

Portée des mentions manuscrites requises de la part de la caution

Jérôme Lasserre Capdeville, Maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg
Gaël Piette, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

**
**

1 - La protection de la caution est, entre autres, assurée, dans notre droit, par l'intermédiaire d'un devoir d'information à son égard. Le législateur est notamment à l'origine d'une technique d'information particulière : l'obligation pour la caution de reproduire une mention manuscrite rappelant ce à quoi elle s'engage afin qu'elle comprenne bien la portée de son acte. Cependant, depuis une dizaine d'années, cette mention donne lieu à un contentieux remarqué et pléthorique. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 10 avril 2013 en est une nouvelle, et importante, manifestation.

2 - En l'espèce, par acte sous seing privé du 16 décembre 2005, M. X... avait consenti un cautionnement solidaire au profit d'un établissement de crédit, lequel avait par la suite fait assigner l'intéressé en paiement au titre de la garantie souscrite.

3 - Mais ce cautionnement était-il valable ? La cour d'appel de Nancy avait répondu à cette question par la négative. Pour prononcer la nullité du cautionnement, et donc débouter la banque de sa demande, les magistrats avaient retenu que la mention manuscrite rédigée par M. X... n'était pas totalement conforme aux exigences des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation. La mention inscrite énonçait ainsi : « *en me portant caution personnelle et solidaire de (...) dans la limite de la somme de (...) couvrant le paiement du principal, des intérêts et le cas échéant des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de 13,5 treize mois et demi, je m'engage à rembourser à la banque les sommes dues sur mes revenus et mes biens si (...) n'y satisfait pas lui-même en renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du code civil et en m'obligeant solidairement avec (...), je m'engage à rembourser à la banque sans pouvoir exiger qu'elle poursuive préalablement (...)* ». Plusieurs difficultés avaient donc été relevées. Tout d'abord, l'intéressé se revendiquait caution « *personnelle et solidaire* ». En outre, si les articles L. 341-2 et L. 341-3 visent le « *prêteur* » et le « *créancier* », la mention reproduite se référait quant à elle à la « *banque* ». Des différences nettes apparaissaient dès lors.

4 - L'établissement de crédit formait en conséquence un pourvoi en cassation. Celui-ci se révèle particulièrement utile. En effet, la Cour de cassation [\(1\)](#) casse et annule l'arrêt attaqué, en ce qu'il a déclaré nul l'engagement de caution souscrit par M. X... et déboute la banque de sa demande au titre de cet engagement de caution. Pour la haute juridiction, en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation. Son motif est relativement clair : d'une part, l'évocation du caractère « *personnel et solidaire* » du cautionnement, et, d'autre part, la substitution du terme « *banque* » à ceux de « *prêteur* » et de « *créancier* » n'affectaient « *ni le sens ni la portée des mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et suivants du code de la consommation* ».

5 - Cette décision est importante. Elle témoigne non seulement de la portée d'une mention manuscrite imparfaitement reproduite (I), mais surtout elle invite à s'interroger sur l'utilité de maintenir en l'état un tel encadrement formel de l'engagement de la caution (II).

I - La portée d'une mention manuscrite imparfaitement reproduite

6 - Le lecteur sera peut-être étonné par cette affirmation, mais le cautionnement est, en principe, un contrat consensuel ! Le formalisme exigé comme condition de validité n'est que l'exception en la matière même si cette dernière n'a cessé, c'est incontestable, de prendre de l'importance depuis vingt-cinq ans, en raison du développement de l'obligation, pour la caution, de rédiger une ou plusieurs mentions manuscrites sous peine de nullité du cautionnement [\(2\)](#).

7 - Cette exigence se rencontre dans différentes hypothèses. Il est possible de citer, tout d'abord, l'article 22-1, alinéa 5, 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, qui impose la rédaction écrite de différentes mentions [\(3\)](#) en matière de bail d'habitation.

8 - Une obligation comparable se retrouve, depuis la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, dans le cautionnement de crédits aux consommateurs, c'est-à-dire le crédit à la consommation et le crédit immobilier. En présence de telles opérations de crédit, la caution doit faire précéder sa signature d'une mention manuscrite dont les termes mêmes sont imposés par l'article L. 313-7 du code de la consommation. L'article L. 313-8 prévoit, quant à lui, une mention supplémentaire lorsque le cautionnement est solidaire.

9 - Enfin, et c'est l'hypothèse dont le domaine est le plus large, la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique a repris les mentions manuscrites prévues par les articles L. 313-7 et L. 313-8 précités du code de la consommation et les a imposées dans tous les cautionnements conclus par acte sous seing privé par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels [\(4\)](#). Beaucoup de cautionnements sont ici concernés, puisque seuls y échappent les cautionnements souscrits par acte authentique, ceux conclus par des personnes morales et enfin ceux souscrits en faveur de créanciers non professionnels. Les mentions en question sont énoncées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation. Rappelons qu'en vertu du premier de ces textes, la caution doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : « *En me portant caution de X., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même* ».

10 - Ces diverses mentions ont un seul et même objectif : faire prendre conscience à la caution de la gravité du contrat qu'elle conclut, lui faire comprendre la nature et la portée de son engagement [\(5\)](#). Le point faible de cette méthode législative, qui consiste à imposer la mention manuscrite au mot près, réside dans le fait de savoir ce qu'il advient du cautionnement lorsqu'une telle mention n'a pas été scrupuleusement reproduite. Face à la faiblesse du travail législatif, la jurisprudence a logiquement été interrogée sur cette question [\(6\)](#).

11 - Or, dans certaines décisions, les juges se sont montrés excessivement favorables à la caution en annulant son engagement en raison de différences mineures entre la mention reproduite et celle visée par l'article de loi [\(7\)](#). En constitue une illustration saisissante un arrêt remarqué de la cour d'appel de Rennes du 22 janvier 2010 [\(8\)](#) ayant conclu à la nullité du cautionnement car les mentions prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code avaient été jointes en une seule et même mention et n'étaient séparées que par une virgule. Une telle rigueur est bien entendu

critiquable, en ce qu'elle favorise la caution de mauvaise foi. Comme le résume un auteur : « *Nul doute que ce formalisme paroxystique puisse constituer parfois pour des cautions une aubaine et un prétexte pour échapper à des engagements parfaitement assumés initialement* » (9).

