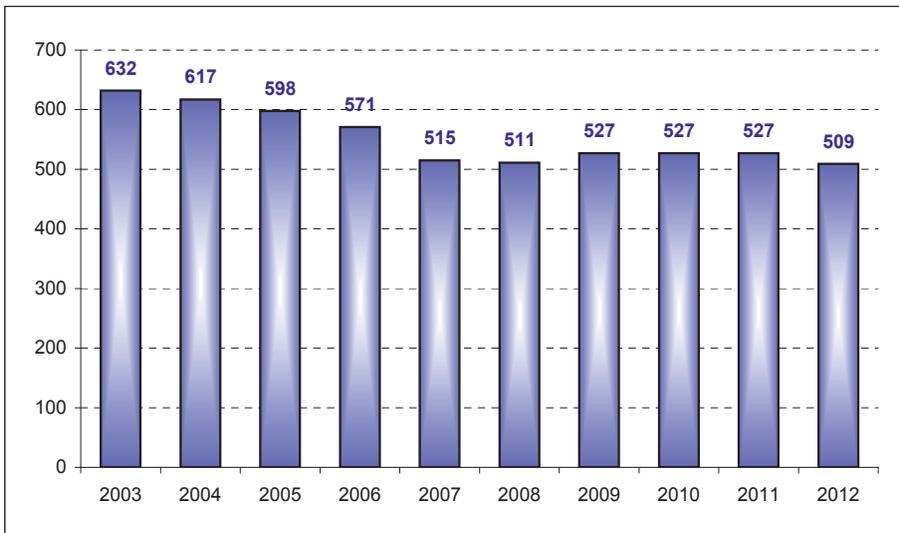
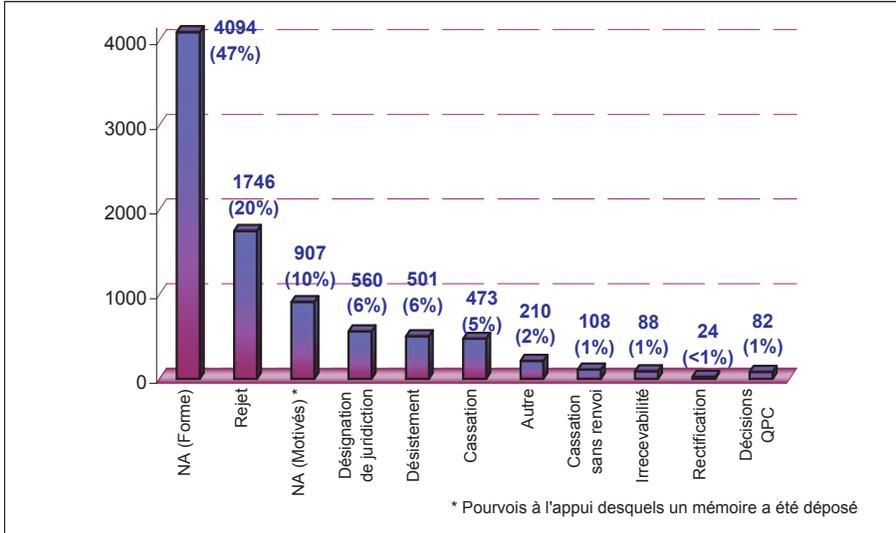


Tableau 2.20 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINÉES PAR UN ARRÊT (en jours) CHAMBRE SOCIALE



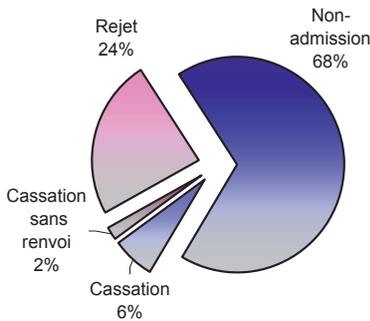
**Tableau 2.21 - RÉPARTITION DES AFFAIRES PÉNALES JUGÉES EN 2012
PAR CATÉGORIES DE DÉCISIONS**



**Tableau 2.22 - RÉPARTITION DES PRINCIPALES DÉCISIONS
DE LA CHAMBRE CRIMINELLE
(hors désistements, rectifications et autres)**

Sur l'ensemble des dossiers jugés

Cassation ou annulation	6%
Cassation sans renvoi	2%
Rejet	24%
Non-admission-Irrecevabilité	68%



Sur dossiers jugés sur pourvois soutenus

Cassation ou annulation	16%
Cassation sans renvoi	4%
Rejet	46%
Non-admission-Irrecevabilité	34%

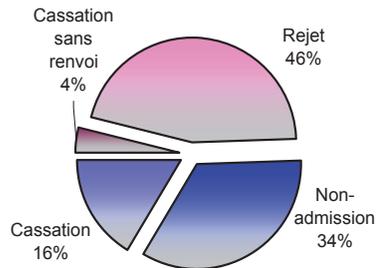


Tableau 2.23 - ÉVOLUTION DES AFFAIRES JUGÉES - CHAMBRE CRIMINELLE

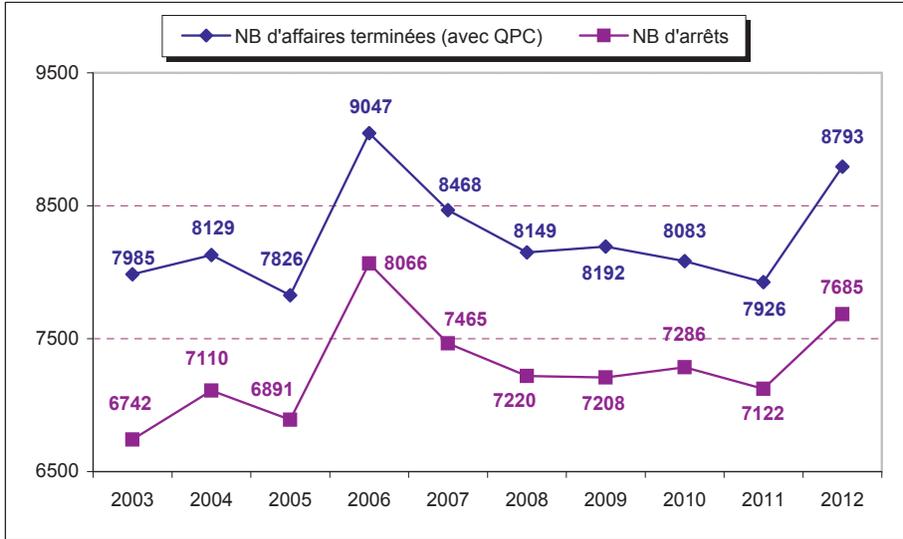
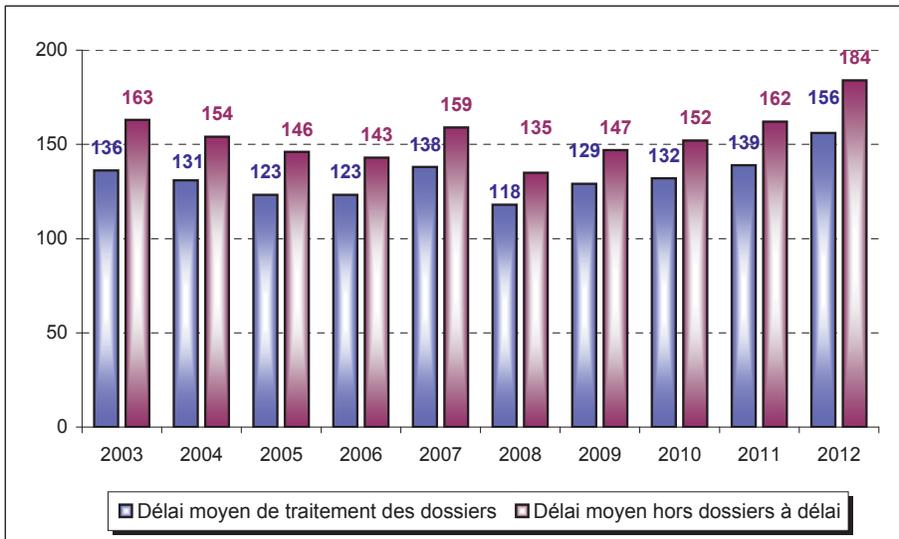


Tableau 2.24 - DURÉE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



**Tableau 2.25 - RÉPARTITION DES DOSSIERS JUGÉS
EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET CHAMBRE MIXTE**

Années	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Ass. Plénière	11	15	10	19	17	6	11	5	18	3
Chambre mixte	4	7	9	12	14	3	3	2	0	4

Tableau 2.26 - AVIS DE LA COUR

Années	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Avis de la Cour	2	4	11	14	18	13	5	8	11	10

3. QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ

**Tableau 3.1 - QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ
ENREGISTRÉES DU 1^{ER} MARS 2010 AU 31 DÉCEMBRE 2012**

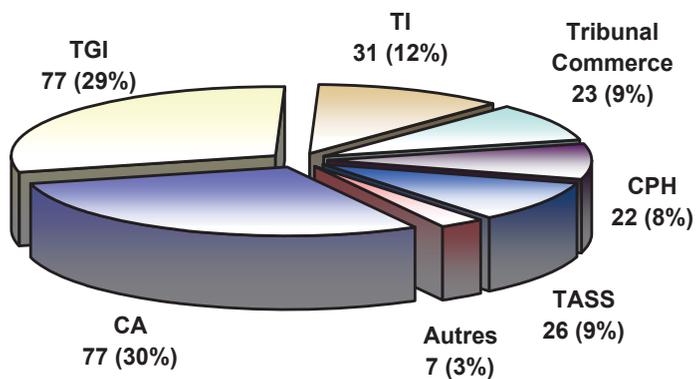
Années	CIVIL			PENAL			Total par année
	QPC juridictions	QPC incidentes	Total CIVIL	QPC juridictions	QPC incidentes	Total PENAL	
2010 à compter du 01/03	75	157	232	116	189	305	537
2011	108	87	195	123	172	295	490
2012	106	82	188	78	119	197	385
Total	289	326	615	317	480	797	1 412

**Tableau 3.2 - DÉCISIONS SUR LES QUESTIONS PRIORITAIRES
DE CONSTITUTIONNALITÉ RENDUES DU 1^{ER} MARS 2010 AU 31 DÉCEMBRE 2012**

Années	CIVIL				PENAL				Total par année
	Renvoi au CC	Non renvoi au CC	Autres irrecevabilité renonciation	Total CIVIL	Renvoi au CC	Non renvoi au CC	Autres irrecevabilité renonciation	Total PENAL	
2010 à compter du 01/03	23	135	30	188	99	98	41	238	426
	12%	72%	16%		42%	41%	17%		
2011	48	118	25	191	28	207	38	273	464
	25%	62%	13%		10%	76%	14%		
2012	33	127	46	206	7	146	37	190	396
	16%	62%	22%		4%	77%	19%		
Total	104	380	101	585	134	451	116	701	1 286

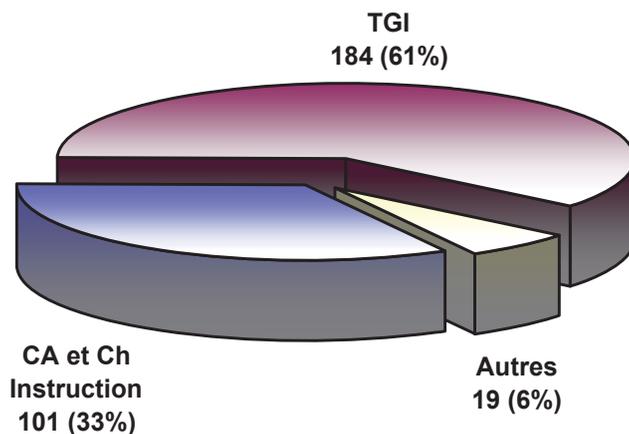
**Tableau 3.3 - RÉPARTITION DES DÉCISIONS SUR QPC CIVILES TRANSMISES
PAR TYPE DE JURIDICTION D'ORIGINE
DU 1^{er} MARS 2010 AU 31 DÉCEMBRE 2012**

Cour d'appel	77
Tribunal de grande instance	77
Tribunal d'instance	31
Juridictions de la sécurité sociale	26
Tribunal de commerce	23
Conseil de prud'hommes	22
Juridiction de proximité	2
Tribunal arbitral	2
Conseil régional de discipline des avocats	1
Commission d'indemnisation des victimes d'infractions	1
Conseil de l'ordre des avocats	1
Total	263



**Tableau 3.4 - RÉPARTITION DES DÉCISIONS SUR QPC PENALES
TRANSMISES
PAR TYPE DE JURIDICTION D'ORIGINE**

Tribunal de grande instance	184
Cour d'appel et chambre de l'instruction	101
Juridictions de proximité	8
Tribunal pour enfants	4
Tribunal de police	3
Tribunal des forces armées	1
Tribunal de première instance	1
Tribunal supérieur d'appel	1
Cour d'assises des mineurs	1
Total	303



**Tableau 3.5 - RÉPARTITION PAR RESSORT DE COUR D'APPEL
DES DÉCISIONS SUR QPC RENDUES
ENTRE LE 1^{er} MARS 2010 ET LE 31 DÉCEMBRE 2012**

Cour d'appel	QPC Civiles	QPC Pénales	Total	%
PARIS	56	96	152	26,81%
VERSAILLES	23	22	45	7,94%
AIX-EN-PROVENCE	17	15	32	5,64%
LYON	11	20	31	5,47%
DOUAI	18	9	27	4,76%
NIMES	9	14	23	4,06%
RENNES	8	14	22	3,88%
MONTPELLIER	14	6	20	3,53%
DIJON	3	13	16	2,82%
COLMAR	7	8	15	2,65%
NANCY	7	8	15	2,65%
TOULOUSE	12	3	15	2,65%
BORDEAUX	7	7	14	2,47%
PAU	8	6	14	2,47%
GRENOBLE	6	7	13	2,29%
ORLEANS	5	8	13	2,29%
AMIENS	7	5	12	2,12%
ANGERS	5	6	11	1,94%
REIMS	3	8	11	1,94%
ROUEN	7	4	11	1,94%
CAEN	5	5	10	1,76%
AGEN	5	1	6	1,06%
METZ	3	3	6	1,06%
CHAMBERY	1	4	5	0,88%
SAINT-DENIS DE LA REUNION	1	4	5	0,88%
BOURGES	4		4	0,71%
POITIERS	2	2	4	0,71%
BASSE-TERRE	2	1	3	0,53%
RIOM	3		3	0,53%
BESANCON	1	1	2	0,35%
FORT-DE-France	1	1	2	0,35%
NOUMEA	1	1	2	0,35%
BASTIA		1	1	0,18%
LIMOGES	1		1	0,18%
SAINT-PIERRE-ET-MIQUELON		1	1	0,18%
Total	263	304	567	100%

II. Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation

ACTIVITÉ 2012 DU SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ÉTUDES ET DU RAPPORT

Le service de documentation, des études et du rapport (SDER) a connu, durant l'année 2012, d'importantes évolutions qui l'ont notamment conduit à développer de nouvelles compétences, en sus de ses activités traditionnelles d'aide à la décision et de diffusion de la jurisprudence judiciaire.

Les évolutions structurelles

L'évolution la plus marquante concerne le rattachement au président de chambre, directeur du SDER, du service des relations internationales et du service de communication de la Cour de cassation. Si, pour des raisons administratives, ces structures n'ont pu être directement intégrées dans le SDER, ce rapprochement et la mise en place d'une direction unique n'en ont pas moins permis la constitution d'un pôle de services et d'activités voués à la diffusion et à la valorisation de l'information juridique.

Révéléateur d'une volonté d'inscrire les missions concernées dans une structure cohérente et pérenne, cette organisation permet d'opérer des synergies, en jouant sur la complémentarité des activités. Dans le domaine des relations internationales, les missions d'expertise conduites auprès de pays tiers et les conventions de jumelage passées avec des Cours suprêmes étrangères sont autant d'opportunités d'œuvrer en faveur de la diffusion du modèle juridique français et de contribuer au rayonnement de l'institution judiciaire. Les liens ainsi noués avec des correspondants étrangers permettent, en retour, d'obtenir plus aisément des éléments de droit ou de jurisprudence comparés, particulièrement précieux pour la conduite par le SDER de ses activités d'aide à la décision¹.

De même, les actions engagées par le service de communication contribuent-elles à favoriser la mise en valeur de la jurisprudence judiciaire, ainsi qu'une meilleure compréhension de celle-ci par le grand public. Aux missions traditionnelles du SDER, de préparation des publications, d'exploitation des bases de données jurisprudentielles et d'administration des sites internet et intranet de la Cour de cassation, s'ajoute désormais une dimension nouvelle, complémentaire, que résume parfaitement la formule : « Faire comprendre, sans dénaturer ».

Cette dernière activité s'est notamment concrétisée, durant l'année 2012, par la mise en œuvre d'actions de communication internes et externes. Le service de communication a en particulier travaillé à la mise en valeur des communiqués accompagnant les arrêts les plus importants publiés sur le site internet de la Cour de cassation. Il s'est attaché à faciliter l'accès des journalistes à l'information sur la jurisprudence et a préparé le lancement du compte Twitter de la Cour de cassation, qui est intervenu au mois de janvier 2013. En interne, il a réalisé une revue de presse quotidienne à l'attention des membres de la Cour, a mis en place une veille médiatique et a produit des reportages sur les événements les plus marquants de la vie de l'institution.