12 - On se félicitera alors que les juges du fond (10), comme la Cour de cassation (11), se montrent, dans la plupart des cas, plus cohérents en la matière : la mention manuscrite peut valablement différer du modèle légal si elle n'en affecte ni le sens, ni la portée.

13 - La décision étudiée confirme cette souplesse. En effet, pour la Haute juridiction, il importe peu, d'une part, que la mention vise à la fois le caractère « personnel et solidaire » du cautionnement. Un tel ajout est sans incidence sur la validité de la convention. D'autre part, la substitution du terme « banque » à ceux de « prêteur » et de « créancier » n'affecte pas non plus ni le sens ni la portée des mentions manuscrites étudiées. Il est vrai qu'une banque est nécessairement un prêteur et un créancier.

14 - Cette solution emporte donc notre conviction et s'insère parfaitement dans la jurisprudence rendue jusqu'ici. Notons encore un point qui n'a pas été souligné par la décision étudiée : en l'occurrence, les deux mentions des articles L. 341-2 et L. 341-3 avaient été reproduites à la suite l'une de l'autre, sans être séparées par la moindre ponctuation. Le silence de la Cour de cassation sur cette circonstance témoigne du fait qu'une telle présentation importe désormais peu. Au-delà de ces constats, l'arrêt amène inévitablement à s'interroger sur la nécessité de maintenir l'exigence de recopier de telles mentions, puisque leur reproduction imparfaite est de plus en plus souvent admise (12).

II - Vers une réformation de l'exigence d'une mention manuscrite de la caution ?

15 - Ainsi qu'il a été précédemment remarqué, la jurisprudence est de moins en moins sévère en ce qui concerne la reproduction des mentions manuscrites. Dès lors qu'il est évident que la caution a compris la teneur de son engagement, il y a lieu de faire prévaloir celui-ci, même si la mention finalement rédigée se démarque quelque peu des termes employés par le « modèle » légal.

16 - Par conséquent, la question se pose de savoir si la recopie fidèle d'une mention est réellement utile. Ne pourrait-on recourir à d'autres techniques permettant de parvenir au même résultat, c'est-à-dire à la prise de conscience par la caution de la portée de son engagement ? Ne pourrait-on exiger simplement de la caution la mention de certains points essentiels relatifs à son obligation, sans pour autant attendre de sa part la reproduction exacte d'un modèle ? Le législateur pourrait par exemple s'inspirer de la méthode suivie par l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989, concernant le bail d'habitation. Ce texte exige simplement que la caution fasse précéder sa signature de la reproduction manuscrite « *du montant du loyer et des conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, de la mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte et de la reproduction manuscrite* » de l'alinéa de la loi précisant les conditions et effets de la résiliation (13). Il ne s'agit donc pas de « lignes d'écriture » à reproduire consciencieusement, mais de mentions témoignant de la bonne compréhension par l'intéressé de son engagement. Pourquoi ne pas adopter une solution comparable dans l'hypothèse qui nous intéresse ? Le législateur n'exigerait que des éléments de fond, sans imposer la forme. Il importerait ainsi peu que tel ou tel terme n'ait pas été fidèlement reproduit.

17 - Mais il serait même envisageable de faire preuve de davantage d'audace. Pourquoi ne pas imaginer la suppression pure et simple de cette exigence de mentions écrites ? En effet, celle-ci apparaît bien désuète aujourd'hui, notamment face à l'émergence d'un crédit de plus en plus dématérialisé (14). En outre, et surtout, cette exigence semble d'une utilité réduite alors que la caution bénéficie déjà de nombreuses protections d'origine légale et jurisprudentielle.

18 - D'un point de vue légal, la caution est créancière d'une obligation d'information étendue. A titre d'illustration, un exemplaire de l'offre de contrat de crédit à la consommation (15) ou de crédit immobilier (16) lui est adressé. De plus, s'agissant de l'un de ces crédits, la caution personne physique doit être informée par l'établissement prêteur de la défaillance du débiteur dès le premier incident de paiement (17). Cette obligation est également prévue au bénéfice de toute caution personne physique opposée à un créancier professionnel (18). En outre, ce dernier est tenu de faire connaître à la caution personne physique, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente (19). Une obligation relativement proche est prévue à la charge des établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise sous la condition d'un cautionnement par une personne physique ou morale (20).

19 - Par ailleurs, la loi ne s'est pas arrêtée à la reconnaissance de cette obligation d'information mais l'a accompagnée d'un devoir de proportionnalité. Ainsi, l'article L. 341-4 du code de la consommation, étendant la règle posée par l'article L. 313-10, prévoit qu'un créancier professionnel - et donc notamment les établissements de crédit - ne peut 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. Ce devoir de proportionnalité est d'application particulièrement large, profitant même aux cautions averties (21).

20 - Enfin, la jurisprudence elle-même est à l'origine de mesures de protection efficaces de la caution. Songeons, notamment, à l'obligation de mise en garde devant profiter à la caution non avertie (22). Pour mémoire, cette dernière entraîne un double devoir à la charge du prêteur : alerter la caution, d'une part, sur le risque de non-remboursement du crédit par le débiteur principal, c'est-à-dire l'emprunteur (23), mais aussi, d'autre part, sur le risque pour elle, au vu de sa situation patrimoniale, de ne pouvoir faire face au paiement (24). Cette obligation bénéficiera alors à la caution non avertie, c'est-à-dire n'ayant pas de connaissance particulière en matière de cautionnement. Ce caractère sera, le plus souvent, déduit de l'activité professionnelle de l'intéressé ou de l'existence de cautionnements antérieurs (25). Dans tous les cas, ce sera à l'établissement de crédit qu'il reviendra de démontrer le caractère averti, ou non, de la caution (26).

21 - Cette liste de mesures de protection témoigne du fait que les mentions manuscrites imposées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 sont désormais loin d'être essentielles. Non seulement, la caution ne comprendrait pas moins son engagement, puisqu'elle est dans le même temps informée, mise en garde et assurée que son engagement est proportionné à ses ressources. Mais, de plus, le fait que la caution ait reproduit la mention ne garantit pas qu'elle en ait compris le contenu.