1. Le bilan d'activité du service des relations internationales est présenté p. 545 et suivantes.

L'aide à la décision

Dans le cadre de ses activités traditionnelles d'aide à la décision, le SDER a prêté son concours à la préparation des trois assemblées plénières, quatre chambres mixtes et dix séances de la formation compétente pour l'examen des demandes d'avis. Il a été saisi de 681 demandes de recherches², dont 562 pour la Cour de cassation et 119 pour les juridictions du fond. Comme en 2010 et 2011, les saisines relatives à des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ont été les plus nombreuses. Une stabilisation de ce type de demandes peut toutefois être observée, qui démontre l'appropriation de cette procédure par l'ensemble des acteurs.

Le service s'est par ailleurs attaché à actualiser et enrichir les outils d'aide à la décision proposés aux magistrats de l'ordre judiciaire sur le site intranet de la Cour de cassation. De nouvelles études, relatives au formalisme en matière de cautionnement et à la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, ont été mises en ligne. La rubrique consacrée à la question prioritaire de constitutionnalité a, quant à elle, fait l'objet d'une révision d'ensemble. Outre la tenue des tableaux de suivi des QPC, qui peuvent également être consultés sur le site internet de la Cour, le bureau du droit constitutionnel a réactualisé les études, fiches méthodologiques et trames de décisions déjà disponibles dans cette rubrique. Il a élaboré de nouvelles fiches, relatives aux conditions de recevabilité des QPC, aux pouvoirs de reformulation des QPC par le juge, au raisonnement constitutionnel, ainsi qu'aux notions de changement des circonstances, d'applicabilité au litige et d'interprétation jurisprudentielle constante.

L'activité de veille documentaire, qui procure aux magistrats de la Cour de cassation une information mensuelle sur les développements législatifs, réglementaires, jurisprudentiels et doctrinaux intéressant les matières qu'ils ont à traiter, a été poursuivie. Afin de permettre à toutes les chambres de la Cour de bénéficier d'un tel outil, une veille relative aux questions relevant du contentieux de la chambre sociale a été instituée. L'ensemble des matières entrant dans le champ de compétence de la Cour est donc désormais couvert. Cette information régulière est complétée par des alertes ponctuelles, réalisées par voie électronique, sur les décisions les plus importantes rendues par les juridictions européennes. L'année 2012 a été ponctuée par vingt-sept de ces alertes.

Le service a par ailleurs procédé à l'orientation de 14 746 dossiers vers les chambres civiles de la Cour de cassation. Cette mission, qui implique une analyse des moyens développés dans les mémoires ampliatifs, s'accompagne d'une recherche des connexités matérielles et intellectuelles. Elle contribue à la rationalisation du traitement des procédures et favorise une réduction des délais.

Enfin, le SDER s'est, comme les années précédentes, engagé dans des actions de formation à l'intention des magistrats de l'ordre judiciaire. Quatre sessions consacrées à la maîtrise des outils de recherche juridiques ont été organisées, en partenariat avec l'École nationale de la magistrature. Deux sessions ont en outre été mises en place dans le cadre de la formation continue déconcentrée des cours d'appel. Le SDER intervient

2. À la différence des années antérieures, ce décompte n'inclut pas les saisines ponctuelles qui n'ont pas donné lieu à la rédaction d'une note ou d'un dossier de recherche approfondi en matière de QPC.

également dans la formation des magistrats nouvellement nommés à la Cour de cassation. Il a accueilli de nombreuses délégations étrangères pour une présentation de ses activités, des bases de données et des outils documentaires créés et administrés par la Cour.

La diffusion de la jurisprudence judiciaire

Les publications 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 les arrêts dont la publication est décidée par les présidents des chambres à l'issue des délibérés. 1 560 arrêts ont ainsi été publiés en 2012. 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 de 1 364 sommaires d'arrêts et de 81 décisions statuant sur des QPC, pour la plupart accompagnés de références de doctrine fournies par le SDER. 55 décisions étaient accompagnées de communiqués ou de notes sous arrêts. Outre les avis de la Cour et les arrêts rendus durant l'année par l'assemblée plénière et les chambres mixtes, le *BICC* a vu la publication de 48 décisions du tribunal des conflits et 54 décisions des juridictions européennes. Un numéro spécial fut consacré aux rencontres de la chambre sociale.

Le bureau du contentieux de la chambre sociale a enfin rédigé 196 commentaires d'arrêts, publiés au *Mensuel du droit social*, mis en ligne sur le site internet de la Cour de cassation.

Le service a par ailleurs assuré, comme chaque année depuis 2009, la coordination de l'élaboration du *Rapport annuel* de la Cour. L'année 2012 fut notamment marquée par un travail approfondi sur la forme de l'ouvrage, dans le souci de faciliter l'accès à l'information, préoccupation générale du SDER dans sa mission de diffusion de celle-ci.

La gestion des bases de données jurisprudentielles de la Cour de cassation a quant à elle fait l'objet d'échanges avec les correspondants du SDER dans les cours d'appel, réunis à la Cour de cassation le 12 mars 2012. Cette rencontre a notamment permis d'aborder les conditions d'alimentation des bases de données par les juridictions du fond. Dans son prolongement, un groupe de travail a été constitué afin de définir un *vade-mecum* proposant aux magistrats un ensemble de critères permettant de mieux apprécier l'opportunité du versement d'une décision dans la base Jurinet qui, outre les arrêts rendus par la Cour de cassation, rassemble des décisions rendues par les juridictions du premier et du second degré, choisies à raison de leur intérêt. Des actions ont par ailleurs été conduites afin d'assurer une meilleure complétude de la base Jurica, dont la vocation est de recueillir l'intégralité des décisions rendues par les cours d'appel – hors la matière pénale.

Cette dernière base a par ailleurs été exploitée dans le cadre de partenariats mis en place par le SDER avec des instituts de recherche ou des départements universitaires. L'année 2012 a ainsi vu la conduite d'études sur le contentieux des baux ruraux (INRA), le contentieux de l'incapacité (université de Clermont-Ferrand) ou les discriminations en droit du travail (université Lille 2).

Le SDER s'est enfin attaché à mettre en valeur la jurisprudence et favoriser une information sur les activités de la Cour de cassation *via* son site internet, dont il assume la responsabilité éditoriale. L'année 2012 a vu une augmentation significative de la fréquentation de ce site, qui a reçu 6 200 805 visiteurs. Comme par le passé, les rubriques relatives à la jurisprudence de la Cour et à ses publications ont été les plus consultées. Une réflexion visant à une refonte de cet outil, afin d'en accroître la performance et la fonctionnalité, a été engagée, qui sera poursuivie en 2013.

TAUX DE PUBLICATION DES ARRÊTS DES CHAMBRES CIVILES ET CRIMINELLE																		
Années	Chambres civiles												Chambre criminelle					
	1ère chambre			2ème chambre			3ème chambre			Chambre commerciale			Chambre sociale			Pénal		
	Total	Publiés	%	Total	Publiés	%	Total	Publiés	%	Total	Publiés	%	Total	Publiés	%	Total	Publiés	%
2003	2309	258	11%	2281	404	18%	1844	248	13%	2738	211	8%	5576	334	6%	5776	247	4%
2004	2414	323	13%	2692	533	20%	1835	251	14%	2715	228	8%	4989	347	7%	6102	314	5%
2005	2667	507	19%	2457	334	14%	1932	257	13%	2471	256	10%	5780	339	6%	7075	321	5%
2006	2807	557	20%	2886	382	13%	1810	259	14%	2206	269	12%	4785	395	8%	5974	319	5%
2007	2401	398	17%	2431	278	11%	1821	233	13%	2248	268	12%	3760	220	6%	6558	308	5%
2008	2104	288	14%	2583	276	11%	1774	216	12%	2101	213	10%	2788	254	9%	6368	259	4%
2009	2211	260	12%	3210	296	9%	2050	293	14%	1906	176	9%	3333	292	9%	7240	223	3%
2010	2044	272	13%	3078	224	7%	1982	230	12%	1975	232	12%	3198	315	10%	7470	258	3%
2011	1964	220	11%	2629	237	9%	1928	215	11%	1836	213	12%	3259	307	9%	7127	272	4%
2012	2379	280	12%	2871	217	8%	2028	198	10%	1822	235	13%	3644	342	9%	7837	288	4%

III. Relations internationales

RELATIONS INTERNATIONALES 2012

Le service des relations internationales de la Cour de cassation a été placé, fin 2011, sous la responsabilité du président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport (SDER). Ce rattachement a permis le passage d'une organisation centrée sur les relations que le premier président entretient avec ses homologues étrangers à un modèle inscrivant les relations internationales de la Cour dans un cadre général et pérenne, visant à assurer le rayonnement de l'institution et à promouvoir le droit français à l'étranger.

À cette fin, le service des relations internationales de la Cour participe notamment à la mise en place et à l'animation d'un véritable réseau de cours suprêmes étrangères avec lesquelles la Cour de cassation française a signé des conventions de jumelage. Trois nouvelles conventions ont été signées en 2012, qui s'ajoutent aux dix-sept passées entre 1995 et 2011.

Des visites d'étude, thématiques ou générales, de magistrats, de fonctionnaires et de juristes étrangers au sein de la Cour ont par ailleurs été organisées, de même que des déplacements de magistrats de la Cour de cassation à l'étranger, en qualité d'experts, pour intervenir dans de nombreux domaines du droit et présenter les techniques de rédaction des arrêts que la Cour a développées depuis plusieurs siècles, ainsi que les procédures dématérialisées pour lesquelles elle peut s'enorgueillir d'être l'une des cours suprêmes les plus avancées au monde.

Sur le plan des relations multilatérales, les échanges dans le cadre de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) ainsi que du Réseau des présidents de cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne sont restés nombreux. La Cour de cassation a également participé à des missions du GIP Justice Coopération Internationale, aux travaux de l'Association des juges européens du travail et au Forum des juges commerciaux européens.

En outre, a été poursuivi le vaste programme de traduction en six langues³ des arrêts les plus significatifs rendus par la Cour de cassation. Mis en ligne sur le site Internet de la Cour, ces documents sont complétés par une présentation exhaustive du rôle de l'institution.

Par ces activités, le service des relations internationales contribue ainsi à l'exportation du modèle judiciaire français, soutient le développement des systèmes judiciaires naissants, et permet des réflexions approfondies sur l'état du droit et le diagnostic d'éventuels besoins de réformes.

Pour assurer l'essentiel de ces missions, il a développé de nombreux contacts avec des partenaires qui lui sont devenus habituels : service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice, ministère des affaires étrangères et européennes, Conseil d'État, Conseil supérieur du notariat, entre autres. Des relations plus suivies avec les cours européennes (Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme) restent encore à mettre en place.

3. Anglais, arabe, chinois, espagnol, japonais et russe.

De son côté, le service des relations internationales du parquet général est confié à un magistrat, Mme Agnès Labrégère-Delorme, chargée de mission au sein du cabinet du procureur général. Il a pour mission le développement et l'accompagnement de la dimension internationale du rôle et des activités du parquet général.

Ce service assure également le suivi des contacts des membres du parquet général avec leurs homologues étrangers ainsi que l'organisation des activités du procureur général avec les ministères publics d'autres cours suprêmes, mais aussi les institutions et organisations internationales.

En 2012, ce service a continué à développer des échanges fructueux avec ses homologues des parquets de cours suprêmes, recevant la visite de nombreux magistrats étrangers ou faisant intervenir les membres du parquet général lors de colloques ou d'événements divers.

Dans cet esprit, M. Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, a convié, le 10 janvier, l'ensemble des magistrats de liaison français et étrangers, réunis à Paris, ainsi que des membres du service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice et du GIP Justice Coopération Internationale à une réception organisée par son cabinet. À cette occasion, il a pu réaffirmer son attachement à la coopération juridique et judiciaire, ainsi que sa volonté de répondre aux sollicitations de l'ensemble de ces magistrats chaque fois qu'il paraîtrait utile qu'il reçoive ses homologues étrangers ou qu'il se rapproche d'eux.

Le procureur général a également cette année été sollicité à de nombreuses reprises pour participer aux réflexions menées sur l'institution d'un parquet européen. Il a ainsi reçu, le 30 novembre 2012, M. Giovanni Kessler, directeur général de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), accompagné de M. Peter-Jozsef Czunka, conseiller à la direction générale pour les affaires de justice de la Commission européenne, dans le cadre d'un programme de visite des capitales des États membres sur ce thème. Il était accompagné lors de cette réunion, outre de Mme Labrégère-Delorme, de M. Didier Boccon-Gibod, premier avocat général à la chambre criminelle, et de M. Christian Raysséguier, premier avocat général, lequel s'était déplacé à Berlin du 7 au 9 novembre en représentation du procureur général lors de la 10^e Conférence des procureurs anti-fraude de l'Union européenne, organisée par l'OLAF.

Le procureur général a également désigné M. Didier Boccon-Gibod pour le représenter à l'occasion d'un colloque organisé, toujours sur le même thème, à Bruxelles, le 26 juin, à l'invitation de Mme Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne.

Enfin, il a désigné M. Michel Gauthier, avocat général à la chambre criminelle, pour représenter le parquet général près la Cour de cassation au sein d'une mission dont M. Frédéric Baab, président du tribunal de grande instance de Dunkerque, a été chargé par Mme la garde des sceaux, dans la perspective des négociations intéressant le projet de création de ce parquet européen.

L'activité détaillée des relations internationales de la Cour de cassation et de son parquet général en 2012 sera examinée sous l'angle des relations bilatérales (A) et multilatérales (B).

A. RELATIONS BILATÉRALES

1. Conventions de jumelage

Les conventions de jumelage constituent le principal outil permettant l'établissement de relations bilatérales. Elles permettent de renforcer les rapports d'amitié entre les Cours, en facilitant la coopération juridique et judiciaire sur les matières traitées par les cours suprêmes ainsi que sur les questions d'organisation et de procédure.

a. Signature de trois nouvelles conventions

Convention de jumelage avec la Cour suprême de justice de la République du Pérou (5 mars 2012)

Le 5 mars 2012, lors de la visite officielle en France du président de la Cour suprême de justice du Pérou, invité par le ministère des affaires étrangères et européennes, le premier président de la Cour de cassation, M. Vincent Lamanda, et le président de la Cour suprême de justice de la République du Pérou, Dr César Eugenio San Martin Castro, ont signé une convention de jumelage entre les deux Cours en présence de Mme Cristina Laboureix, ambassadeur du Pérou en France, et de M. Jean-Jacques Beausson, ambassadeur de France au Pérou. Le président San Martin s'est rendu également à Strasbourg, à la Cour européenne des droits de l'homme.

Convention de jumelage avec la Cour suprême de Côte d'Ivoire (23 mars 2012)

Le 23 mars, à l'occasion de la conférence de l'Association des hautes juridictions de cassation ayant en partage l'usage du français, le premier président de la Cour de cassation et le président de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, M. Mamadou Koné, ont signé une convention de jumelage entre les deux hautes juridictions.

Convention de jumelage avec la Cour de cassation du Royaume hachémite de Jordanie (11 décembre 2012)

Le 11 décembre, lors de la visite du président de la Cour de cassation du Royaume hachémite de Jordanie, M. Hischam Tal, une convention de jumelage entre les deux Cours a été signée, en présence de Mme Dina Kawar, ambassadeur dudit Royaume.

b. Activités menées au titre des conventions de jumelage

Plusieurs magistrats étrangers d'Algérie, du Bénin, du Burkina Faso, d'Égypte, du Maroc, du Sénégal, ont effectué des visites d'étude et de travail en 2012. Ces visites – généralement de huit ou quinze jours – permettent des rencontres et des échanges d'autant plus riches qu'elles sont effectuées concomitamment par des délégations de magistrats et/ou fonctionnaires de nationalités différentes. Cette configuration s'est présentée plusieurs fois au cours de cette année. Réciproquement, des magistrats de

la Cour de cassation se sont déplacés au Burkina Faso afin d'échanger et de partager leurs connaissances sur les techniques de cassation.

– Ainsi, du 11 au 22 juin, deux magistrats burkinabè, deux magistrats et un greffier béninois, ainsi que deux magistrats sénégalais et deux magistrats égyptiens ont effectué une visite d'étude, au cours de laquelle ils ont bénéficié d'informations sur les questions d'orientation des dossiers, la gestion des pourvois par le greffe, les procédures devant la Cour, l'aide à la décision, la diffusion du droit et les bases de données, la technique de rédaction et d'enrichissement des arrêts. En outre, ils ont pu assister à des audiences au sein de toutes les chambres.

Ces neuf personnes ont par ailleurs été reçues au parquet général, dont Mme Agnès Labrégère-Delorme leur a présenté l'organisation et le fonctionnement. Elles ont également pu bénéficier d'entretiens qui leur ont été accordés par Mme Régine Bonhomme, avocat général en service extraordinaire à la chambre commerciale, M. Bernard Aldigé, avocat général à la chambre sociale, M. François Cordier, avocat général à la chambre criminelle et Mme Cécile Petit, premier avocat général à la première chambre civile.

– Quatre magistrats de la chambre criminelle de la Cour suprême d'Algérie, dont son président, M. Smail Balit, en visite d'étude du 1^{er} au 5 octobre, ont pu découvrir le SDER et rencontrer des magistrats du siège et du parquet général, ce dernier les ayant en outre conviés à une réunion de l'Agence de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) qu'il avait organisée. Ils ont également été reçus par le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, M. Gilles Thouvenin, et ont pu suivre la séance de travail sur la méthodologie de la technique de cassation en matière pénale organisée pour des magistrats de la Cour de cassation récemment installés. Tout au long de cette visite d'étude, la délégation algérienne a été régulièrement accompagnée par M. Abdelkader Sahraoui, magistrat de liaison algérien en France.

La même semaine, quatre magistrats du parquet général de la Cour suprême d'Algérie ont été accueillis par le procureur général. Cette visite d'étude a pu leur permettre de s'entretenir avec des premiers avocats généraux, des avocats généraux et des avocats généraux référendaires, d'assister à des audiences, mais également d'être reçus à la Cour de justice de la République et par des membres de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente pour les magistrats du parquet.

– Sur deux périodes (du 8 au 12 octobre, puis du 16 au 19 novembre), six conseillers référendaires à la Cour suprême du Sénégal ont consacré leur visite d'étude à la Cour de cassation à la veille juridique et au titrage des arrêts, mais également à la rédaction des arrêts et des sommaires, tant en matière civile qu'en matière pénale.

– En visite d'étude pendant deux semaines (du 12 au 23 novembre), des magistrats de la chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin et de la Cour suprême du royaume du Maroc, ainsi que des fonctionnaires de cette même Cour, ont assisté à des audiences de la Cour de cassation, choisies en fonction des activités qu'ils exercent au sein de leurs propres Cours. Ils ont été reçus par des magistrats tant du siège que du parquet général, certains suivant des séances de travail sur la rédaction des arrêts, d'autres se consacrant au travail de l'avocat général à la Cour de cassation. Des visites communes, au Conseil d'État, au Conseil constitutionnel et à l'École nationale de la magistrature (ENM), ont en outre été organisées, ainsi que des entretiens sur la gestion

des pourvois, sur le rôle et le fonctionnement du SDER, la dématérialisation de la procédure et le bureau virtuel du magistrat à la Cour de cassation.

– Mmes les conseillers Renée Koering-Joulin et Marie-Laure Robineau ont animé à Ouagadougou (Burkina Faso), du 8 au 11 mai 2012, une session de formation à la technique de rédaction française des arrêts civils et des arrêts criminels, qui suscite un grand intérêt chez les magistrats de ce pays. Les difficultés rencontrées par les magistrats (accès parfois difficile à une information à jour, diffusion insuffisante de la jurisprudence, absence d'un barreau spécialisé, décisions parfois non disponibles pour le justiciable au jour de la déclaration de pourvoi...), ont été au cœur des discussions avec Mme Salamata Sawadogo-Tapsoba, ministre de la justice, lors du rendez-vous que celle-ci leur a accordé au ministère.

2. Autres échanges bilatéraux

Les échanges bilatéraux concernent tant les étudiants que les professionnels. La Cour de cassation a en effet tissé des relations avec les universités françaises (Paris 1, Paris 2, Bordeaux) et étrangères et, dans ce cadre, reçoit fréquemment des étudiants étrangers.

En 2012, plusieurs groupes d'étudiants américains, un groupe d'étudiants de l'université belge de Louvain, un groupe d'étudiants étrangers de l'École de droit de la Sorbonne ont ainsi effectué une visite à la Cour de cassation. En outre, en juillet 2012, environ la moitié des étudiants, venus de quarante-trois pays, qui ont suivi les cours de l'université d'été du droit continental organisée par la Fondation du droit continental ont été accueillis à la Cour de cassation. Au-delà des simples visites, certains étudiants effectuent un stage à la Cour de cassation ; ce fut le cas pour une étudiante roumaine pendant un mois, un étudiant anglais pendant une semaine.

La coopération bilatérale recouvre également les échanges avec les ministres de la justice étrangers, les présidents et procureurs généraux des Cours suprêmes étrangères, les ambassadeurs des États étrangers, les magistrats et fonctionnaires des juridictions étrangères, qui interviennent souvent dans le cadre de partenariats avec l'ENM, le ministère de la justice, celui des affaires étrangères, le Conseil d'État et les autres professions juridiques (notaires, avocats, huissiers...).

Afrique

À l'initiative du service de coopération et d'action culturelle (SCAC) de l'ambassade de France et du président de la Cour suprême de la République de Côte d'Ivoire, M. Mamadou Koné, Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé du service des relations internationales de la Cour, s'est rendue à Abidjan (Côte d'Ivoire), du 13 au 15 février, pour effectuer une mission tendant à relancer la coopération judiciaire entre la Cour suprême et ses homologues français (Cour de cassation, Conseil d'État et Cour des comptes). Suite à cette mission, a notamment été signée une convention de jumelage entre les deux Cours suprêmes.

Le 27 février, une délégation de magistrats de Tunisie, en visite d'étude relative à l'organisation et à l'indépendance de la justice en France, a été reçue par M. Laurent

Le Mesle, premier avocat général à la chambre commerciale. Elle a été suivie le 5 avril par une délégation du tribunal administratif de Tunis, en visite au Conseil d'État.

Madame Lamia Nouar, procureur général adjoint à la cour d'appel d'Annaba (**Algérie**), a, pour sa part, été reçue le 26 septembre par M. Jean Berkani, avocat général à la chambre criminelle.

Mme Marie-Élise Gbedo, ministre de la justice du **Bénin**, a été reçue par le premier président le 27 mars, et M. Ousmane Batoko, président de la Cour suprême du Bénin, le 2 novembre. En visite d'étude au Conseil d'État, des magistrats de la Cour suprême du Bénin ont été reçus à la Cour de cassation le 5 juillet. C'est également dans ce pays, où elle a son siège, que l'Association africaine des hautes juridictions francophones (AA-HJF), qui fait partie de l'un des quinze réseaux institutionnels de la francophonie (comme l'AHJUCAF) a tenu, à Cotonou, ses 12^e assises statutaires, dont le thème était « Les systèmes juridiques et judiciaires de l'espace AA-HJF face à la problématique de la lutte contre la corruption ». Mme Catherine Bolteau-Serre est intervenue sur la question du rôle du parquet dans la lutte contre la corruption en France.

M. Mogoeng Mogoeng, *Chief Justice* de la République d'**Afrique du Sud**, a été reçu, le 21 juin, par M. Daniel Tardif, président de chambre, directeur du SDER, assisté de son adjoint, M. Daniel Barlow, conseiller référendaire, et de Mme Catherine Bolteau-Serre. L'indépendance de la justice, l'administration des juridictions, la formation initiale et continue des magistrats, l'accès à la justice, ont constitué les principaux thèmes abordés.

Des magistrats de la Cour suprême du **Sénégal** et de la Cour suprême de la **République de Côte d'Ivoire**, en visite d'étude au Conseil d'État, ont été reçus respectivement les 21 juin et 7 septembre à la Cour de cassation. Les entretiens ont porté sur l'organisation de la Cour et sur les différentes procédures, notamment celle de non-admission.

Europe

Du 25 au 28 janvier, Mme Claire Favre, président de chambre, s'est rendue à Moscou à l'occasion du 20^e anniversaire de la commémoration du système des juridictions commerciales de la **Fédération de Russie**. Elle a également participé avec Mme Cécile Petit, les 6 et 7 juin, à Tirana (**Albanie**), à un séminaire sur la réforme de la Cour suprême.

Le 28 juin, une délégation de la Fédération de Russie, en visite d'étude dans le cadre du projet de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe relatif à l'introduction de l'instance d'appel civil dans les juridictions de droit commun de la Fédération de Russie a été reçue par M. Franck Terrier, président de la troisième chambre civile, et M. Christian Raysséguier.

Le 26 novembre, une délégation de notaires russes conduite par M. Veniamine Yakovlev, conseiller juridique du Président de la Fédération de Russie, a été reçue par le premier président, lequel a participé, le lendemain, au colloque franco-russe organisé par la Chambre fédérale des notaires de Russie et le Conseil supérieur du notariat.

Du 5 au 9 mars, M. Denis Jardel, conseiller à la troisième chambre civile, s'est rendu à Sofia (**Bulgarie**), au titre d'une mission de coopération de l'Union européenne.

Mandaté par l'ENM comme formateur dans le cadre du projet franco-roumain « Traite des êtres humains » – REFRAC, M. Yves Charpenel, premier avocat général à la troisième chambre civile, s'est déplacé à Bucarest (**Roumanie**), du 20 au 23 mai, puis du 3 au 7 décembre, et a également animé un séminaire sur ce même sujet du 18 au 21 septembre dans les locaux de l'ENM.

Il a en outre participé à une rencontre franco-suédoise organisée au parquet général de la cour d'appel de Paris sur le bilan de la loi suédoise en matière de traite des êtres humains.

Le premier président, qui avait reçu le 26 mars M. Nigmatilla Yuldachev, ministre de la justice d'Ouzbékistan, a reçu le 4 juin M. Mustafaev Buritosh, président de la Cour suprême d'**Ouzbékistan**, avec une délégation de magistrats de cette Cour comprenant notamment le directeur de son centre de recherche. Le principe de la signature d'une convention de jumelage entre les deux Cours a été posé suite à la mission d'expertise réalisée dans le cadre du GIP JCI (voir *infra*).

Il a également rencontré le 25 avril, dans le cadre de la coopération bilatérale pour le soutien aux institutions, Mme Nata Mesarovic, présidente de la Cour de cassation de **Serbie**, qui a souhaité échanger sur le recrutement des magistrats, leur évaluation, les procédures disciplinaires et le contrôle des juridictions.

M. Harald Range, procureur général près la Cour fédérale de justice d'**Allemagne**, a rencontré M. Jean-Claude Marin, le 19 octobre. Cette rencontre a permis de resserrer encore un peu plus les liens unissant déjà depuis plusieurs mois les deux procureurs généraux et leur a donné l'occasion de s'entretenir de l'organisation de leurs institutions respectives mais également de règles de procédure pénale, M. Harald Range devant être entendu, dans les jours suivants, par le Tribunal constitutionnel fédéral sur le thème de la création, en Allemagne, d'une procédure équivalente à notre comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

En visite au Conseil supérieur de la magistrature, une délégation du Conseil national de **Pologne** était à la Cour les 5 et 6 novembre, et s'est entretenue avec M. Vincent Lamanda et M. Daniel Tardif.

M^e Ettore Tacchini, membre du *Consiglio Superiore della Magistratura* d'**Italie**, a été reçu par M. Vincent Lamanda le 7 novembre.

Le 9 novembre, M. Jan Passer, magistrat à la Cour administrative suprême de la **République tchèque**, a été reçu, à la demande du Conseil d'État, par Mme Catherine Bolteau-Serre.

Le 13 novembre, une délégation de la Cour de cassation d'**Arménie**, conduite par M. Arman Mkrtumian, son président, et M. Aram Orbelian, vice-ministre de la justice, a été reçue par le premier président, assisté de M. Gérard Pluyette, conseiller doyen de la première chambre civile. Ils se sont entretenus sur le thème de la procédure de non-admission.

Depuis 2009, les chambres criminelles des Cours de cassation de France et de **Belgique** ont noué des liens étroits qui se sont concrétisés par des journées d'échanges se tenant alternativement à Paris et Bruxelles. La troisième de ces journées s'est déroulée le 9 novembre 2012, en France. Associant une quarantaine de magistrats du siège et du parquet général, elle portait sur les deux thèmes suivants : « L'accès des demandeurs quérulents (plaideurs d'habitude ou sans argument valable) à l'instance de cassation » et

« Cour de cassation, troisième degré de juridiction ? ». Cette journée a donné lieu à des échanges fructueux entre magistrats belges et français, souvent confrontés aux mêmes problématiques. Elle a permis de démontrer, notamment, que le ministère d'un avocat spécialiste de la technique de cassation constitue un gage de qualité dans la formulation et l'argumentation des moyens de cassation.

Amériques

Séjournant en France dans le cadre du programme d'invitation des personnalités d'avenir du ministère des affaires étrangères et européennes, M. Marco Herrera, directeur exécutif de la Fondation globale pour la démocratie et le développement (FUNGLOBE), organisme privé sans but lucratif de **République dominicaine**, s'est entretenu le 18 janvier avec Mme Françoise Monéger, conseiller à la première chambre civile.

C'est dans ce même pays que s'est ensuite rendu M. Yves Charpenel, du 11 au 15 juin, à la demande de l'ENM, pour intervenir, en lien avec l'École de la magistrature de la République dominicaine, dans le cadre d'une formation sur le thème des violences faites aux femmes.

Venu d'**Argentine**, M. Pablo Gallegos Fedriani, magistrat en visite d'étude au Conseil d'État, a été reçu à la Cour de cassation par M. Daniel Tardif, Mme Catherine Boiteau-Serre, M. Yves Charpenel.

À l'invitation de la « *Academia de la Magistratura del Perú* », équivalent de l'ENM, et en exécution d'un accord liant ces deux entités, M. Dominique Garban, conseiller à la première chambre civile, s'est rendu, du 19 au 31 mai, à Lima (**Pérou**) puis à Cusco, pour présenter à des magistrats de la « *Corte Suprema* » et des « *Cortes Superiores* » la Cour de cassation française, le parcours d'un dossier à la Cour de cassation jusqu'au prononcé de l'arrêt et le rôle du SDER.

M. Sabin Ouellet, procureur en chef aux poursuites criminelles et pénales du **Québec** et Mme Sonia Paquet, procureur en chef adjoint, ont, quant à eux, rendu visite, le 24 septembre, à M. Jean-Claude Marin, dans le prolongement des entretiens qu'ils avaient eus avec le procureur général lors de la 2^e Conférence régionale de l'Amérique du Nord et des Caraïbes de l'Association internationale des procureurs et poursuivants (voir *infra*).

Le 19 décembre, Mme Catherine Sommé, conseiller référendaire à la chambre sociale, a reçu, à la demande de l'ENM, M. Joao Otavio de Noronha, ministre du Tribunal supérieur de justice du **Brésil** et M. Aloysio Correa de Veiga, directeur de l'ENAMAT (École fédérale de la justice du travail).

Asie

Le 7 février, le premier président s'est entretenu avec Son Excellence M. Ichiro Komatsu, nouvel ambassadeur du **Japon** en France, accompagné de M. Takayuki Tsutsumi, premier secrétaire, magistrat chargé des affaires juridiques à l'ambassade du Japon, et de M. Yasushi Masaki, ministre de l'ambassade, chargé des questions politiques. Le 5 novembre, une nouvelle délégation japonaise conduite par M. Mutsuo Tahara, juge à la Cour suprême du Japon, en présence notamment de M. Takayuki Sugihara, premier

secrétaire, magistrat chargé des affaires juridiques à l'ambassade du Japon, récemment nommé, a également été reçue par M. Vincent Lamanda, qui s'est entretenu avec eux notamment de la nomination des magistrats de la Cour de cassation.

Sollicité par l'ENM, M. Yves Charpenel a participé, à **Taiwan**, du 24 au 29 mars, à une mission relative au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Du 9 au 18 mai, M. Franck Terrier s'est rendu en **République populaire de Chine**, à Pékin, pour représenter le premier président au 25^e séminaire du notariat franco-chinois organisé par le Conseil supérieur du notariat. Du 13 au 20 octobre, M. Tardif a participé à la 26^e mission du notariat français en Chine, également organisée par le Conseil supérieur du notariat.

Le 9 novembre, une délégation de juristes de l'Institut des recherches du droit applicable de la Cour suprême de Chine a été reçue par M. Daniel Tardif et M. Laurent Le Mesle.

Les relations entre le parquet général de la Cour de cassation et ses homologues chinois ont également été très fructueuses en 2012. En effet, M. Yves Charpenel a reçu la visite, le 22 octobre, d'une délégation de procureurs chinois, puis le 24, de juges de la Cour suprême chinoise, avec lesquels il a échangé sur le thème du rôle du parquet général de la Cour de cassation.

En outre, il a accueilli, le 22 novembre, une délégation de huit avocats pénalistes chinois, en visite d'étude organisée par l'ambassade de France à Pékin, avant de s'entretenir, le 13 décembre, avec une délégation de procureurs de la province du Guangdong.

Enfin, le 11 décembre, M. Jean-Claude Marin a accueilli une délégation du parquet suprême de Chine, en visite en France, sur le thème de la place du parquet dans le système judiciaire français.

Le 21 mai, une délégation du **Vietnam**, emmenée par M. Nghia mai Hoang, premier vice-procureur général au Parquet populaire suprême de la République socialiste du Vietnam, a rencontré M. Christian Raysséguier.

Le 1^{er} juin, une délégation du ministère de la justice de la République populaire de Chine ainsi qu'une nouvelle délégation du Vietnam ont été respectivement reçues par M. Jean-Pierre Dumas, président de chambre honoraire, président du bureau d'aide juridictionnelle, et Mme Pierrette Pinot, conseiller doyen honoraire de la chambre commerciale.