22 - Les « lignes d'écriture » précitées peuvent alors être vues comme une « surprotection inutile » de la caution, et ce d'autant plus que, dans le même temps, l'emprunteur se voit opposer l'ensemble des (nombreuses) clauses du contrat qui le lie au prêteur au motif que sa signature de ce dernier suffit (27). Il serait dès lors judicieux de simplifier le droit en la matière en mettant un terme à ce formalisme manuscrit. L'abrogation de ces textes ferait disparaître un contentieux abondant et vain.

Mots clés :

CAUTIONNEMENT * Engagement * Etendue * Mention manuscrite * Sens * Portée

(1) Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-18.544, D. 2013. 989, obs. V. Avena-Robardet ; LEDB juin 2013, p. 1, n° 69, obs. M. Mignot.

(2) G. Piette, Rép. civ., v° Cautionnement, n°s 30 s.

(3) V. *infra*, n° 14.

(4) Pour mémoire, le créancier professionnel « s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles », Civ. 1^{re}, 9 juill. 2009, n° 08-15.910, Bull. civ. I, n° 173 ; D. 2009. 2198, note S. Piedelièvre, 2032, obs. X. Delpech, 2058, chron. P. Chauvin, N. Auroy et C. Creton, et 2010. 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2009. 758, obs. P. Crocq ; RTD com. 2009. 601, obs. D. Legeais et 796, obs. D. Legeais ; Com. 10 janv. 2012, n° 10-26.630, Bull. civ. IV, n° 2 ; D. 2012. 276, obs. V. Avena-Robardet, et 1573, obs. P. Crocq ; Rev. sociétés 2012. 286, note I. Riassetto ; RTD com. 2012. 177, obs. D. Legeais.

(5) C'est ainsi que la mention doit bien être écrite de la main même de la caution, Com. 13 mars 2012, n° 10-27.814, RD banc. fin. 2012. 56, obs. A. Cerles.

(6) A. Cerles, La mention manuscrite du Code de la consommation, une protection de la caution source de contentieux, RD banc. fin. 2012, dossier 39 ; P. Simler, Cautionnement, J.-Cl. Civil, art. 2288, fasc. 25, 2013, n°s 51 s.

(7) Paris, 5 mars 2009, n° 07/08612, JCP 2009. I. 150, n° 3, obs. P. Simler ; 25 juin 2009, n° 07/04739 ; Bourges, 1^{er} juill. 2010, JCP E 2010. 2042, note P. Bouteiller ; Nancy, 25 janv. 2012, n° 09/03011.

(8) Rennes, 22 janv. 2010, n° 08/08806, JCP 2010. 708, n° 2, obs. P. Simler ; JCP E 2010. 1189, note P. Bouteiller. Notons que cette décision a été cassée, par la suite, par la Cour de cassation, Com. 5 avr. 2011, n° 10-16.426, D. 2011. 1132, 2012. 1573, obs. P. Crocq, et 1908, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; JCP 2011. 770, n° 2, obs. P. Simler ; Lexbase Hebdo 2011, n° 251, note G. Piette.

(9) P. Simler, *op. cit.*, n° 60.

(10) Paris, 3 juin 2010, RD banc. fin. 2011. Comm. 16, obs. A. Cerles ; Paris, 11 avr. 2012, n° 10/24043, Juris-Data n°2012-014098.

(11) Com. 8 mars 2011, n° 10-10.699, D. 2011. 1193, note Y. Picod ; RTD civ. 2011. 375, obs. P. Crocq ; RTD com. 2011. 402, obs. D. Legeais ; Lexbase Hebdo 2011, n° 246, note G. Piette ; 10 mai 2012, n° 11-17.671, Dalloz actualité, 25 mai 2012, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2012. 1324 ; RD banc. fin. 2012, n° 118, obs. A. Cerles ; Banque et droit juill.-août 2012, p. 41, obs. E. Netter ; Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° 11-12.515, D. 2012. 1004, obs. V. Avena-Robardet, et 1573, obs. P. Crocq ; JCP E 2012, n° 21, p. 45, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal., 27 mai 2012, p. 9, obs. S. Piedelièvre ; LPA 6 nov. 2012, n° 222, p. 6, obs. J. Lasserre Capdeville ; Com. 16 oct. 2012, n° 11-23.623, D. 2012. 2509, obs. V. Avena-Robardet ; CCC 2013. Comm. 56, obs. G. Raymond ; Banque et droit nov.-déc. 2012, p. 56, obs. E. Netter.

(12) *Contra*, Civ. 1^{re}, 16 mai 2012, n° 11-17.411, JCP 2012. 1291, n° 2, obs. P. Simler ; CCC 2012. Comm. 215, obs. G. Raymond, en l'occurrence, la mention était une succession d'erreurs grammaticales et d'utilisations hasardeuses de la ponctuation.

(13) Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du cautionnement sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief. Civ. 3^e, 8 mars 2006, n° 05-11.042, Bull. civ. III, n° 59 ; D. 2006. 808, obs. Y. Rouquet, et 2007. 903, obs. N. Damas ; AJDI 2006. 643, obs. S. Laporte-Leconte ; RTD civ. 2006. 797, obs. P. Crocq.

(14) Sur cette dématérialisation, Quel droit pour le développement de la banque en ligne ?, Banque et droit 2013, n° spécial, à paraître.

(15) Art. L. 311-11 c. consom.

(16) Art. L. 312-7 c. consom.

(17) Art. L. 313-9 c. consom.

(18) Art. L. 341-1 c. consom.

(19) Art. L. 341-6 c. consom.

(20) Art. L. 313-22 c. mon. fin.

(21) Com. 13 avr. 2010, n° 09-66.309, D. 2011. 406, obs. P. Crocq ; RLDC juin 2010, p. 30, obs. J.-J. Ansault ; 22 juin 2010, n° 09-67.814, D. 2010. 1985, note D. Houtcieff, et 2011. 406, obs. P. Crocq ; RTD civ. 2010. 593, obs. P. Crocq ; RTD com. 2010. 552, obs. C. Champaud et D. Danet, et 2011. 171, obs. A. Martin-Serf ; JCP E 2010, n° 29, p.37, note D. Legeais ; 19 oct. 2010, n° 09-69.203, D. 2011. 406, obs. P. Crocq ; RLDC, déc. 2010, p. 33, obs. J.-J. Ansault.