Elle était suivie, le 26 juin, par une délégation du ministère de la justice vietnamien en visite d'étude consacrée à l'organisation et au fonctionnement de l'expertise judiciaire en France, laquelle s'est entretenue avec M. Didier Beauvais, conseiller à la chambre criminelle, et Mme Lise Leroy-Gissing, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile, et une quatrième délégation de ce même pays, reçue, le 6 juillet par M. Yves Charpenel.

Le 20 septembre, le premier président a reçu une délégation de la Commission judiciaire d'**Indonésie**, avec laquelle il a échangé sur les questions de l'éthique du juge, de la formation et des sanctions disciplinaires.

Les magistrats sud-coréens, dont le système judiciaire s'inspire du droit « continental », sont très demandeurs de relations suivies avec la France et les magistrats français.

La Cour suprême de **Corée du Sud** organisait, les 11 et 12 octobre, un symposium ayant pour thème « L'institution judiciaire travaillant avec les citoyens : pour améliorer l'image de l'institution par les citoyens et la participation du public ». M. Jean-Luc Moignard, conseiller à la chambre criminelle, y a abordé principalement la question du jury d'assises et des citoyens. Le 22 novembre, il a reçu une délégation du parquet de la Cour suprême de Corée du Sud, conduite par M. Yong-Wan Joo, procureur.

Océanie

Mme Anthe Philippides, juge à la Cour suprême du Queensland (**Australie**), a été reçue le 5 janvier respectivement par M. Dominique Dulin, conseiller doyen de la chambre criminelle, et Mme Catherine Bolteau-Serre.

Moyen et Proche-Orient

Le procureur général près la Cour de cassation a reçu, le 16 février, la visite du procureur général du **Qatar**, M. Ali Bin Fetais Al Marri, accompagné d'une délégation de magistrats et de M. Mohamed Jaham Al-Kuwari, ambassadeur du Qatar en France.

Dans le cadre d'une mission d'expertise collégiale de six mois consacrée à l'amélioration du traitement des pourvois par la Cour de cassation d'**Égypte**, M. Tony Moussa, doyen honoraire de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation et président du collège d'experts, s'est rendu en Égypte du 25 février au 2 mars, puis du 17 au 19 avril, accompagné de M. Thomas Vasseur, conseiller référendaire. La délégation française comprenait également M. Karim El Chalzli, doctorant à l'université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et rapporteur du collège d'experts, Mme Nathalie Bernard-Maugiron, directrice de recherches à l'Institut de recherche pour le développement (IRD) et spécialiste du droit des pays arabes, et M. Sylvain Robert, responsable du service de l'expertise à l'IRD. Les trois dernières journées de travail au Caire ont été consacrées à des échanges denses avec des conseillers de la Cour de cassation d'Égypte et plus particulièrement cinq magistrats de cette juridiction. Les discussions ont principalement porté sur l'analyse des causes du retard de la Cour de cassation d'Égypte dans le traitement de ses pourvois et les moyens d'y remédier. Un rapport a été remis au ministre de la justice et au président de la Cour de cassation d'Égypte le 21 juin.

Du 5 au 7 mars, M. Christian Raysséguier a participé, au Caire, à une conférence franco-égyptienne sur le thème « Renforcement et efficacité d'une justice démocratique » et, le 19 novembre, M. Vincent Lamanda s'est entretenu avec M. Mohamed Momtaz Metwaly, nouveau président de la Cour de cassation d'Égypte.

M. Elyakim Rubinstein, juge à la Cour suprême d'**Israël**, a été reçu le 19 juin par le premier président.

Le 16 juillet, Mme Agnès Labrégère-Delorme a accueilli une délégation de magistrats et policiers venus d'**Arabie saoudite**, en stage à l'Institut national des hautes études de la sécurité et de la justice.

M. Jean Daoud Fahed, nouveau premier président de la Cour de cassation du **Liban** et président du Haut Conseil de la magistrature, s'est entretenu le 7 décembre successivement avec le premier président et le procureur général.

B. RELATIONS MULTILATÉRALES

Les échanges multilatéraux de la Cour de cassation se déroulent à travers l'organisation et/ou la participation à des conférences ou séminaires et des visites de travail. En outre et surtout, la Cour de cassation participe aux travaux de nombreux réseaux et associations dont elle est membre et qui contribuent à renforcer les échanges entre les Cours suprêmes et avec d'autres acteurs du droit.

1. Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne

Des échanges fréquents ont lieu au titre du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne. Ce réseau, qui a son siège à la Cour de cassation, a pour objet de favoriser les échanges d'idées et d'expériences sur toutes questions relatives à la jurisprudence, à l'organisation et au fonctionnement des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne. Il permet de faciliter les contacts et les échanges d'informations entre ses membres ou observateurs, ainsi qu'entre ceux-ci et les instances européennes. Il compte vingt-sept membres et quatre observateurs, comprend un conseil d'administration présidé par M. Geert Corstens, président de la Cour suprême des Pays-Bas, M. Vincent Lamanda étant l'un des huit vice-présidents. Ce conseil d'administration se réunit au moins deux fois par an, et l'assemblée générale au moins une fois tous les deux ans.

Les 25 et 26 octobre, se sont tenues à Paris, à la Cour de cassation, les réunions du conseil d'administration et de l'assemblée générale du Réseau, suivies d'un colloque sur la « Nominatation des juges à la Cour suprême, à la Cour de justice de l'Union européenne et à la Cour européenne des droits de l'homme ».

Dans le cadre du programme d'échanges de magistrats entre les Cours suprêmes membres du Réseau, un conseiller de la Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie, ancien directeur de l'Institut national de la magistrature de Roumanie, M. Constantin Branzan, a effectué une visite d'étude du 1^{er} au 12 octobre. Au cours de son séjour, et au-delà des audiences, ont été organisés des entretiens avec les magistrats de la Cour de cassation ainsi que des visites au Conseil d'État et à la Cour de justice de la République. M. Branzan s'est également entretenu avec M. Laurent Vallée, directeur des affaires civiles et au sceau au ministère de la justice. Il a assisté au colloque organisé à la Cour de cassation sur « L'office du juge de l'exécution dans les procédures civiles d'exécution ».

2. 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, et d'encourager la réflexion sur l'évolution des parquets généraux et leurs problématiques communes.

Le réseau organise également annuellement un colloque réunissant l'ensemble de ses membres, chaque année dans un pays différent. C'est ainsi que M. Jean-Claude Marin s'est déplacé à Budapest, du 24 au 26 mai, en compagnie de Mme Labrégère-Delorme, à l'occasion de la 5^e réunion et conférence du réseau portant sur le thème des conséquences de la crise économique sur le travail et l'organisation des parquets, ainsi que sur la formation des magistrats.

Les débats ont par ailleurs largement porté sur l'instauration d'un parquet européen, Mme Michèle Coninx, présidente d'Eurojust, et des membres de la Commission européenne participant également à ce colloque.

À l'issue de ce sommet, M. Andrzej Seremet, procureur général polonais, a été élu nouveau président du Réseau.

3. GIP Justice Coopération Internationale (GIP JCI) (ex-ACOURIS)

Groupement d'intérêt public (GIP) créé en 2012, à l'initiative du ministère de la justice, de l'ENM, de l'École d'administration pénitentiaire et des professions du droit, le GIP Justice Coopération Internationale (GIP JCI), présidé par le procureur général près la cour d'appel de Douai, M. Olivier de Baynast, succède à l'association ACOURIS. Il a pour objectif le développement de la coopération technique juridique et judiciaire, des droits de l'homme et de l'État de droit dans le cadre des programmes multilatéraux de coopération mis en œuvre par l'Union européenne et les autres bailleurs de fonds internationaux et régionaux. Il prépare et gère, seul ou avec ses partenaires français et européens, les projets de coopération juridique financés par ces bailleurs dans différentes régions du monde. C'est dans ce cadre que la Cour de cassation est fréquemment sollicitée, la haute expertise de ses magistrats étant reconnue et appréciée.

Ainsi M. Yves Charpenel s'est déplacé en mission à Zagreb (Croatie), du 8 au 11 février, dans le cadre du projet de jumelage IPA 2008 relatif à l'assistance à la réforme du code de procédure pénale, puis, du 19 au 21 avril, dans le cadre cette fois du projet de jumelage IPA 2007, destiné à renforcer l'agence interministérielle anticorruption croate.

Au titre du projet européen mené par le GIP JCI relatif à la mise en œuvre de la réforme pénale au Kazakhstan, une délégation de la Cour suprême de cet État a été reçue par M. Dominique Dulin, le 21 juin, puis par M. Robert Finielz, premier avocat général à la chambre sociale.

De même, M. Daniel Tardif, accompagné de M. Daniel Barlow et assisté de deux magistrats experts du GIP JCI a conduit une mission d'expertise auprès de la Cour suprême de la République d'Ouzbékistan, à Tachkent, du 28 novembre au 1^{er} décembre 2012. Réalisée dans le cadre des travaux de la Mission d'appui de l'Union européenne aux réformes judiciaires criminelles en Ouzbékistan, l'expertise a été précédée d'échanges avec les autorités ouzbèks dans le courant de l'année 2012. La participation de M. Daniel Tardif et de M. Christian Raysseguier, à Tachkent, au colloque de lancement de la Mission d'appui de l'Union européenne, en février 2012, a été l'occasion d'une première prise de contact avec la Cour suprême. Outre des échanges avec divers membres de la Cour et présidents de chambre régionale, la mission d'expertise a permis une présentation des différentes missions du SDER et de l'expérience de la Cour de cassation en matière de dématérialisation des procédures.

M. Jean-Claude Marin a reçu pour sa part, le 12 décembre, une délégation de magistrats du parquet général de la Cour suprême d'Ouzbékistan, conduite par M. Jamshid Fayzev, procureur général adjoint, accompagné de magistrats ouzbèks.

4. Association des juges européens du travail (EALCJ)

L'Association des juges européens du travail, dédiée à la promotion d'informations et de contacts dans le domaine du droit du travail et à l'échange de pratiques judiciaires, est ouverte à tous les États membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen.

M. Michel Blatman, conseiller à la chambre sociale, président élu de l'Association pour l'année 2011-2012, a participé les 1^{er} et 2 juin 2012, à Berlin, aux travaux du XVI^e congrès annuel de l'association. Le thème traité cette année était intitulé « *Equality in Employment for Older and Disabled people* » (que l'on pourrait traduire par « Comment lutter contre les discriminations ou les inégalités au travail à raison de l'âge et du handicap »). Chaque délégation avait préalablement répondu à un questionnaire écrit portant sur trois sujets techniques : le handicap, la maladie et l'âge, les premier et troisième relevant directement 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. Mme Kate O'Mahony, présidente de l'*Employment Appeal Tribunal* (EAT) d'Irlande, a été élue nouvelle présidente de l'Association.

5. Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)

Cette association des Cours de cassation et Cours suprêmes francophones a organisé à la Cour de cassation, le 23 mars 2012, une conférence sur le thème de « L'exécution des décisions de justice dans l'espace francophone » qui a réuni près de 200 personnes, dont 45 magistrats étrangers. La réunion annuelle du conseil d'administration s'est tenue la semaine suivante, le 28 mars 2012, sous la présidence de M. Ghaleb Ghanem, son président.

L'AHJUCAF a été également partenaire des troisièmes journées européennes d'information juridique, organisées par les associations Juriconnexion et ADIJ, du 21 au 23 novembre 2012, à la Maison du barreau de Paris.

6. Forum des juges commerciaux européens

Mme Françoise Laporte, conseiller à la chambre commerciale, s'est rendue à Varsovie (Pologne) pour participer à la 7^e conférence du Forum européen des juges commerciaux organisée par la Cour suprême polonaise les 27 et 28 septembre.

7. Association internationale des procureurs et poursuivants (AIPP)

Organisation mondiale de procureurs et poursuivants, l'Association internationale des procureurs et poursuivants (AIPP), née en 1995 dans les bureaux des Nations unies à Vienne, a été officiellement inaugurée en septembre 1996, lors de sa première assemblée générale, à Budapest. Elle compte actuellement des membres individuels et institutionnels provenant de plus de 160 pays.

Face à l'accroissement de la criminalité transnationale, la création de l'AIPP a permis de répondre à la demande grandissante de coopération internationale entre procureurs et poursuivants et de rendre plus efficaces les processus d'entraide.

L'AIPP tient une conférence chaque année. Des conférences régionales sont également organisées.

C'est ainsi que M. Jean-Claude Marin s'est déplacé, en compagnie de Mme Labrégère-Delorme, à la 2^e Conférence régionale de l'Amérique du Nord et des Caraïbes de l'AIPP, organisée cette année à Québec, du 16 au 18 mai, sur le thème de l'indépendance des services de poursuites. Il a pu, à cette occasion, maintenir les liens privilégiés qu'il entretenait déjà avec les membres de l'AIPPF présents à cette réunion, mais aussi échanger avec de nombreux magistrats américains, canadiens et des Caraïbes.

En marge de cette conférence, M. Jean-Claude Marin a également pu s'entretenir avec M. André Ouimet, secrétaire général du Conseil supérieur de la magistrature du Québec.

Enfin, M. Yves Charpenel a représenté le procureur général près la Cour de cassation lors de divers séminaires et manifestations, comme ceux organisés du 24 au 29 juin à Dalian, en Chine, par l'Association internationale des autorités de lutte contre la corruption (IAACA), du 2 au 6 octobre, à Kuala Lumpur, en Malaisie, à l'occasion de l'assemblée générale de cette organisation, ainsi que lors d'une conférence organisée par le Parlement belge le 18 octobre, sur le thème de la traite des êtres humains.

IV. Bureau d'aide juridictionnelle

ACTIVITÉ 2012 DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE

En 2012, le nombre des demandes d'aide juridictionnelle adressées au bureau établi près la Cour de cassation s'est retrouvé, à quelques unités près (8 736 contre 8 704), au niveau où il se situait en 1995, soit dix-sept ans avant, ce qui témoigne d'une certaine stabilité. Entre ces deux dates, cependant, on observe une forte progression jusqu'en 1997 (10 334), puis une stabilisation jusqu'en 2007 (10 315), suivie d'une sensible décélération. La baisse significative du nombre des requêtes à partir de 2010 a pris fin en 2012, année au cours de laquelle une légère reprise (+ 1,96 %) a pu être observée. Ce changement d'orientation recouvre des réalités contrastées : une forte progression en droit du travail (+ 21,75 % entre 2011 et 2012), conséquence possible de l'augmentation des licenciements et d'un moindre effet de la réforme ayant introduit la rupture conventionnelle du contrat de travail ; au contraire, une continuité de la baisse dans le domaine de la sécurité sociale, qui avait été analysée dans le *Rapport annuel* de l'an dernier (p. 588) ; pour le reste, un léger accroissement en matière pénale (+ 2,08 %) et une quasi-stagnation pour les affaires civiles (essentiellement le contentieux du droit de la famille, des baux d'habitation et du crédit à la consommation), ce qui peut paraître surprenant en cette période de difficultés économiques et sociales dont on peut penser qu'elles affectent plus particulièrement les personnes éligibles à l'aide juridictionnelle.

2 020 demandes ont été cette année accueillies favorablement, soit du fait de l'existence d'un moyen sérieux de cassation (1 281), soit parce que l'admission est de droit lorsque la requête est présentée pour se défendre contre un pourvoi (459), soit enfin parce qu'en certaines matières le bureau accorde l'aide au seul vu des ressources, sans même rechercher l'existence d'un possible moyen de cassation (280). Il s'agit, dans ce dernier cas, notamment des condamnations à de lourdes peines, des mises en accusation, de la détention provisoire, du contrôle judiciaire et du mandat d'arrêt européen.

Les recours formés devant le premier président et ses délégués sont de deux sortes : d'une part contre les décisions d'irrecevabilité pour cause de ressources supérieures aux plafonds légaux (il y en a eu 209, avec un taux de succès de 30 %, étant observé, dans ce cas, que l'organe de recours dispose d'éléments d'appréciation qui n'avaient pas été fournis au bureau), et d'autre part, contre les décisions fondées sur une absence de moyen sérieux de cassation (1 615, avec un taux de réussite de 6 %, en augmentation de 2 % par rapport à l'année précédente).

Une dernière donnée statistique est intéressante à mettre en évidence : dans les chambres de la Cour autres que la chambre criminelle, le taux global de cassation a été de 25 %, alors qu'il a été de 48 % pour les pourvois ayant été formés avec le bénéfice de l'aide juridictionnelle ; par rapport à l'année 2011, le taux de succès pour les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle s'est amélioré.

Le pourvoi avec aide juridictionnelle n'est pas pour autant dénué de risques. À ce propos, une décision rendue en 2012 par la deuxième chambre civile de la Cour mérite d'être signalée à l'attention de ceux qui forment des pourvois en cassation même avec le bénéfice de l'aide juridictionnelle. Il s'agit d'un arrêt prononcé le 13 janvier (2^e Civ., 13 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.462), dans lequel la haute juridiction a condamné la bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, dont le pourvoi a été rejeté, au paiement d'une somme de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code procédure civile.

Enfin, la question prioritaire de constitutionnalité, issue de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, ne devrait plus être à évoquer au titre de l'activité du bureau d'aide juridictionnelle établi près la Cour de cassation. Les justiciables ont compris que l'État ne prenait pas en charge les procédures de demande de transmission d'une QPC par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, seuls les pourvois eux-mêmes justifiant l'éventuelle désignation d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (voir les explications contenues dans le *Rapport annuel* 2011, p. 588).

ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE											
Années	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
Affaires restant à examiner au 01/01	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989	3 278	2 938	
Affaires reçues *	9 478	10 056	10 698	10 829	10 315	9 170	9 677	9 414	8 568	8 736	
Décisions rendues mettant fin à la procédure	9 939	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736	9 589	9 125	8 908	8 463	
Affaires restant à examiner au 31/12	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989	3 278	2 938	3 211	

* Les affaires reçues incluent, outre les demandes nouvelles, les requêtes diverses (18 en 2012) et les retours après admission au recours (42 en 2012)

RÉPARTITION DES DÉCISIONS DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE PAR CATÉGORIES											
Années	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
Rejet	4 150	3 494	3 666	4 028	3 728	3 708	4 320	3 527	3 456	6 430	
Admission	1 936	1 879	2 171	2 471	2 343	2 104	2 247	2 283	2 232	2 033	
Irrecevabilité et caducité	3 853	3 767	4 460	4 657	4 213	2 924	3 022	3 315	3 220	2 094	
Total	9 939	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736	9 589	9 125	8 908	10 557	

V. Commission nationale de réparation des détentions

ACTIVITÉ 2012 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

A. Étude statistique des recours et des décisions

La commission a enregistré 46 recours en 2012, ce qui confirme la tendance à la diminution observée ces dernières années (90 recours enregistrés en 2010 et 68 en 2011).

29 de ces recours, soit 63 % du total, ont été formés contre des décisions rendues par seulement cinq premiers présidents de cour d'appel ou magistrats délégués (Paris, Toulouse, Aix-en-Provence, Versailles et Reims), cependant que les 17 autres critiquent des décisions rendues dans onze ressorts de cour d'appel.

Aucun recours n'a été formé par un procureur général. 38 recours ont été introduits par le demandeur seul, 4 par l'agent judiciaire de l'État (nouvelle dénomination de l'agent judiciaire du Trésor, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2012-985 du 23 août 2012) seul, et 4 par le demandeur et l'agent judiciaire de l'État.

52 décisions (dont 45 décisions au fond) ont été prononcées en 2012, contre 88 décisions (dont 86 au fond) en 2011. 6 de ces décisions ont été publiées au *Bulletin criminel* de la Cour de cassation. Les décisions relatives à 5 dossiers, examinés à l'audience le 17 décembre 2012, ont été mises en délibéré au 28 janvier 2013.

Il a été recouru à la visioconférence lors de l'examen de deux affaires, dans les conditions prévues par l'article 706-71 du code de procédure pénale, tel que modifié par la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009.

Les décisions prononcées ont concerné 47 hommes, tous majeurs, et 5 femmes, dont une mineure (contre 82 hommes et 6 femmes en 2011).

L'âge moyen des demandeurs, à la date de leur incarcération, était de 35,33 ans, légèrement supérieur à ce qu'il était en 2011 (32 ans), et comparable à ce qu'il était en 2010 (36 ans). Les âges extrêmes ont été de 17 ans et 63 ans.

Leur profil sociologique s'analyse comme suit :

- 38 % étaient mariés ou vivaient en couple;
- 32 % avaient des enfants;
- 54 % n'exerçaient pas d'activité professionnelle;
- 70 % étaient de nationalité française;
- 29 % avaient eu une expérience carcérale antérieure.

La durée moyenne des détentions indemnisées a été de 409 jours, soit un *quantum* nettement supérieur à celui observé en 2010 (302 jours) et 2011 (300 jours). Il est vrai que cette moyenne est affectée par un certain nombre de longues détentions, puisque l'on observe 8 détentions d'une durée supérieure à deux ans (730 jours), dont 4 ont excédé trois ans (1095 jours) et une a même atteint 2086 jours, soit 5,71 ans, et 14 détentions d'une durée comprise entre un an (365 jours) et deux ans (730 jours). À l'inverse, 8 détentions ont duré moins de 3 mois (90 jours), la plus courte ayant été de 19 jours.

Ces détentions sont principalement intervenues dans des affaires d'homicide volontaire (32 %), d'infractions sexuelles (15 %), d'infractions à la législation sur les stupéfiants (17 %), et de vols ou recels (15 %).

Les 52 décisions prononcées par la commission se répartissent comme suit :

- la commission a donné acte de 5 désistements (soit 10 %) et déclaré 2 recours irrecevables (soit 4 %), l'un parce qu'il était tardif, l'autre parce qu'il était dirigé contre une décision de radiation qui n'est susceptible d'aucun recours, conformément à l'article 383 du code de procédure civile (Com. nat. de réparation des détentions, 24 septembre 2012, n° 12CRD008) ;
- s'agissant des 45 décisions rendues sur le fond, elle a rejeté 10 recours (soit 19 %, contre 34 % en 2010 et 25 % en 2011) et en a accueilli 35 (soit 67 %), dont 8 totalement (15 %) et 27 partiellement (52 %).

La moyenne des indemnités allouées a été, pour le préjudice matériel, de 11 677 euros (8 610 euros en 2011), soit un total de 922 507 euros (740 502 euros en 2011), tandis que la moyenne de celles allouées au titre du préjudice moral a été de 17 575 euros (17 894 euros en 2011), soit un total de 913 900 euros (1 538 927 euros en 2011).

Le montant total des indemnités allouées s'est donc élevé à 1 836 407 euros (2 279 429 en 2011).

Le délai moyen de jugement d'une affaire a été de 7,86 mois (les extrêmes étant de 4,09 mois et 16,27 mois). Il est donc stable par rapport aux deux années précédentes (7,53 mois en 2010 et 7,97 mois en 2011).

Au 31 décembre 2012, 17 dossiers étaient en cours d'instruction et 6 autres avaient d'ores et déjà été audiencés en 2013.

B. Analyse de la jurisprudence

Les six décisions publiées au *Bulletin criminel* de la Cour de cassation ont permis à la commission de statuer sur un certain nombre de questions nouvelles concernant tant les conditions du droit à indemnisation, que la procédure d'indemnisation et l'étendue de celle-ci.

1. Conditions du droit à indemnisation

a. Notion de détention indemnisable

La commission a précisé la notion de détention indemnisable au sens de l'article 149 du code de procédure pénale.

Une personne poursuivie selon la procédure de comparution immédiate avait été déclarée coupable de violences aggravées et placée en détention, le 24 septembre 2010, par le tribunal correctionnel, avant d'être finalement relaxée par arrêt, devenu définitif, de la cour d'appel de Caen en date du 5 janvier 2011.

Ayant subi une détention d'une durée de trois mois et treize jours, elle avait saisi le premier président, lequel avait rejeté sa demande d'indemnisation au motif que

L'intéressée n'avait pas fait l'objet d'une détention provisoire au sens de l'article 149 du code de procédure pénale, mais de l'exécution provisoire d'une décision de condamnation non définitive à une peine d'emprisonnement ferme.

Cette conception de la détention indemnisable pouvait apparaître comme excessivement restrictive, des arguments textuels, tirés, notamment, de l'article 397-4, alinéa 2, du code de procédure pénale, aux termes duquel « la cour statue dans les quatre mois de l'appel du jugement rendu sur le fond interjeté par le prévenu détenu, faute de quoi celui-ci, s'il n'est détenu pour une autre cause, est mis d'office en liberté », suggérant, au contraire, que le placement en détention, après jugement selon la procédure de comparution immédiate, a bien le caractère d'une détention provisoire, au sens de l'article 149 précité, lorsque ce jugement est frappé d'appel.

Elle n'était d'ailleurs soutenue, devant la commission nationale, ni par l'agent judiciaire de l'État, qui faisait une offre d'indemnisation au titre du préjudice moral, ni par le procureur général.

Faisant droit au recours dont elle était saisie, la commission nationale a jugé « qu'en cas d'appel interjeté contre un jugement de condamnation rendu sur comparution immédiate ayant ordonné son placement en détention, l'appelant est qualifié de prévenu détenu par l'article 397-4 du code de procédure pénale ; qu'il en résulte que les dispositions de l'article 149 susvisé lui sont applicables pour le cas où la procédure se termine à son égard par une décision de relaxe ; que la demande est donc recevable », et a, par conséquent, indemnisé le demandeur, selon des modalités conformes à sa jurisprudence habituelle, n'appelant pas de commentaire particulier (Com. nat. de réparation des détentions, 15 octobre 2012, n° 12CRD009, *Bull. crim.* 2012, CNRD, n° 5).

b. Exclusion du droit à indemnisation

La commission a eu l'occasion de préciser son interprétation de la règle suivant laquelle aucune réparation n'est due lorsque la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement rendue en faveur du demandeur a pour seul fondement la prescription de l'action publique intervenue après la libération de la personne.

Par une décision en date du 6 février 2012 (n° 11CRD045, *Bull. crim.* 2012, CNRD, n° 1), elle a jugé que lorsque la constatation de la prescription trouvait son origine dans l'annulation des actes de poursuite ou d'instruction, elle ne constituait pas le « seul fondement » de la non-déclaration de culpabilité, et ne pouvait donc évincer le droit à indemnisation du demandeur.

2. Procédure d'indemnisation

Par une décision en date du 5 mars 2012 (n° 11CR059, *Bull. crim.* 2012, CNRD, n° 2), la commission nationale a précisé l'étendue des pouvoirs dont dispose le premier président saisi d'une demande d'indemnisation.

Saisi, notamment, d'une demande d'indemnisation d'un préjudice qualifié de « médical », présentée par un demandeur qui souffrait, à la date de son placement en détention, de plusieurs maladies graves (diabète, hypertension, maladie de Charcot aboutissant à une paralysie progressive des muscles des quatre membres), et qui était d'ailleurs décédé en cours de procédure, le premier président de la cour d'appel de Rouen avait d'office

ordonné, avant dire droit, une expertise médicale sur pièces, ayant pour objet de déterminer si la détention avait ou non aggravé l'état de santé de l'intéressé et contribué à réduire son espérance de vie.

Cette décision était critiquée par l'agent judiciaire du Trésor, qui soutenait, notamment, qu'en ordonnant une expertise non sollicitée par les filles du demandeur, ayant repris l'instance après le décès de leur père, le premier président avait commis un excès de pouvoir.

La commission n'a pas retenu cette thèse et a jugé qu'indépendamment de l'obligation lui étant faite, par l'article 149 du code de procédure pénale, d'ordonner, à la demande du requérant, l'expertise contradictoire prévue par ce texte, le premier président tenait aussi de l'article R. 34 du même code la faculté d'ordonner toute mesure d'instruction utile, et que, dès lors, l'agent judiciaire du Trésor n'était pas recevable à solliciter l'annulation de l'expertise contestée.

3. Étendue du droit à indemnisation

a. Préjudice matériel

– Par une décision en date du 17 décembre 2012 (n° 12CRD022, en cours de publication), la commission a statué, une nouvelle fois, sur la question de l'indemnisation des **frais de transport** exposés pour rendre visite à un proche, susceptible, pour diverses raisons (nécessités de l'instruction imposant de séparer les protagonistes d'une même affaire, encombrement de l'établissement le plus proche, absence, dans cet établissement, d'un quartier pour femmes ou pour mineurs), d'être incarcéré à une distance importante de son domicile.

On rappellera que la commission a déjà jugé que sont partiellement indemnisables, en l'espèce à hauteur de la moitié, les frais de transport exposés par la compagne du demandeur pour les visites, en détention, de ses enfants mineurs, dès lors que l'intéressé contribuait, dans le cadre de la communauté de vie avec celle-ci, aux dépenses afférentes à l'entretien et à l'éducation des enfants communs et que lesdits frais sont justifiés (Com. nat. de réparation des détentions, 10 octobre 2011, n° 10CRD079, *Bull. crim.* 2011, CNRD, n° 7).

Saisie, en 2012, d'un recours contre la décision du premier président de la cour d'appel de Montpellier, qui avait écarté les demandes de remboursement des frais de déplacement exposés par les membres de la famille du demandeur, la commission a estimé que les frais de visite des personnes économiquement indépendantes du détenu ne pouvaient être pris en compte, mais, qu'en revanche, les frais exposés pour les visites faites par le fils majeur du détenu, économiquement dépendant de son père, chez qui il résidait, et dont il était justifié par des documents pénitentiaires, ouvraient au demandeur le droit d'être remboursé du coût des trajets de son visiteur, qu'il avait nécessairement supporté.

La commission a précisé qu'à défaut d'autre élément, ce coût pouvait être calculé par référence au barème fiscal des frais kilométriques établi par l'État, pour un véhicule de faible cylindrée.

– S'agissant des **honoraires d'avocat et frais de défense**, la décision du 17 décembre 2012 précitée rappelle, une nouvelle fois, conformément à une jurisprudence constante, encore trop souvent méconnue, que leur remboursement ne peut concerner que « les

prestations directement liées à la privation de liberté», ce qui impose, concrètement, que les factures produites individualisent les différentes diligences accomplies.

En revanche, s'il est satisfait à cette exigence de précision, la circonstance que ces factures soient libellées à l'ordre de la sœur du demandeur, qui en a assuré le paiement en raison de l'impécuniosité de son frère, ne justifie pas d'en écarter l'indemnisation, dès lors que le bénéficiaire a expressément souscrit une promesse nominative de remboursement produite aux débats.

b. Préjudice moral

Le parc pénitentiaire français étant fort hétérogène, et certains établissements pouvant présenter un état de vétusté avéré, la question de la qualité des conditions d'incarcération des personnes détenues, et de leur caractère éventuellement contraire à la dignité humaine, si elle a principalement donné lieu, ces dernières années à des recours indemnitaires, soumis à la juridiction administrative (voir, sur cette question, Martine Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire*, Dalloz Action 2012/2013, § 1251.41), n'a pas manqué d'être posée à la commission nationale de réparation des détentions, sous l'angle de leur incidence sur le préjudice moral enduré par le demandeur.

Par deux décisions rendues le 25 juin 2012 (n° 12CRD001, *Bull. crim.* 2012, CNRD, n° 3 ; n° 12CRD002, *Bull. crim.* 2012, CNRD, n° 4), la commission a posé en principe que les conditions de détention dans un établissement pénitentiaire dont l'insalubrité ou la vétusté et le taux d'occupation élevé ont été constatés par le contrôleur général des lieux de privation de liberté (1^{re} espèce), ou ont été dénoncés dans des rapports établis par des commissions d'enquête parlementaires concomitamment à la période de détention subie par le demandeur (2^e espèce), constituent un facteur d'aggravation du préjudice moral, lesdites conditions de détention ayant nécessairement été subies à titre personnel par le demandeur.

Ces deux décisions ont été rendues en faveur de personnes ayant été détenues, l'une au « Camp Est » de Nouméa, établissement ayant fait l'objet d'un rapport publié le 6 décembre 2011, aux termes duquel le contrôleur général des lieux de privation de liberté concluait à l'existence d'une « violation grave des droits fondamentaux des détenus », l'autre à la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, établissement étudié, en 2000, par deux commissions d'enquête parlementaires.

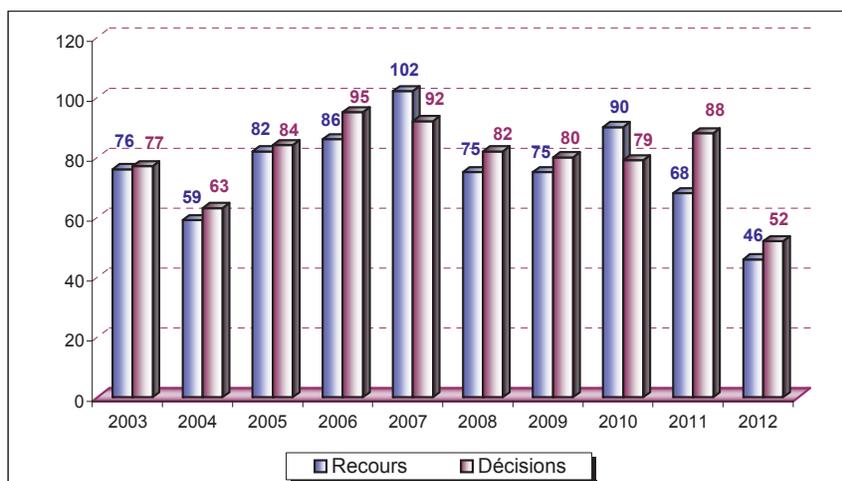
Une décision plus récente, non publiée, a majoré, pour les mêmes raisons de promiscuité et d'insalubrité, l'indemnisation du préjudice moral d'un autre demandeur ayant été longuement détenu à Nouméa (Com. nat. de réparation des détentions, 19 novembre 2012, n° 12CRD015).

On pourra comparer la jurisprudence de la commission nationale de réparation des détentions quant au caractère nécessairement personnel de l'effet des mauvaises conditions de détention sur la personne incarcérée à celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui juge, pour sa part, que, saisie d'une demande de mise en liberté, motivée, notamment, par le caractère inhumain et dégradant des conditions d'incarcération, une chambre de l'instruction justifie sa décision de rejet, conformément aux seules exigences des articles 137-3 et 143-1 et suivants du code de procédure pénale, dès lors que n'étaient pas allégués des « éléments propres à la personne concernée, suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale » (Crim., 29 février 2012, pourvoi n° 11-88.441, *Bull. crim.* 2012, n° 58).