(22) Rappelons également que la jurisprudence a participé à l'essor de l'obligation de proportionnalité, Com. 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Macron*, Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 1998. 208, note J. Casey ; RTD civ. 1998. 100, obs. J. Mestre, 154, obs. P. Crocq, 157, obs. P. Crocq, et 421, obs. P. Crocq ; RTD com. 1997. 662, obs. M. Cabrillac ; Defrénois 1997, art. 36703, obs. L. Aynes. Il en a été de même pour reconnaître une dérogation au secret bancaire, Com. 16 déc. 2008, n° 07-19.777, Bull. civ. IV, n° 206 ; D. 2009. 784, note J. Lasserre Capdeville, et 2714, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur ; RTD civ. 2009. 147, obs. P. Crocq.

(23) Com. 22 mars 2011, n° 10-14.472, LEDB mai 2011, p. 5, n° 64, obs. M. Mignot.

(24) Com. 26 janv. 2010, n° 08-70.423, RD banc. fin. 2010. Comm. 89, obs. D. Legeais.

(25) Les cautions dirigeantes sont ainsi présumées connaître la situation de l'entreprise et sont le plus souvent considérées comme averties (Com. 22 mai 2007, n° 05-21.703, RD banc. fin. 2007. Comm. 149, obs. D. Legeais. V. toutefois Com. 11 avr. 2012, n° 10-25.904, D. 2012. 1117 ; Rev. sociétés 2012. 562, note D. Legeais ; RTD com. 2012. 382, obs. D. Legeais ; JCP 2012. 1291, n° 8, obs. P. Simler). Il en va de même à l'égard du principal associé

(Com. 28 nov. 2006, n° 05-13.559, RD banc. fin. 2007. Comm. 7, obs. D. Legeais).

(26) Com. 17 nov. 2009, n° 08-70.197, D. 2009. 2926 , et 2010. 2671, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin  ; RD banc. fin. 2010. Comm. 8, obs. D. Legeais.

(27) Concernant l'existence du bordereau détachable de rétractation de crédit à la consommation devant obligatoirement figurer dans l'offre de crédit remise à l'emprunteur, Civ. 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 12-14.122, D. 2013. 1329, note G. Poissonnier , et 945, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud  ; JCP 2013. 106, obs. J. Lasserre Capdeville ; RD banc. fin. 2013. Comm. 45, obs. N. Mathey ; 12 juill. 2012, n° 11-17.595, D. 2012. 2567, note G. Poissonnier , et 2013. 945, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud  ; RTD com. 2012. 832, obs. D. Legeais  ; RD banc. fin. 2012. Comm. 145, obs. N. Mathey ; CCC 2012. Comm. 288, note G. Raymond ; LPA 5 nov. 2012, n° 221, p. 7, obs. J. Lasserre Capdeville. De même, concernant le devoir de mise en garde de l'emprunteur non averti, Pau, 5 févr. 2013, n° 11/04749, LPA 2013, note J. Lasserre Capdeville, à paraître.

Recueil Dalloz 2012 p. 1896

Pilote d'avion : fin du contrat de travail en raison de l'âge

Arrêt rendu par Cour de cassation, soc.

03-07-2012

n° 11-13.795 (n° 1642 FS-P+B)

Sommaire :

Un pilote de ligne, après avoir été informé qu'il ne serait plus légalement autorisé à voler au-delà de son soixantième anniversaire et que des recherches de reclassement au sol allaient être effectuées, s'est vu notifier par l'employeur la rupture du contrat de travail par application de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile fixant alors la limite d'âge des pilotes à soixante ans. La compagnie aérienne fait grief à l'arrêt de dire nulle la rupture du contrat de travail du salarié et de la condamner à payer à ce dernier une somme à titre de dommages-intérêts.

Saisie de la compatibilité de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, tel qu'applicable à l'époque des faits, avec les dispositions de l'article 2, § 5, de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 selon lesquelles l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale dès lors qu'elles sont nécessaires à la sécurité publique, la cour d'appel, retenant que les recommandations de l'Organisation de l'aviation civile internationale, dont elle n'a pas fait application, admettaient expressément que, sous certaines conditions, l'exercice du métier de pilote de ligne pouvait se poursuivre après cet âge, ce que peu de temps après les faits litigieux le législateur avait reconnu en modifiant la législation nationale, a exactement décidé que si la limitation à 60 ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public poursuivait un but de sécurité aérienne, elle n'était pas nécessaire à la satisfaction de cet objectif.

Ensuite, saisie de la compatibilité de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, tel qu'applicable à l'époque des faits, avec les dispositions de l'article 6, § 1, de la même directive aux termes desquelles des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires, la cour d'appel, se référant aux travaux parlementaires établissant que la limitation à 60 ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public permettrait l'embauche de 130 à 150 pilotes en 1995 alors que le nombre de jeunes pilotes déjà formés et sans emploi était de 1 200, en a, peu important une erreur purement matérielle, exactement déduit que la mesure ne constituait pas un moyen approprié et nécessaire dans le cadre d'une politique de l'emploi (1).

Demandeur : Brit Air (Sté)

Défendeur : Legond

Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes 5^e ch. prud. 18-01-2011 (Rejet)

Texte(s) appliqué(s) :

Code de l'aviation civile - art. L. 421-9

Directive CE n° 2000/78 du 27-11-2000 - art. 2-5 - art. 6-1

Mots clés :

CONTRAT DE TRAVAIL * Rupture * Licenciement * Pilote de ligne * Age * Discrimination * Objectif légitime

(1) V. déjà Soc. 4 avr. 2012, D. 2012. Actu. 1064  ; RDT 2012. 356, obs. Debord .

Recueil Dalloz 2011 p. 2008

Escroquerie : ouverture d'un compte bancaire

Arrêt rendu par Cour de cassation, crim.

01-06-2011

n° 10-83.568 (n° 2672 FS-P+B+R)

Sommaire :

L'ouverture d'un compte bancaire dans le seul but de se faire délivrer un chéquier destiné à créer l'apparence d'une solvabilité et l'utilisation des chèques ainsi obtenus pour se voir remettre des marchandises avec le dessein formé dès l'origine de ne pas en payer le prix forment un stratagème caractérisant les manoeuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie (1).