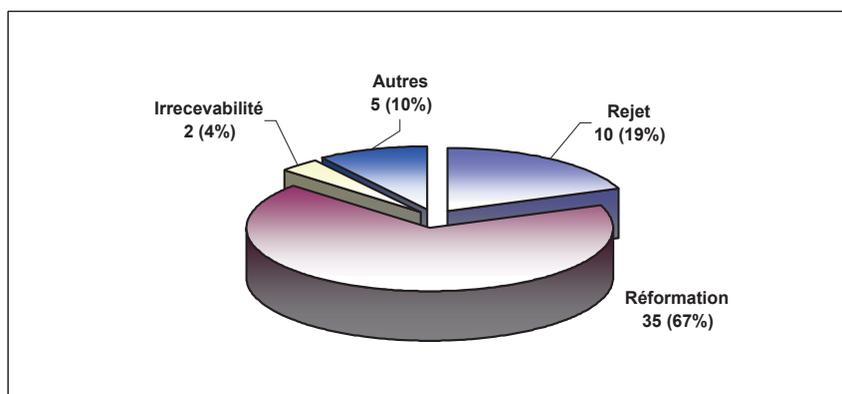
ACTIVITÉ DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS - ANNEE 2012

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							
AIX EN PROVENCE	6	6		5			1
AMIENS		2		2			
ANGERS							
BASSE-TERRE							
BASTIA		3			3		
BESANÇON							
BORDEAUX	3	4	3	1			
BOURGES	2	1			1		
CAEN	1	1		1			
CHAMBÉRY		1		1			
COLMAR		1					1
DIJON	1	1		1			
DOUAI	1	2		1			1
FORT-DE -FRANCE		1			1		
GRENOBLE							
LIMOGES							
LYON	2	2		1		1	
MAMOUDZOU							
METZ		1			1		
MONTPELLIER	2	3		2			1
NANCY							
NÎMES							
NOUMÉA	1	1		1			
ORLÉANS							
PAPEETE							
PARIS	7	9	4	4	1		
PAU							
POITIERS							
REIMS	4	3	1	1			1
RENNES	2	1		1			
RIOM	1	1		1			
ROUEN		1		1			
ST-DENIS-DE-LA-REUNION	1						
TOULOUSE	7	4	1	2	1		
VERSAILLES	5	3	1	1		1	
TOTAL	46	52	10	27	8	2	5
			19%	52%	15%	4%	10%

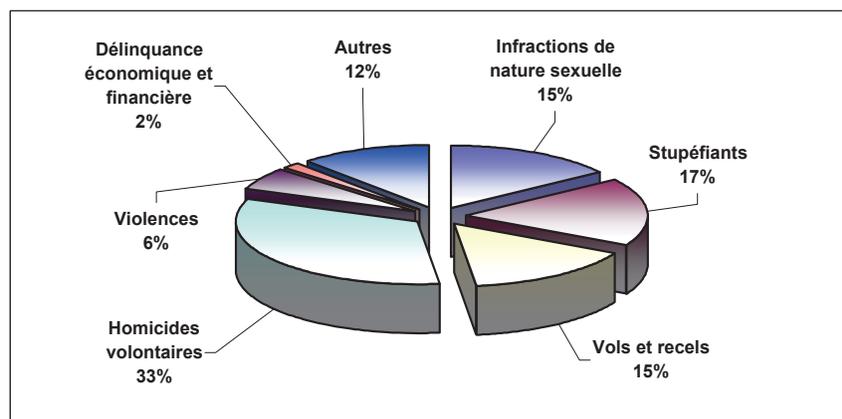
ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS



RÉPARTITION DES DÉCISIONS PAR CATÉGORIES - ANNÉE 2012



RÉPARTITION DES REQUÊTES PAR INFRACTIONS POURSUIVIES - ANNÉE 2012



VI. Commission de révision des condamnations pénales

ACTIVITÉ 2012 DE LA COMMISSION DE RÉVISION

La révision des condamnations pénales est une voie de recours exceptionnelle instaurée pour remédier aux erreurs judiciaires. 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 autres systèmes judiciaires, 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 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, 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, n'a que le pouvoir de saisir 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 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.

Toute personne définitivement condamnée pour un crime ou un délit peut saisir la commission de révision, sans condition de forme ou de délai. Une simple lettre émanant de la personne condamnée suffit. 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, un véritable débat contradictoire s'instaure. Le demandeur et son avocat, s'il en a un, sont avisés. Bien que l'article 623 du code de procédure pénale ne le prévoit pas, la partie civile qui 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 fait un 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. Ils ont ensuite la parole en dernier.

Lorsque les éléments invoqués demandent à être vérifiés, la commission peut décider d'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 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. Cette année, seules deux décisions ont été rendues en séance publique.

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 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, 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...), 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 2012, la commission a été saisie de 139 requêtes, dont 46 en matière criminelle et 93 en matière correctionnelle. Il est à noter que 28 de ces dernières concernaient des condamnations pour infractions aux règles sur la distillation et contestaient, en réalité, l'interprétation donnée à une règle de droit par la Cour de cassation.

La commission a prononcé 74 décisions d'irrecevabilité, dont 28 dans les dossiers susvisés, 25 de rejet. Elle a saisi à 2 reprises la Cour de révision. Elle a constaté 3 désistements et ordonné 6 suppléments d'information. Le président a rendu 39 ordonnances d'irrecevabilité.

Au 31 décembre 2012, il restait donc 78 affaires à examiner, parmi lesquelles les six ayant fait l'objet d'un supplément d'information.

Depuis sa création, en 1989, la commission de révision a saisi la Cour de révision à 82 reprises, dont 11 fois en matière criminelle.

Dans le même temps, la Cour de révision a annulé 48 décisions de condamnation, dont 5 en matière criminelle, et rejeté 32 demandes, dont quatre en matière criminelle. Il lui reste à statuer sur les deux affaires criminelles dont elle a été saisie en 2012.

Observations

Comme déjà signalé dans les *Rapports* précédents, la commission rencontre des difficultés pour se prononcer sur les demandes de révision en matière criminelle. L'absence

de notes d'audiences détaillées et de motivation des décisions de cours d'assises antérieures au 1^{er} janvier 2012 rend difficile l'appréciation de la nouveauté des faits ou des éléments invoqués à l'appui de la demande ainsi que l'impact qu'ils auraient pu avoir dans l'appréciation de la culpabilité du requérant.

En 2012, la commission a déjà été saisie de quatre requêtes portant sur des condamnations criminelles prononcées après 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. Son travail est grandement 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.

Par contre, on ne peut que continuer à regretter que la commission se trouve, le plus souvent, dans l'impossibilité d'avoir connaissance des déclarations faites devant la cour d'assises. C'est parfois par des coupures de presse ou par l'audition des personnes citées dans la demande en révision que la commission découvre que les déclarations invoquées comme étant nouvelles ont déjà été tenues devant la cour d'assises.

Certes, 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, enregistrement qui peut être visionné dans le cadre de la procédure de révision. Cependant, la commission ne peut que constater qu'il est très peu procédé à cet enregistrement. Il serait souhaitable que cet enregistrement, au lieu d'être laissé à l'appréciation du seul président de la cour d'assises, soit rendu obligatoire, au minimum, lorsqu'une partie le demande.

Le travail de la commission est également entravé par la destruction des pièces à conviction en application de l'article 41-1 du code de procédure pénale. La circulaire 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 fait 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. Dans la première, M. X..., dont la condamnation a été annulée par la Cour de révision, vient d'être acquitté par la cour d'assises de renvoi. Dans la seconde, qui concerne deux accusés, la commission a saisi la Cour de révision au cours de l'année écoulée.

Ces exemples démontrent l'importance qu'il y a à conserver les scellés dans les affaires criminelles contestées, y compris lorsqu'elles apparaissent simples.

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	
2003	136			102	4		33		139	88
2004	146			98	2	2	30	2	134	100
2005	167			110	4	4	36	3	157	110
2006	188			136	3	2	40	8	189	109
2007	156			121	3		42	2	168	97
2008	143			110	2		27	4	143	97
2009	135			100	2		34	3	139	93
2010	133			74	2		29	4	109	117
2011	124		25	96	1		36	2	160	81
2012	122	6	37	45	3		22	2	115	94

** 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
2003			2		1	
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	

**VII. Commission de réexamen
d'une décision pénale
consécutif au prononcé
d'un arrêt de la CEDH**

ACTIVITÉ 2012 DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN

En 2012, la commission a rendu trois décisions.

Le 14 mars 2012 (Com. réex., 14 mars 2012, n° 11RDH001, *Bull. crim.* 2012, CRDH, n° 1), elle a fait droit à la requête de M. Claude X..., condamné pour complicité de violences aggravées. La Cour européenne des droits de l'homme a constaté, d'une part, que M. X..., placé en garde à vue et interrogé par les enquêteurs, n'avait pas été informé du droit de conserver le silence et n'avait bénéficié de l'assistance d'un avocat qu'au bout de 20 heures, d'autre part, que ses déclarations avaient été utilisées par les juridictions pénales pour établir sa culpabilité; elle a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La commission a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris.

Le 5 juillet 2012 (Com. réex., 5 juillet 2012, n° 12RDH001, *Bull. crim.* 2012, CRDH, n° 2), elle a fait droit à la requête de M^e Gisèle X..., avocate, déclarée coupable de violation du secret professionnel à l'occasion de certaines déclarations faites à la presse et dispensée de peine. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, compte tenu du statut particulier des avocats, un juste équilibre n'avait pas été ménagé entre, d'une part, le respect de la liberté d'expression, d'autre part, la nécessité de préserver le secret de l'instruction et les droits des personnes mises en cause ainsi que celle de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire; elle a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention. La commission a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris.

Enfin le 20 décembre 2012 (Com. réex., 20 décembre 2012, n° 12RDH002, *Bull. crim.* 2012, CRDH, n° 3), elle a fait droit à la requête de Mme Agnès X..., condamnée pour dénonciation calomnieuse. La Cour européenne des droits de l'homme a constaté qu'en application de la législation applicable à l'époque, Mme X... avait été privée de la possibilité de contester la fausseté des faits dénoncés; elle a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention. La commission a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Paris.

La commission a eu l'occasion de compléter sa jurisprudence sur deux points importants :

- une dispense de peine entre dans les prévisions de l'article 626-1 du code de procédure pénale et ne fait pas obstacle à un réexamen de l'affaire (décision du 5 juillet 2012 précitée);
- lorsque l'arrêt a été rendu par une chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, le délai d'un an pour saisir la commission court à compter non pas de la date du prononcé de l'arrêt, mais de la date à laquelle cet arrêt devient définitif dans les conditions prévues par l'article 44 de la Convention (décision du 20 décembre 2012 précitée).

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.	A.d.d.	Rejet	Saisine	Total	
2003	0	6	6		1		1	1	5
2004	5	4	9	2		2	3	7	2
2005	2	6	8	1			5	6	2
2006	2	4	6	1		1	3	5	1
2007	1	8	9	2			3	5	4
2008	4	2	6	2			4	6	0
2009	0	1	1	1				1	0
2010	0	0	0					0	0
2011	1	1	2				1	1	1
2012	1	2	3				3	3	0

VIII. Manifestations organisées à la Cour de cassation

MANIFESTATIONS ORGANISÉES À LA COUR DE CASSATION EN 2012

En 2012, la Cour de cassation a poursuivi ses actions destinées à faire connaître au plus grand nombre toute la diversité des évolutions de notre droit et les grands enjeux auxquels doivent faire face les juristes, qu'ils soient magistrats, auxiliaires de justice, universitaires ou étudiants. L'activité « colloques et conférences » est développée par la Cour dans la continuité de sa mission juridictionnelle sous l'égide de la première présidence et du parquet général.

Au cours de l'année écoulée, la première présidence a articulé son activité autour de deux axes principaux : les rencontres régulières et les colloques.

Les rencontres régulières ont été organisées autour d'un programme de conférences :

- cycle « Droit et économie de l'environnement » ;
- cycle « Droit de l'Union européenne » ;

ces deux programmes ayant débuté en 2011 ;

- cycle « Écrivains en justice », en partenariat avec l'Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ).

Chaque rencontre mensuelle réunit d'éminentes personnalités issues du monde judiciaire ou de la recherche en leur donnant l'opportunité de confronter leurs visions des grands courants contemporains traversant le monde du droit, de l'économie ou des études historiques, et de présenter à un large public le fruit de leurs travaux.

Les colloques hors cycles ont été consacrés aux thèmes les plus variés et ont permis à un public composé principalement de professionnels, d'universitaires, de chercheurs et d'étudiants de faire le point sur les grandes évolutions du droit. Ces rencontres offrent aux participants une proximité exceptionnelle avec les meilleurs spécialistes des questions les plus complexes ; dans leur très grande majorité, elles sont validées au titre de la formation continue des magistrats et des avocats. En vue d'une diffusion accrue des savoirs et du partage d'expérience, les actes des différents colloques sont généralement mis en ligne ou publiés.

Soucieuse de resserrer et diversifier les partenariats qu'elle entretient avec ses homologues de par le monde ainsi qu'avec les grandes institutions et établissements d'enseignement supérieur et de recherche, la première présidence prolonge son action de diffusion de la connaissance en accueillant à la Cour de cassation nombre de manifestations à dimension internationale : « Les principes Unidroit 2010 – Une nécessité dans les contrats internationaux » (10 février 2012) ; « Union européenne, Russie : vers une pleine reconnaissance réciproque des décisions judiciaires » (17 février 2012) ; « L'exécution des décisions de justice dans l'espace francophone » (23 mars 2012) ; « *Ne bis in idem* comme principe général du droit de l'UE » (3 et 4 mai 2012) ; « La procédure collective *International insolvency institute* » (21 et 22 juin 2012) ainsi enfin, que le cinquième colloque du réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (25 et 26 octobre 2012), dont les travaux ont porté sur « La nomination des juges à la Cour suprême, à la Cour de justice de l'Union européenne et à la Cour européenne des droits de l'homme ».

Les actions de formation initiées par le parquet général près la Cour de cassation se sont articulées autour d'une double perspective : d'une part, deux manifestations s'inscrivant dans une démarche d'ouverture sur l'extérieur, et, d'autre part, des actions de formation à destination des magistrats de l'ensemble des cours d'appel.

Un colloque «La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage» s'est ainsi tenu le 14 mai 2012, organisé conjointement avec l'Association française pour l'histoire de la justice et l'ordre des avocats aux Conseils, cette manifestation visant à analyser le rôle de la Cour de cassation, au XIX^e siècle, dans le processus d'abolition de l'esclavage conduisant au décret «Schoelcher» du 27 avril 1848. Réunissant des juristes, universitaires et praticiens et des historiens, spécialistes de l'esclavage et des colonies, ce colloque a permis d'étudier l'évolution des jurisprudences civiles et pénales à la Cour de cassation, relatives notamment au statut juridique de l'esclavage (et de mesurer leur impact politique et social), de présenter les différents acteurs, du siège, du parquet et de l'ordre des avocats aux Conseils ainsi que quelques affaires emblématiques, dans lesquelles l'intervention de la Cour de cassation fût décisive, en faveur de la reconnaissance des droits des esclaves.

Un séminaire «Le statut constitutionnel du parquet» a été organisé avec le Centre de recherche en droit constitutionnel et l'École du droit de la Sorbonne de l'université Paris 1, Panthéon-Sorbonne. Il a porté sur les problématiques constitutionnelles du ministère public (état des lieux, avenir du parquet français au regard des contraintes constitutionnelles et conventionnelles).

Les actions de formation initiées par le parquet général près la Cour de cassation en direction des magistrats des cours d'appel ont porté sur «La réparation des détentions» (8 juin 2012) et «Les rapports entre le parquet général près la Cour de cassation et les parquets généraux», «La technique du pourvoi en cassation» (27 septembre 2012).

Les tableaux ci-après présentent l'ensemble des manifestations organisées en 2012.