*
**

Texte intégral :

LA COUR : - Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation de l'article 313-1 du code pénal ; - Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que M. X... a remis à M. Y..., définitivement condamné pour escroquerie, une somme de 150 € pour faire procéder à l'ouverture d'un compte bancaire, qu'après cette opération, effectuée le 15 mars 2007, la banque a remis à ce dernier un chéquier en autorisant un découvert de 100 € ; qu'entre les 12 et 23 avril 2007,

vingt formules de chèques ont été utilisés par les prévenus pour effectuer des achats d'un montant total de 23 989, 31 € ; - Attendu que, pour déclarer M. X... coupable d'escroqueries, l'arrêt retient que celui-ci a fait ouvrir ce compte (et s'est fait délivrer un chéquier) pour créer l'illusion de moyens financiers qu'il ne possédait pas et qu'il n'avait pour but que de tromper les commerçants en vue d'obtenir la remise de biens ; - Attendu qu'en prononçant ainsi la cour d'appel a justifié sa décision, dès lors que l'ouverture du compte bancaire avait pour seul but de se faire délivrer un chéquier destiné à créer l'apparence d'une solvabilité, et que les chèques n'ont été utilisés que pour obtenir la remise de marchandises avec le dessein formé dès l'origine de ne pas en payer le prix, ce stratagème caractérisant les manoeuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie ; qu'ainsi le moyen ne saurait être admis ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

Rejette le pourvoi.

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles 9^e ch. 18-03-2010 (Rejet)

Texte(s) appliqué(s) :

Code pénal - art. 313-1

Mots clés :

ESCROQUERIE * Élément constitutif * Manoeuvre frauduleuse * Compte bancaire * Ouverture * Chèque sans provision
* Remise de bien

(1) Au titre des éléments constitutifs du délit d'escroquerie, prévu et réprimé par l'article 313-1 du code pénal, il est notamment nécessaire de démontrer l'existence de manoeuvres frauduleuses déterminantes d'une remise préjudiciable. Cependant, la caractérisation de telles manoeuvres n'est pas toujours aisée, ce dont témoigne, à l'instar d'une jurisprudence particulièrement fournie, cet arrêt, destiné au *Rapport*, rendu par la chambre criminelle le 1^{er} juin 2011.

En l'espèce, un individu se fait ouvrir un compte bancaire et délivrer un chéquier, la banque lui accordant en outre une autorisation de découvert. Cependant, celui-ci utilise les formules de chèque pour un montant nettement supérieur au découvert autorisé. Il se voit alors condamner pour escroquerie, la cour d'appel retenant qu'il a fait ouvrir ce compte et s'est fait délivrer un chéquier pour créer l'apparence de moyens financiers qu'il ne possédait pas et qu'il n'avait pour but que de tromper les commerçants en vue d'obtenir la remise de biens. Dès lors, les juges du fond considèrent que les manoeuvres frauduleuses sont bien caractérisées. Mais est-ce réellement le cas ?

L'on sait en effet que de simples allégations mensongères ne sauraient, en elles-mêmes et en l'absence de toute autre circonstance, constituer des manoeuvres frauduleuses (Crim. 20 juill. 1960, Bull. crim. n° 382 ; D. 1961. 191, note Chavanne). Or, dans le prolongement de cette jurisprudence, il a été retenu que l'émission de simples chèques sans provision, même réitérée, ne peut être constitutive d'une escroquerie : il ne s'agit que d'une allégation mensongère qui, bien que formulée par écrit et de façon réitérée, ne peut constituer des manoeuvres frauduleuses (Crim. 1^{er} juin 2005, D. 2005. IR 1961 [🔗](#) ; AJ pénal 2005. 329, note Redon [🔗](#)). Toutefois, ce simple mensonge est susceptible de se transformer en manoeuvres frauduleuses en présence d'autres circonstances venant lui donner force et crédit. Ainsi, « constitue le délit d'escroquerie par manoeuvres frauduleuses une machination, c'est-à-dire la combinaison de faits, l'arrangement de stratagèmes, l'organisation de ruses, soit une mise en scène ayant pour but de donner crédit au mensonge » (Crim. 11 mai 1971, Bull. crim. n° 145). Il a alors été jugé que la référence au crédit d'une personne solvable dont l'objet était seulement de servir d'alibi financier au prévenu était constitutive d'une mise en scène qui a eu pour but et pour résultat d'emporter la confiance de la victime et de persuader celle-ci de l'existence d'un crédit imaginaire et qui a été déterminant de la remise des marchandises (Crim. 9 mai 1973, Bull. crim. n° 213).

Dès lors, il n'est pas étonnant que la chambre criminelle ait approuvé le raisonnement de la cour d'appel dans le présent arrêt. Elle a considéré que « l'ouverture du compte bancaire avait pour seul but de se faire délivrer un chéquier destiné à créer l'apparence d'une solvabilité, et les chèques n'ont été utilisés que pour obtenir la remise de la marchandise avec le dessein formé dès l'origine de ne pas en payer le prix, ce stratagème caractérisant les manoeuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie ».

M. Bombléd

Recueil Dalloz 2010 p. 1920

Appel d'offres: caractère anti-concurrentiel de l'offre globale

**Arrêt rendu par Cour d'appel de Paris
Pôle 5 ch. 5-7**

09-03-2010
n° 2009/07930

Sommaire :

Si une offre globale sur un marché présentée par un opérateur en position dominante peut être jugée anti-concurrentielle dans la mesure où elle entrave ou interdit l'accès des concurrents au marché, devrait-il en aller de même lorsque cette offre répond à la demande de fourniture d'une prestation de service public qui revêt un caractère universel.

*
**

Texte intégral :

LA COUR D'APPEL : Exposé des faits et procédure

Les faits

- le contexte

La collectivité territoriale de Corse a créé en 1992 l'Office des transports de la Corse (l'OTC), établissement public à caractère industriel et commercial chargé de la mise en oeuvre de la politique des transports maritimes et aériens de l'île. Il entre dans ses missions la gestion d'un budget dit « enveloppe de continuité territoriale » destiné à réduire pour les usagers le coût du transport Corse-continent. A ce titre l'OTC conclut avec les compagnies de transport, délégataires du service public, des conventions définissant les tarifs, les conditions d'exécution, les qualités du service, les conditions du contrôle etc...

En 2006 plus des deux-tiers de l'enveloppe précitée (d'un total de 177,56 M en 2006) était affecté au service public pour

les liaisons maritimes entre Marseille et les ports de la Corse.

Dans ce cadre et pour la période 2002-2006, la desserte de la Corse était assurée principalement par :

-la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) qui était une entreprise publique jusqu'en mai 2006, date à laquelle elle a été cédée pour 3/4 à des personnes privées dont Véolia transports (qui détenait 28 % du capital en 2006, et en détient 66 % depuis novembre 2008) ;

Cette société possède 10 navires, elle employait jusqu'à 2 300 salariés, a atteint 297 M de chiffres d'affaires en 2007, et a transporté la même année 1,3 M de passagers et 795 000 m³ de fret.

-la Compagnie Méridionale de Navigation (CMN) société privée ayant des liens capitalistiques avec la SNCM qui détenait à l'époque 45 % de son capital et détenait aussi mais indirectement une participation de 45 % dans le capital de l'actionnaire majoritaire (53,1 %) de la CMN, à savoir la Compagnie Méridionale de Participations (CMP).

La CMN possédait 3 navires, employait environ 439 salariés, et a réalisé 80 M de chiffres d'affaires en 2007, année au cours de laquelle environ 200 000 passagers et 703 000 m³ de fret ont été transportés par elle vers la Corse.

-la société Corsica Ferries France (Corsica Ferries), entreprise privée créée en 1968 et spécialisée dans le transport de passagers et de leurs véhicules.

Elle possède 2 navires à grande vitesse, 5 Ferries et 2 Ferries express, elle employait environ 1 300 salariés en saison dont 300 en Corse, et a réalisé 155,6 M de chiffres d'affaires en 2007. En 2004 elle avait transporté environ 2,63 M de passagers dont 1,8 sur la Corse.

- les événements

Par délibération du 24 mars 2006 la collectivité territoriale de Corse a chargé l'OTC de lancer une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution des délégations de service public pour la desserte maritime de l'île à partir de Marseille pour une durée de 6 ans à compter du 1^{er} janvier 2007.

Le 27 mai 2006 un avis d'appel à la concurrence a été publié au Journal Officiel de l'Union européenne.

Après l'échec de négociations entre Veolia et la CMN en vue de déposer une offre commune SNCM/CMN, quatre offres ont été déposées auprès de l'OTC :

- une offre de la SNCM portant sur l'ensemble des lignes (Bastia, Ajaccio, Balagne, Porto-Vecchio et Propriano),
- une offre de Corsica Ferries portant sur certaines lignes avec des différentes options,
- une offre de la CMN comprenant six propositions individuelles s'excluant mutuellement, avec des modalités différentes,
- une offre d'un groupement momentané CMN/Corsica Ferries portant alternativement sur deux des lignes.

Le 7 août 2006, après ouverture des plis, les deux dernières offres ont été écartées et le président de l'OTC a entamé une négociation avec la SNCM pour l'ensemble des cinq lignes et avec Corsica Ferries pour deux lignes (Balagne et Porto-Vecchio).

La procédure

C'est dans ces conditions que respectivement le 19 septembre 2006 et le 23 octobre 2006, la CMN et Corsica Ferries ont saisi le Conseil de la concurrence en dénonçant des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de cet appel d'offres et en demandant des mesures conservatoires.

Parallèlement Corsica Ferries a saisi le juge administratif de deux référés pré-contractuels, qui ont abouti à l'annulation par le Conseil d'Etat de la procédure de passation de la délégation de service public en question par un arrêt du 15 décembre 2006.

Par une décision n° 06-MC-03 du 11 décembre 2006, le Conseil de la concurrence a jugé irrecevable la saisine en tant qu'elle dénonçait une entente anticoncurrentielle imputée à la collectivité territoriale de Corse, à l'OTC et à la SNCM, et il a prononcé des mesures conservatoires en retenant que la SNCM était susceptible d'avoir commis un abus de position dominante dans la présentation de son offre. La cour d'appel de Paris, par arrêt du 6 février 2007, a jugé irrecevable le recours de la SNCM contre cette décision, au motif que l'annulation prononcée entre-temps par le Conseil d'Etat, ayant pour effet d'annuler les offres, avait rendu sans objet la saisine de la Cour.

Un deuxième appel d'offres a été lancé le 30 décembre 2006, également contesté par Corsica Ferries, puis annulé par le juge des référés administratif le 27 avril 2007.

Une troisième procédure a enfin abouti à retenir le 7 juin 2007 le groupement SNCM-CMN comme délégataire du service public en question à compter du 1^{er} juillet 2007. Après enquête et auditions, le grief suivant a été notifié le 24 juillet 2008 par le rapporteur du Conseil de la concurrence à la SNCM : « *Il est fait grief à la SNCM, en position dominante sur le marché du renouvellement de la DSP entre Marseille et la Corse, sur le marché du transport de passagers entre Marseille et la Corse et en position dominante collective sur le marché du transport de fret entre Marseille et la Corse, d'avoir abusé de cette position lors de l'appel d'offres pour le renouvellement du contrat de délégation de service public de desserte maritime entre le port de Marseille et les ports de Corse, pour les années 2007 à 2012, en déposant une seule offre globale et indivisible qui avait pour objet et pour effet d'exclure les autres soumissionnaires du marché. Cette pratique est contraire aux dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité* ».

Le 25 juillet 2008 le président du Conseil de la concurrence a décidé que l'affaire serait soumise au Conseil sans établissement préalable d'un rapport.

Le Conseil de la concurrence a statué le 27 février 2009 en ces termes :

Article 1^{er} : Il est établi que la SNCM a enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE.

Article 2 : Il est infligé une sanction de 300 000 € à la SNCM.

La SNCM a formé un recours contre cette décision ; Corsica Ferries et la CMN sont intervenues à l'instance.