CYCLES DE CONFÉRENCES

Dates	Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
Cycle « Droit et économie de l'environnement »			
23 janvier 2012	Cour de cassation Sciences Po École de droit	« Les clauses environnementales dans les marchés publics »	Florian LINDTCH , professeur à l'université Aix-Marseille Frédéric MARTY , directeur de recherches au CNRS
6 février 2012	Cour de cassation Sciences Po École de droit	« Le droit pénal de l'environnement »	Dominique GUIHAL , conseiller à la cour d'appel de Versailles Michael FAURE , professeur à l'université de Maastricht
19 mars 2012	Cour de cassation Sciences Po École de droit	« Le règlement REACH, enjeux juridiques, enjeux de gestion et enjeux concurrentiels »	Nathalie HERVE-FOURNEREAU , directeur de recherches IODE – CNRS Marc DESCHAMPS , ATER à l'université Nancy 2
2 avril 2012	Cour de cassation Sciences Po École de droit	« Droit de la concurrence et protection de l'environnement »	Laurence IDOT , professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas Maïa DAVID , directeur de recherche, INRA
14 mai 2012	Cour de cassation Sciences Po École de droit	« L'information des marchés sur la politique environnementale des entreprises »	Marina TELLER , professeur à l'université Nice-Sophia-Antipolis Florence DEPOERS , maître de conférences à l'université Paris 11
Cycle « Droit de l'Union européenne »			
2 février 2012	Cour de cassation	« Le marché intérieur I : concurrence, consolidation des acquis et nouvelles perspectives »	Catherine PRIETO , professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris 1) Claire FAVRE , président de chambre à la Cour de cassation maintenu en activité
29 mars 2012	Cour de cassation	« Le marché intérieur II : les libertés de circulation »	Anne-Lise SIBONY , professeur chargé d'enseignement à l'université de Liège Jean-Guy HUGLO , conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation
24 mai 2012	Cour de cassation	« L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit social »	Étienne PATAUT , professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris 1) Jean-Marc BERAUD , conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation

Dates	Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
14 juin 2012	Cour de cassation	« Droit international privé – Les conflits de lois : contrats et obligations (Rome I et II) »	Paul LAGARDE , professeur émérite à l'École de droit de la Sorbonne (Paris 1) Jean-Pierre ANCEL , président de chambre honoraire à la Cour de cassation
27 septembre 2012	Cour de cassation	« Droit international privé II – La compétence juridictionnelle et les jugements en matière civile et commerciale (Bruxelles 1) »	Catherine KESSEDJIAN , professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas Michael WILDERSPIN , service juridique de la Commission européenne
25 octobre 2012	Cour de cassation	« Droit international privé III – Le couple et l'enfant »	Marc FALLON , professeur à l'université catholique de Louvain Françoise MONEGER , conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation
Cycle « Les écrivains en justice »			
9 février 2012	Cour de cassation AFHJ	« Les écrivains médiévaux dans les géôles pontificales d'Avignon au XIV ^e siècle : le cas de Jean de Roquetaillade »	André VAUCHEZ , membre de l'Institut
15 mars 2012	Cour de cassation AFHJ	« Le procès de Socrate : mourir pour la loi »	Emmanuelle CHEVREAU , professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas
5 avril 2012	Cour de cassation AFHJ	« L'affaire Tartuffe : Molière face à la justice royale »	Christian BIET , professeur à l'université de Nanterre
31 mai 2012	Cour de cassation AFHJ	« Flaubert et la littérature en procès au XIX ^e siècle »	Yvan LECLERC , professeur à l'université de Rouen
4 octobre 2012	Cour de cassation AFHJ	« Responsabilité pénale de l'auteur et éthique de l'écrivain (XIX ^e -XXI ^e siècles) »	Gisèle SAPIRO , directeur de recherches au CNRS
15 novembre 2012	Cour de cassation AFHJ	« Jean Genet, poète et voleur »	François OST , professeur aux facultés Saint-Louis de Bruxelles Florence RICHTER , criminologue
29 novembre 2012	Cour de cassation AFHJ	« Proudhon devant ses juges »	Anne-Sophie CHAMBOST , maître de conférences à l'université Paris 5 Descartes
6 décembre 2012	Cour de cassation AFHJ	« Quand la littérature rend la justice : le cas Marcel Aymé »	Anne SIMONIN , directeur de recherches au CNRS

MANIFESTATION HORS CYCLES

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
20 janvier 2012	Colloque Deuxième chambre civile de la Cour de cassation Fonds de garantie EFB ENM	« 20 ans d'indemnisation des victimes d'infraction »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Michel MERCIER, ministre de la justice, garde des sceaux Bertrand LOUVEL, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation Dominique LORFERNE, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Geneviève VINEY, professeur émérite à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Sébastien RASPILLER, administrateur du FGTI, direction générale du Trésor Georges HOLLEAUX, avocat au barreau de Paris Françoise RUDETZKI, fondatrice de SOS Attentats Jean MAZARS, conseiller doyen honoraire de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Thomas CASSUTO, magistrat détaché auprès de la Commission européenne Hubert BONIN, président de l'INAVEM, procureur adjoint près le tribunal de grande instance de Besançon Béatrice GERARD, directrice de Paris Aide aux Victimes Hélène BEJUI-HUGUES, délégué général de l'AREDOC Liliane DALIGAND, expert judiciaire près la cour d'appel de Lyon Claude LIENHARD, avocat au barreau de Strasbourg Pierre-Yves THIRIEZ, directeur des règlements de la société AXA Catherine PATOUX-GUERBER, président de la CIVI de Paris François WERNER, directeur général du FGAO-FGTI Robert CARIO, professeur à l'université de Pau et des Pays de l'Adour Stéphanie PORCHY-SIMON, professeur à l'université Jean-Moulin Lyon 3 Christine SOUCIET, conseiller à la cour d'appel de Versailles Loïc BOUCHET, directeur des opérations du FGAO Nathalie FAUSSAT, directrice du FGTI Hugues ADIDA-CANAC, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Guillaume CLERC, responsable de service de la région Sud FGTI Anne CARON-DEGLISE, conseiller à la cour d'appel de Paris, chargée de la chambre des tutelles Claude GRELLIER, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Dominique LUCIANI-MIEN, maître de conférences à l'université de Cergy-Pontoise</p>

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
27 janvier 2012	Colloque Chambre commerciale de la Cour de cassation	« La franchise : questions sensibles »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Bruno LASSERRE, président de l'Autorité de la concurrence Cyril GRIMALDI, professeur à l'université Paris 13 Claire FAVRE, président de chambre à la Cour de cassation maintenu en activité Daniel TRICOT, président honoraire de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation Hélène AUBRY, professeur à l'université Paris 13 Monique Ben SOUSSEN, avocat au barreau de Paris Jean-Marie LELOUP, avocat aux barreaux de Paris et de Poitiers Nicolas DISSAUX, maître de conférences à l'université de Nantes Serge MERESSE, avocat au barreau de Paris Grégoire TOULOUSE, avocat au barreau de Paris Martine BEHAR-TOUCHAIS, professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Mario CELAYA, avocat aux barreaux de Paris et de Madrid Olivier TIQUANT, avocat au barreau de Paris Alain BENABENT, professeur agrégé des facultés de droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Hubert BENSOUSSAN, avocat aux barreaux de Paris et de Nantes François-Luc SIMON, avocat au barreau de Paris Guy GRAS, président de la Fédération française de la franchise Denis MAZEAUD, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas</p>
10 février 2012	Colloque Association française des docteurs en droit (AFDD)	« Les principes Unidroit 2010 – Une nécessité dans les contrats internationaux »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Daniel TRICOT, président de l'Association française des docteurs en droit, président honoraire de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation José Angelo ESTRELLA FARIA, secrétaire général d'UNIDROIT Camille JAUFFRET-SPINOSI, professeur émérite à l'université Paris 2 Panthéon-Assas Catherine KESSEDIAN, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas – Collège européen de Paris Bénédicte FAUVAQUE-COSSON, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas Barthélemy MERCADAL, professeur émérite du Conservatoire des arts et métiers Emmanuel JOLIVET, professeur associé à l'université de Versailles-Saint-Quentin en Yvelines, conseiller général de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale</p>

<p>17 février 2012</p>	<p>Colloque Société juridique franco-russe (SJFR)</p>	<p>« Union européenne, Russie : vers une pleine reconnaissance réciproque des décisions judiciaires »</p>	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Anton IVANOV, président de la Haute Cour commerciale de la Fédération de Russie Venjamin YAKOVLEV, conseiller du Président de la Fédération de Russie Kirill GEVOREYAN, directeur du département juridique du ministre des affaires étrangères de Russie, ambassadeur Éric MATREPIERRE, représentant du garde des sceaux, chef du service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice français Paul Albert IWEINS, bâtonnier doyen de l'ordre des avocats de Paris Michel de GUILLECHMIDT, président d'honneur de la SJFR, doyen honoraire de l'université Paris Descartes et avocat au barreau de Paris Patrick MATET, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation Bertrand ANGEL, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas Katerina HASLAM JONES, <i>committee member of the British Russian Law Association</i>, <i>Attorney</i> Reiner WEDDE, secrétaire de l'Association des juristes russo-germaniques, professeur Bernard GRELON, avocat au barreau de Paris, professeur à l'université Paris-Dauphine Andrei LISITSYN-SVETLANOV, directeur de l'institut droit et État, avocat au barreau de Moscou Nadejda CHEBANOVA, professeur, académie diplomatique du ministère des affaires étrangères de la Fédération de Russie Vladimir YARKOV, vice-président de la chambre fédérale des notaires Alexandre MOURANOV, avocat et représentant de la chambre fédérale des avocats Ekaterina KOUDELITCH, vice-directrice du département du droit international et de coopération Alexandre TROUBETZKOÏ, président exécutif du dialogue Franco-Russe Evgenii RASHEVSKIY, avocat au barreau de Moscou Michèle ASSOULINE, vice-présidente du Medef Paris Ivan PROSTAKOV, chef de la délégation économique de Russie en France Didier Le PRADO, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président de l'Ordre Dmitry LITVINSKY, avocat au barreau de Paris Alexandre GENKO STAROSSELSKY, avocat au barreau de Paris et président de la SJFR Marta PERTEGAS, premier secrétaire de la Conférence de La Haye de droit international privé</p>
<p>16 mars 2012</p>	<p>Colloque Chambre sociale de la Cour de cassation</p>	<p>« Les rencontres de la chambre sociale – Actualité jurisprudentielle de l'année écoulée »</p>	<p>Alain LACABARATS, président de la chambre sociale de la Cour de cassation Bernard CHAUVET, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation Marie-France MAZANS, conseiller doyen à la chambre sociale de la Cour de cassation Frédéric GEA, professeur à l'université de Lorraine (Nancy) Antoine MAZEAUD, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas Jean-Marc BERAUD, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation</p>

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
22 mars 2012	Séminaire Chambre criminelle de la Cour de cassation	« La responsabilité pénale des personnes morales »	<p>Bertrand LOUVEL, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation Dominique GURIMAND, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation Robert FINEIZ, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Haritini MATSOPOULOU, directeur de l'Institut d'études judiciaires à l'université Paris-Sud Jean-Christophe SAINT-PAU, directeur de l'Institut des sciences criminelles et de la justice à l'université Montesquieu Bordeaux IV</p>
23 mars 2012	Colloque AHJUCAF	« L'exécution des décisions de justice dans l'espace francophone »	<p>Jacques BUSSON, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation Jacques MAYABA, président de la chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin Amady BA, chef du bureau de la coopération internationale de la Cour pénale internationale Jean-Louis GILLET, secrétaire général de l'AHJUCAF Ghaleb GHANEM, premier président honoraire de la Cour de cassation du Liban, président de l'AHJUCAF Françoise ANDRIEU, huissier de justice à Roquevaire (France), secrétaire général de l'Union internationale des huissiers de justice Fabrice HOURQUEBIE, professeur à l'université Bordeaux IV Jacques LEGER, conseiller d'État Antoine OLIVEIRA, président de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA Natalie FRICERO, professeur à l'université de Nice-Sofia-Antipolis</p>
30 mars 2012	Colloque Deuxième chambre civile de la Cour de cassation FFSA GEMA Lexis Nexis	« Accidents de la circulation : la loi Badinter, aujourd'hui et demain »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation Patrice JOURDAIN, professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Dominique LORIFERNE, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Jean MAZARS, conseiller doyen honoraire de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Jean-François SUTTER, directeur technique automobile, FFSA Hubert GROUDEL, professeur émérite de l'université Bordeaux Montesquieu Bruno DEFFAINS, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas Gilles THOUVENIN, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation Louis BORÉ, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Jean-Claude BIZOT, conseiller doyen de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Loïc BOUCHET, directeur des opérations, responsable du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) Éric HAUSHALTER, chargé de mission, cabinet du directeur général (CNAMTS) Pascal FONTAINE, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Geneviève VINEY, professeur émérite à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</p>

3 et 4 mai 2012	Colloque ERA – Académie de droit européen de Trèves	« <i>Ne bis in idem</i> comme principe général du droit de l'UE »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Ilias G. ANAGNOSTOPOULOS, avocat, professeur associé à l'université d'Athènes, président de la commission de droit pénal du CCBE Corina BADEA, chargée de projets en droit pénal européen à l'ERA, Trèves Bas Van Bockel, maître de conférences à l'université de Leiden, boursier Jean-Monnet à l'Institut universitaire européen (IUE), Florence Yves BOT, avocat général, Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg Peter CSONKA, conseiller, DG Justice Commission européenne, Bruxelles Albin DEARING, responsable des programmes, droit pénal et justice pénale, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), Vienne Dr. Wolfgang HEUSEL, directeur de l'ERA, Trèves Renée KOERING-JOUIN, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation Magalie NORD-WAGNER, maître de conférences à l'université Robert-Schuman, Strasbourg Sylvie PETIT-LECLAIR, représentante nationale pour la France à Eurojust, La Haye Margarita Popova, vice-présidente de la Bulgarie, ancienne ministre de la justice, Sofia Vivien ROSE, juge au Tribunal d'appel en matière de concurrence, Londres Wolfgang SCHOMBURG, professeur à l'université de Durham, ancien juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPY), Berlin Françoise TULKENS, vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg Gert VERMEULEN, professeur à l'université de Gand, directeur de l'Institut de recherches internationales sur la politique criminelle Peter J. WATTEL, avocat général à la Cour suprême des Pays-Bas, professeur à l'université d'Amsterdam Anne WEYEMBERGH, professeur à l'université libre de Bruxelles</p>
14 mai 2012	Colloque Parquet général près la Cour de cassation AFHJ Ordre des avocats aux Conseils	« La Cour de cassation et l'abolition de l'esclavage »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation Gilles THOUVENIN, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation Cécile PETIT, premier avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation Nelly SCHMIDT, historienne, directrice de recherche au CNRS, université Paris IV Jean-François NIORT, maître de conférences à l'université des Antilles et de la Guyane Margaret TANGER, avocat au barreau de Fort-de-France Anne-Elisabeth CREDEVILLE, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation Bertrand LOUVEL, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation Marie-Lucie DIVALLE, conseiller référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation Peimane GHALEH-MARZBAN, secrétaire général du Conseil supérieur de la magistrature Jean BARTHELEMY, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président de l'ordre des avocats aux Conseils Frédéric CHARLIN, docteur en histoire du droit, université Grenoble II, université catholique de Lyon Mohammed Aissaoui, journaliste au <i>Figaro littéraire</i> Jacques TOUBON, ancien ministre, président du conseil d'orientation de la Cité nationale de l'histoire et de l'immigration</p>

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
8 juin 2012	Colloque Parquet général près la Cour de cassation	« La réparation des détections »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation Gilles STRAEHLI, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, membre de la commission nationale de réparation des détentions Anne LEPRIEUR, conseiller référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation, membre de la commission nationale de réparation des détentions Jean-Marie DELARUE, contrôleur général des lieux de privation de liberté Yves CHARPENEL, premier avocat général à la troisième chambre civile de la Cour de cassation Dominique COUTURIER-HELLER, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation Alice MEIER-BOURDEAU, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation Henri MASSE, directeur de l'administration pénitentiaire Florence STURM, journaliste à Radio France</p>
11 juin 2012	Colloque Parquet général près la Cour de cassation Centre de recherche en droit constitutionnel et École du droit de la Sorbonne de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne	« Le statut constitutionnel du parquet »	<p>Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation Marie-Anne COHENDET, professeur de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Fabrice HOURQUEBIE, professeur à l'université Montesquieu Bordeaux 4 Nicolo ZANON, membre du Conseil supérieur de la magistrature italien Michel VERPEAUX, professeur de droit public à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Philippe INGALL-MONTAGNIER, procureur général près la cour d'appel de Versailles Jean TROTEL, premier président de la cour d'appel de Lyon, membre du Conseil supérieur de la magistrature Thierry RENOUX, professeur à l'université Aix-Marseille Bertrand MATHIEU, professeur à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Ariana MACAYA, ATER Mathilde HEITZMANN-HIEAUX, doctorante contractuelle Stella THANOU, doctorante – Ecole de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Panthéon-Sorbonne Jacques BEAUME, président de la Conférence nationale des procureurs généraux Robert GELLI, président de la Conférence nationale des procureurs de la République Marc GUILLAUME, secrétaire général du Conseil constitutionnel Christian RAYSSEQUIER, premier avocat général à la Cour de cassation, membre du Conseil supérieur de la magistrature Dominique ROUSSEAU, professeur à l'École de droit de la Sorbonne – université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature Daniel SOULEZ-LARVIERE, avocat au barreau de Paris</p>
21 et 22 juin 2012	Colloque International Insolvency Institute	« La procédure collective »	<p>Claire FAVRE, président de chambre à la Cour de cassation maintenu en activité Nathalie DAMMAN, avocat au barreau d'Aix-en-Provence</p>