Motifs de la décision

La cour : - Vu le recours, en annulation subsidiairement en réformation, formé le 8 avril 2009 par la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) contre la décision n° 09-D-10 rendue le 27 février 2009 par le Conseil de la concurrence ;

Vu la déclaration d'intervention volontaire par jonction à l'instance de recours, déposée au greffe le 7 mai 2009 par la société Corsica Ferries France,

Vu la déclaration d'intervention volontaire par jonction à l'instance de recours, déposée au greffe le 15 mai 2009 par la société Compagnie Méridionale de Navigation (CMN) et tendant à la confirmation de la décision du Conseil de la concurrence,

Vu le mémoire déposé le 7 mai 2009 par la SNCM à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire en réplique du 18 novembre 2009,

Vu les conclusions déposées par la société Corsica Ferries le 28 août 2009, complétées le 3 septembre 2009,

Vu les observations écrites de l'Autorité de la concurrence déposées le 6 octobre 2009,

Vu les observations écrites du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi déposées le 14 octobre 2009, reprenant celles déposées devant le Conseil de la concurrence ;

Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties avant l'audience ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 12 janvier 2010, en leurs observations orales, l'avocat de la requérante qui a été mis en mesure de répliquer et a eu la parole en dernier, ainsi que l'avocat de la société Corsica Ferries, intervenante, le représentant de l'Autorité de la concurrence et le ministère public ;

Sur ce : - Sur le moyen d'incompétence : - Considérant que la SNCM demande à titre principal l'annulation de la décision du Conseil de la concurrence en lui reprochant d'avoir à tort retenu sa compétence pour statuer sur le grief d'abus de position dominante la concernant ; qu'elle soutient que l'examen et la qualification de l'offre visée par ce grief ne sont pas détachables de l'examen du règlement particulier de l'appel d'offres émanant de l'OTC, que le contrôle de sa conformité au droit de la concurrence relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative ; qu'elle ajoute qu'il ne suffisait pas au Conseil de la concurrence de faire état du contenu de l'offre de la SNCM, et spécialement de son caractère indivisible pour fonder sa compétence ; qu'elle rappelle que l'offre est une conséquence nécessaire de la procédure de délégation de service public, qui se concrétise par un contrat entre la personne publique et le délégataire et dont l'offre fait partie intégrante ; que pour la SNCM le Conseil, en examinant son offre au regard du droit de la concurrence, s'est reconnu le droit de contrôler le règlement d'appel d'offres émanant de la personne publique, empiétant ainsi sur les compétences de la juridiction administrative ;

Que la SNCM fait valoir encore que les décisions des juridictions administratives intervenues dans cette affaire montrent que celles-ci se sont reconnues compétentes pour examiner la régularité des offres non seulement sur le plan formel mais aussi sur le plan matériel et sur leur conformité au droit de la concurrence ;

Qu'enfin la SNCM affirme que le Conseil de la concurrence a tiré les effets anticoncurrentiels de son offre des particularités de la consultation publique elle-même, montrant par là le caractère non détachable du comportement de l'offreur par rapport à celui de l'autorité délégante ;

Mais considérant que selon l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles définies au livre IV de ce code, relatif à la liberté des prix et à la concurrence, s'appliquent à « toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public » ; que, si le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, et donc comme en l'espèce pour apprécier la régularité de la procédure d'appel d'offres dans le cadre d'une délégation de service public et en prononcer le cas échéant l'annulation, l'Autorité de la concurrence est compétente pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, les comportements des entreprises auxquelles cet appel d'offres s'adresse, qu'elles prennent ou non le parti d'y répondre, et pour prononcer, le cas échéant, des sanctions à l'encontre des entreprises dont le comportement serait constitutif d'une des pratiques prohibées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Qu'ainsi l'intervention du juge administratif pour apprécier la régularité d'un acte administratif dans le cadre de l'appel d'offres de l'OTC ne faisait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence pour examiner des pratiques jugées anticoncurrentielles à l'occasion de la réponse des entreprises, sans se prononcer sur d'éventuelles irrégularités de l'appel d'offres ;

Qu'en effet à l'occasion d'une procédure de passation d'un marché pour une délégation de service public, il appartient au juge administratif de se prononcer sur la légalité des actes de la puissance publique, tandis qu'il revient le cas échéant à l'Autorité de la concurrence d'apprécier le comportement de l'entreprise qui se positionne sur ce marché par sa réponse à l'appel d'offres ; que peu importe que l'un et l'autre, chacun dans son rôle, soit amené à se pencher sur les mêmes faits et sur le même contexte, constitué ici par le Règlement particulier de l'appel d'offres (« RP AO ») ;

Considérant qu'en l'espèce dans son arrêt du 15 décembre 2006, le Conseil d'Etat a examiné le contenu de l'offre de la SNCM afin de rechercher si l'autorité délégante avait respecté ses obligations ; qu'il a estimé que le président de l'OTC avait failli à ses obligations de publicité et de mise en concurrence des soumissionnaires en admettant l'offre de la SNCM à la négociation ; qu'il a annulé la procédure en précisant qu'il appartenait « à la collectivité territoriale de Corse de la reprendre soit intégralement, soit à compter de la nouvelle date qu'elle fixera pour la remise, dans les conditions prévues par le règlement particulier d'appel d'offres, des plis contenant les nouvelles offres... » ; qu'ainsi le RPAO n'a pas été annulé ;

Que de son côté, pour apprécier le comportement de la SNCM au regard des règles de la concurrence, le Conseil de la concurrence ne s'est pas prononcé sur la légalité de l'appel d'offres, pas même sur sa conformité au regard de ces règles ; qu'il s'est seulement prononcé sur le grief notifié à la SNCM, sans que l'on puisse lui reprocher de l'avoir apprécié dans son contexte ; que le Conseil disposait d'ailleurs seulement du pouvoir de sanctionner l'entreprise jugée fautive sur le plan de la concurrence, ce qu'il a fait sans empiéter sur la compétence exclusive du juge administratif ;

Considérant que la SNCM est donc mal fondée à reprocher au Conseil de la concurrence d'avoir retenu sa compétence pour statuer sur le grief notifié à celle-ci ;

Sur le moyen tiré de l'absence d'objet de la saisine : - Considérant que la SNCM soutient qu'en raison de l'annulation de la procédure de passation de délégation de service public par le Conseil d'Etat, intervenue par arrêt du 15 décembre 2006, le Conseil de la concurrence aurait dû déclarer la saisine au fond dépourvue d'objet et donc irrecevable ;

Considérant cependant que, s'il est exact que l'annulation de l'appel d'offres a rejailli sur l'offre de la SNCM qui se trouve en conséquence anéantie (n'ayant plus de cause et ne pouvant plus produire aucun effet), elle n'a pas fait disparaître le comportement de la SNCM qui s'était matérialisé dans son offre, et ne constitue pas un obstacle au contrôle de ce comportement au regard des règles de la concurrence ;