20 septembre 2012	Séminaire Chambre criminelle de la Cour de cassation	Rencontre avec le contrôleur général des lieux de privation de liberté (échanges relatifs aux conditions de détention au regard des standards européens, à la santé des détenus, au contrôle de la détention au regard de la dualité des ordres de juridiction en matière de dégrèvement, isolement et régime disciplinaire)	<p>Bertrand LOUVEL, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation Sandrine ZIENTARA, avocat général référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation Thierry FOSSIER, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation Jean-Marie DELARUE, contrôleur général des lieux de privation de liberté</p>
24 septembre 2012	Colloque Association Louis-Chatin Avec le concours de l'EFB	« Vieux mineurs, jeunes adultes »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Dominique ATTIAS, avocat au barreau de Paris Jean-Jacques YVOREL, chercheur au Centre de recherches sociologiques sur les droits et institutions pénales (CESDIP) Marie-Rose MORO, psychiatre Martin HIRSCH, ancien ministre André VALLINI, président du Conseil général de l'Isère Hervé HAMON, ancien président du tribunal pour enfants de Paris Étienne LESAGÉ, avocat au barreau de Paris Maria INES, éducatrice à la protection judiciaire de la jeunesse Lucette KHAÏAT, directrice scientifique de l'Association Louis-Chatin pour la défense des droits de l'enfant</p>
27 septembre 2012	Colloque Parquet général près la Cour de cassation	<p>« Les rapports entre le parquet général de la Cour de cassation et les parquets généraux des cours d'appel » « Formation à la technique du pourvoi en cassation »</p>	<p>Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation Cécile PETIT, premier avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation Gilbert AZIBERT, premier avocat général à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Laurent Le MESLE, premier avocat général à la chambre commerciale de la Cour de cassation Robert FINIELZ, premier avocat général à la chambre sociale de la Cour de cassation Christian RAYSSÉQUIER, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation Sandrine ZIENTARA, avocat général référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation Louis BORÉ, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Henri-Claude Le GALL, conseiller doyen honoraire de la chambre criminelle de la Cour de cassation Gérard PLUYETTE, conseiller doyen de la première chambre civile de la Cour de cassation Jean-Dominique SARCELET, avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation Élisabeth BARADUC, ancien président de l'Ordre, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation</p>

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
5 octobre 2012	Colloque Cour de cassation AAPPE Ordre des avocats aux Conseils	« L'office du juge de l'exécution dans les procédures civiles d'exécution »	Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation Claude BRENNER, professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas Jacques MALLET, président de chambre à la cour d'appel de Montpellier Frédéric KIEFFER, président de l'AAPPE, avocat au barreau de Grasse Francine BARDY, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Dominique FOUSSARD, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation Lise LEROY-GISSINGER, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Vincent RIEU, vice-président de l'AAPPE, avocat au barreau de Montpellier François KUNTZ, ancien président de l'AAPPE, avocat au barreau de Lyon Marie-Laure ROBINEAU, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation Julien ROGUET, huissier de justice à Lyon
11 octobre 2012	Colloque Chambre sociale de la Cour de cassation École de droit social de Montpellier	« Information et relations de travail dans l'entreprise »	Alain LACABARATS, président de la chambre sociale de la Cour de cassation Paul-Henri ANTONMATTEI, professeur à l'université Montpellier 1, directeur du laboratoire de droit social Laurence PECAUT-RIVOUER, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation Jean-Emmanuel RAY, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Pascale LAGESSE, avocat associé, cabinet Bredin Prat (barreau de Paris) Isabelle TARAUD, avocat au barreau du Val-de-Marne
25 octobre 2012	Séminaire Chambre criminelle de la Cour de cassation	« Présentation du logiciel d'aide à la rédaction des procédures Ic@re »	Bertrand LOUVEL, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation Général Michel PATTIN, sous-directeur de la police judiciaire, ainsi qu'une délégation de la gendarmerie nationale
25 et 26 octobre 2012	Colloque Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne	« La nomination des juges à la Cour suprême, à la Cour de justice de l'Union européenne et à la Cour européenne des droits de l'homme »	Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Susan DENHAM, juge en chef de la Cour suprême d'Irlande Klaus TOLKSDORF, président du <i>Bundesgerichtshof</i> (Allemagne) Tore SCHEI, président de la Cour suprême de Norvège Geert J. CORSTENS, président de la Cour suprême des Pays-Bas Branko HRVATIN, président de la Cour suprême de Croatie The Right Hon. the Lord MANCE, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni
30 novembre 2012	Colloque Université Paris 1 Conseil d'État	« Juger de l'égalité en matière sociale »	Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Jean-François AKANDJI-KOMBE, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Pierre-Yves VERKINDT, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1

	AFDT École de droit de la Sorbonne IRJS		<p>Olivier DUTHELLET DE LAMOTHE, ancien membre du Conseil constitutionnel, président de la section sociale du Conseil d'Etat</p> <p>Alain LACABARATS, président de la chambre sociale de la Cour de cassation</p> <p>Bernard STIRN, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat</p> <p>Gerhard BINKERT, président de la cour d'appel du travail de Berlin</p> <p>Françoise TULKENS, vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme</p> <p>Jean-Claude BONICHOT, juge à la Cour de justice de l'Union européenne</p> <p>Arnaud MARTINON, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1</p> <p>Laurence PECAUT-RIVOLIER, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation</p> <p>Yves STRULLOU, conseiller en service extraordinaire à la chambre sociale de la Cour de cassation</p> <p>Jean-Marc BERAUD, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation</p> <p>Jean-Emmanuel RAY, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1</p> <p>Jean-Denis COMBEXELLE, directeur général du travail et professeur associé à l'université Paris 1</p> <p>Jean-François PILLIARD, UIMM</p> <p>Bernard Van CRAVENEST, président de la CFE-CGC</p> <p>Michel DONEDDU, administrateur de la CGT</p> <p>Didier PORTE, secrétaire confédéral FO</p> <p>Gérard COUTURIER, professeur émérite à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1</p>
7 décembre 2012	Colloque Deuxième chambre civile de la Cour de cassation Université Paris 1 Institut de recherche juridique de la Sorbonne	« 3 ^{èmes} rencontres de procédure civile »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation</p> <p>Laurence FUSE, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Loïc CADIET, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1</p> <p>Yves-Marie SERINET, professeur à l'université Paris Sud, membre du Centre de recherche sur la justice et le procès (IRJS)</p> <p>Soraya Amrani MEKKI, professeur à l'université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, membre du Centre de recherche sur la justice et le procès (IRJS)</p> <p>Marie-Laure ROBINEAU, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Thomas VASSEUR, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Xavier LAGARDE, professeur à l'université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense</p> <p>Dominique LORIFERNE, président de chambre à la Cour de cassation maintenu en activité</p> <p>Lise LEROY-GISSINGER, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Emmanuel JEULAND, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1, membre du Centre de recherche sur la justice et le procès (IRJS)</p> <p>Emmanuel RASKIN, avocat au barreau de Paris, président de la commission nationale procédure de l'ACE</p> <p>Hervé CROZE, professeur à l'université Jean-Moulin Lyon III</p> <p>Françine BARDY, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation</p> <p>Emmanuel PIWNICA, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ancien président de l'Ordre</p>

Date	Nature Organisateur(s)	Intitulé	Intervenants
13 décembre 2012	Colloque IRDA, Paris 13	« Jeux, argent et droit »	<p>Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation Mustapha MEKKI, professeur à l'université Paris 13, Sorbonne Paris Cité Guilhem JULIA, maître de conférences, université Paris 13, Sorbonne Paris Cité Philippe STOFFEL-MUNCK, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Clément DUREZ, docteur en droit, université Lyon 3 Youssef GUENZOUJ, maître de conférences, université Paris 13, Sorbonne Paris Cité Audrey DARSONVILLE, professeur, université Lille 2 Marie BRONNEC, psychiatre spécialisée en addictologie, Centre de référence sur le jeu excessif, CHU Nantes Nicolas CONTIS, avocat au barreau de Paris Céline BLOUD-REY, université Paris 13, Sorbonne-Paris-Cité Étienne MARIQUE, magistrat, président de la Commission belge des jeux Jean-François VILOTTE, président de l'ARJEL Judith ROCHFELD, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Martine BEHAR-TOUCHAIS, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Ariane de GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, docteur en droit (université Paris 2 Panthéon-Assas), avocat au barreau de Paris Cyril GRIMALDI, professeur à l'université Paris 13, Sorbonne Paris Cité Laurence USUNIER, professeur à l'université Paris 13, Sorbonne Paris Cité Johanna GUILLAUME, professeur à l'université du Havre Alain BENABENT, professeur agrégé des facultés de droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation</p>

IX. Attributions des chambres civiles*

* Article R 431-2, alinéa 1, du code de l'organisation judiciaire : «Le premier président fixe les attributions de chacune des chambres civiles par ordonnance après avis du procureur général.»

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*
- AJ Pénal* : Revue *Actualité juridique Pénal*
- 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*
- Bull. Joly Bourse* : *Bulletin Joly Bourse*
- Comm. com. électr.* : Revue *Communication, commerce électronique*
- D.* : *Recueil Dalloz-Sirey*
- D.A.* : *Recueil analytique de jurisprudence Dalloz*
- D.H.* : *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*
- D.P.* : *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine Dalloz*
- Dr. fam.* : Revue *Droit de la famille*
- Dr. pén.* : Revue *Droit pénal*
- Dr. soc.* : Revue *Droit social*
- Gaz. Pal.* : *Gazette du Palais*
- J.-Cl.* (civil, pénal...) : *Juris-Classeur* (répertoire)
- JCP* : *Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)*
- éd. G : Édition Générale
 - éd. CI (puis E) : Édition Commerce et Industrie (devenue *Entreprise* en 1984)
 - éd. N : Édition Notariale
 - éd. S : Édition Sociale
- JDI* : *Journal du droit international* (« Clunet »)
- JO* : *Journal officiel*
- JOAN* : *Journal officiel de l'Assemblée nationale*
- JO L* : *Journal officiel de l'Union européenne, série L*
- LGDF* : *Librairie générale de droit et de jurisprudence*
- Rapport, Rapport annuel* : *Rapport annuel de la Cour de cassation*

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RD sanit. soc. : Revue de droit sanitaire et social

Rec. CC : Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel

Recueil Lebon : Recueil des arrêts du Conseil d'État

Rép. pén. et proc. pén. : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale (Dalloz)

Rép. proc. civ. : Répertoire de procédure civile (Dalloz)

Resp. civ. et ass. : Revue Responsabilité civile et assurances

Rev. dr. pub. : Revue de droit public

Rev. dr. trav. : Revue de droit du travail

Rev. sc. crim. : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RJS : Revue de jurisprudence sociale

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S. : Recueil Sirey

AUTRES ABRÉVIATIONS

ADEME : Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie

ADPIC : Accord de l'organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

AGIRC : Association générale des institutions de retraite des cadres

AGS : Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés

ANFR : Agence nationale des fréquences

APP : Agence pour la protection des programmes

ARCEP : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

AT : Accident du travail

BIT : Bureau international du travail

CAA : Cour administrative d'appel

Cass. : Cour de cassation

CE : Conseil d'État

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CESADA : Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France

- CFDT** : Confédération française démocratique du travail
- CHSCT** : Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
- CIVI** : Commission d'indemnisation des victimes d'infractions
- CJCE** : Cour de justice des Communautés européennes
- CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne
- CMR** : Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route
- CNIL** : Commission nationale de l'informatique et des libertés
- Cons. const.** : Conseil constitutionnel
- CPH** : Conseil de prud'hommes
- CSM** : Conseil supérieur de la magistrature
- DES** : Diéthylstilbestrol (commercialisé principalement sous le nom de Distilbène)
- DGCCRF** : Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes
- DIRECCTE** : Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
- EFS** : Etablissement français du sang
- FGAO** : Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages
- FGTI** : Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions
- FIPOL** : 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
- GPS** : *Global Positioning System* (système de géolocalisation par satellite)
- HALDE** : Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
- ICPE** : Installation classée pour la protection de l'environnement
- IPP** : Incapacité permanente partielle
- JLD** : Juge des libertés et de la détention
- MP** : Maladie professionnelle
- OIT** : Organisation internationale du travail
- ONIAM** : Office national d'indemnisation des accidents médicaux
- QPC** : Question prioritaire de constitutionnalité
- SA** : Société anonyme
- SACD** : Société des auteurs et compositeurs dramatiques

SAFER : Société d'aménagement foncier et d'établissement rural

SARL : Société à responsabilité limitée

SCI : Société civile immobilière

SMIC : Salaire minimum interprofessionnel de croissance

SMS : *Short Message Service* (mini message)

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI : Tribunal de grande instance

TPICE : Tribunal de première instance des Communautés européennes

TRACFIN : Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins

TVA : Taxe sur la valeur ajoutée

UES : Unité économique et sociale

URSSAF : Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales

VHC : Virus de l'hépatite C

VIH : Virus de l'immunodéficience humaine

VRP : Vendeur, représentant, placier

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 vendredi 18 janvier 2013, 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 vendredi 18 janvier 2013, par : Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation .	17
---	----

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 18 janvier 2013, par : Monsieur François Hollande, Président de la République	25
--	----

LIVRE 2

SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES	31
--	----

I. PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE CIVILE	33
---	----

A. Suivi des suggestions de réforme	33
---	----

B. Suggestions nouvelles	45
--------------------------------	----

II. PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE	60
--	----

A. Suivi des suggestions de réforme	60
---	----

B. Suggestions nouvelles	73
--------------------------------	----

LIVRE 3

ÉTUDE	83
--------------------	----

AVANT-PROPOS, par M. Jean-François Cesaro	85
---	----

LA PREUVE	97
------------------------	----

PARTIE 1 – OBJET DE LA PREUVE	107
TITRE 1 – PREUVE DU DROIT	107
Chapitre 1 – Preuve du droit interne.....	107
Chapitre 2 – Preuve du droit extra-national.....	111
TITRE 2 – PREUVE DU FAIT ET ÉTENDUE DU CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION	115
Chapitre 1 – Appréciation souveraine des juges du fond.....	115
Chapitre 2 – Dénaturation.....	137
PARTIE 2 – CHARGE DE LA PREUVE	139
TITRE 1 – PRÉSOMPTIONS LÉGALES ET PRÉTORIENNES	139
Chapitre 1 – Présomptions légales.....	140
Chapitre 2 – Présomptions prétoriennes.....	162
TITRE 2 – RISQUE DE LA PREUVE	170
Chapitre 1 – Attribution du risque.....	171
Chapitre 2 – Bénéfice du doute.....	215
PARTIE 3 – MODES DE PREUVE	221
TITRE 1 – VALEUR PROBANTE DE L'ÉLÉMENT PRODUIT	221
Chapitre 1 – Principe de la force probante.....	221
Chapitre 2 – Intensité de la force probante.....	229
TITRE 2 – LIBERTÉ QUANT À L'ÉLÉMENT PRODUIT	232
Chapitre 1 – En droit civil des obligations.....	232
Chapitre 2 – En droit de la famille.....	235
Chapitre 3 – En droit des actes de commerce.....	237
Chapitre 4 – En droit des assurances.....	242
Chapitre 5 – En droit des biens.....	248
Chapitre 6 – En droit du statut du fermage.....	252
Chapitre 7 – En droit des procédures collectives.....	256
Chapitre 8 – En droit du travail.....	258
Chapitre 9 – En droit pénal.....	261
PARTIE 4 – ADMINISTRATION DE LA PREUVE	265
TITRE 1 – TECHNIQUES D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE	265
Chapitre 1 – Mesures d'instruction.....	265
Chapitre 2 – Expertises.....	284

Chapitre 3 – Sanctions.....	297
TITRE 2 – PRINCIPES GOUVERNANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE	307
Chapitre 1 – Principe de la contradiction et droits de la défense.....	308
Chapitre 2 – Admissibilité des modes de preuve	318
LIVRE 4	
JURISPRUDENCE DE LA COUR.....	371
I. ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE.....	373
A. Assemblée plénière.....	373
B. Chambre mixte.....	376
II. AVIS [articles L. 441-1 à L. 441-4 et R. 441-1 du code de l'organisation judiciaire].....	381
III. ARRÊTS RENDUS PAR LES CHAMBRES	395
A. Droit des personnes et de la famille	395
B. Droit du travail	408
C. Droit immobilier, environnement et urbanisme.....	443
D. Activités économiques, commerciales et financières	448
E. Responsabilité civile, assurances et sécurité sociale	452
F. Procédure civile et organisation des professions	460
G. Droit pénal et procédure pénale	467
H. Application du droit de l'Union européenne, conventionnel et international.....	479
IV. EXAMEN DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ.....	487
A. Office du juge de transmission.....	487
B. Conditions de recevabilité.....	487
C. Conditions de renvoi.....	493
LIVRE 5	
ACTIVITÉ DE LA COUR.....	499
I. ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE.....	501
A. Bilan d'activité.....	503
B. Données statistiques.....	509
1. Activité générale.....	511
2. Activité par chambres.....	518
3. Questions prioritaires de constitutionnalité.....	531

II. SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ÉTUDES ET DU RAPPORT DE LA COUR DE CASSATION.....	535
III. RELATIONS INTERNATIONALES.....	543
IV. BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE.....	559
V. COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS.....	565
VI. COMMISSION DE RÉVISION DES CONDAMNATIONS PÉNALES.....	575
VII. COMMISSION DE RÉEXAMEN D'UNE DÉCISION PÉNALE CONSÉCUTIF AU PRONONCÉ D'UN ARRÊT DE LA CEDH.....	581
VIII. MANIFESTATIONS ORGANISÉES À LA COUR DE CASSATION.....	585
IX. ATTRIBUTIONS DES CHAMBRES CIVILES.....	601
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	607