Que contrairement à ce que soutient la SNCM, la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 6 février 2007 ne s'est pas prononcée sur la recevabilité de la saisine du Conseil de la concurrence, mais a seulement dit « dépourvues d'objet » sa propre saisine et les demandes de la SNCM ; qu'elle était saisie d'un recours contre la décision n° 06-MC-03 du 11 décembre 2006 enjoignant à la SNCM de compléter son offre à destination de l'OTC ; que n'ayant pas à se prononcer sur le bien-fondé de mesures conservatoires devenues obsolètes en raison de l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public, la cour d'appel de Paris n'avait plus aucune raison de vérifier la validité de la saisine au fond du Conseil de la concurrence et n'a donc pas statué sur ce point ; que son arrêt déclarant le recours de la SNCM irrecevable n'interdisait donc pas au Conseil de statuer sur sa saisine au fond ;

Que par conséquent ce moyen d'annulation présenté par la SNCM est également mal fondé ;

Sur l'existence d'une position dominante de la SNCM : - Considérant qu'en préliminaire il convient de rejeter la demande de la société Corsica Ferries tendant à faire déclarer la SNCM irrecevable dans sa demande au motif qu'elle se serait contredite au gré de son argumentation, nuisant ainsi à la défense de l'intervenante ; qu'en effet aucune atteinte concrète aux droits de la défense n'est caractérisée ; que de plus, contrairement à ce que soutient la société Corsica Ferries, la SNCM n'a pas dénié avoir présenté une offre globale mais a fait valoir que celle-ci comportait tous les éléments d'information nécessaires pour l'appréciation séparée des lignes ;

Considérant, sur le fond, que le Conseil de la concurrence a retenu (§ 147) que la SNCM était en position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public pour le transport maritime vers la Corse au départ de Marseille, en affirmant qu'il s'agissait du marché pertinent sur lequel devait être apprécié la pratique dénoncée ; qu'il a estimé dès lors inutile d'examiner la position de la SNCM sur les marchés connexes, comme celui du transport de passagers ou de fret entre la Corse et le continent ;

Considérant que la SNCM soutient que, s'agissant d'apprécier si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, le Conseil aurait dû retenir le marché plus général où sont actifs tous les opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné, c'est-à-dire ceux déjà actifs sur le marché de la desserte maritime de la Corse et ceux susceptibles d'y entrer en répondant à l'appel d'offres, donc en l'occurrence le marché de la desserte maritime de la Corse, et pas seulement au départ de Marseille mais aussi des autres ports français et même italiens ; qu'alors le Conseil aurait pu ainsi constater que la SNCM n'est pas du tout en position dominante sur le marché pertinent ;

Considérant que pourtant le Conseil de la concurrence a logiquement d'abord examiné si la SNCM était en position dominante sur le marché strictement délimité par l'appel d'offres, puisque le grief notifié vise exclusivement son comportement dans la réponse relative au renouvellement de la délégation de service public pour la desserte maritime des ports corses à partir de Marseille ; que comme l'a bien dit le Conseil, il n'est pas nécessaire d'examiner la position de la SNCM sur un autre marché, plus large ou connexe, si sa position dominante est démontrée pour le marché précis concerné ;

Considérant que s'agissant de la situation de la SNCM sur le marché retenu par le Conseil de la concurrence, c'est-à-dire celui du renouvellement de la délégation de service public pour le transport maritime entre Marseille et les ports de Corse, la décision rappelle exactement et précisément dans ses § 115 à 132, les contours de la demande de l'OTC et les contraintes que les soumissionnaires devaient être capables de surmonter ; qu'elle en a justement déduit que sur le marché tel qu'il a été lancé, la SNCM, qui assurait déjà cette délégation de service public presque seule (la CMN avec ses trois navires ne lui apportait qu'un complément), ne subissait pas de réelle pression concurrentielle et était devenu un opérateur incontournable pour la desserte de la Corse, à tout le moins et sans qu'il soit nécessaire d'aller plus loin dans la démonstration, parce qu'elle était incontestablement la seule à avoir la disposition immédiate de la quasi totalité des navires spécifiques indispensables à l'exécution du marché (§ 138) ;

Qu'il s'agit en l'espèce de bien plus que l'avantage découlant habituellement de la situation d'opérateur sortant, et en général impropre à lui seul à caractériser une position dominante, et cela en raison du contexte particulier du transport maritime et spécialement des lignes de la Corse (coût élevé des navires, marché de l'occasion quasi inexistant, contraintes portuaires...) ;

Que les éléments de fait invoqués par la SNCM pour faire valoir que d'autres compagnies auraient pu réunir les moyens nécessaires pour soumissionner sur certaines lignes ou que la société Corsica Ferries aurait pu, elle aussi, réunir les moyens nécessaires pour présenter une offre globale si elle l'avait voulu, comme les autres critiques de la décision formulées dans les pages 55 à 75 de ses conclusions, ne changent rien au fait incontournable que la SNCM avait un pouvoir de marché prédominant, ne serait-ce qu'en raison des caractéristiques de sa flotte telles qu'elle-même les a détaillées dans son offre (cf. § 138 de la décision) ;

Qu'ainsi la SNCM dénie en vain sa position dominante sur le marché pertinent à retenir pour apprécier son comportement au regard des règles de la concurrence ;

Sur le comportement abusif de la SNCM : - Considérant que le Conseil de la concurrence a retenu : qu'aucune autre compagnie n'aurait pu dans les conditions de délai et de respect des règles techniques imposées par l'appel d'offres, déposer une offre portant sur l'ensemble des lignes de nature à concurrencer celle de la SNCM (§ 160), que l'offre globale et indivisible déposée (le 4 août 2006) par la SNCM l'engageait et que son manque d'effet est dû à la double intervention du Conseil de la concurrence et du Conseil d'Etat (§ 164), qu'au regard de la nature objective des infractions de concurrence, une pratique, même restée sans effet, est susceptible d'être sanctionnée comme ayant un objet anticoncurrentiel si elle avait comme conséquences potentielles ou prévisibles de fausser le jeu de la concurrence dans la situation de marché donnée (§171), qu'en l'espèce, « dans un contexte bien particulier caractérisé, d'une part, par l'incapacité de toute autre compagnie ou groupement de compagnies de déposer dans les délais requis une offre portant sur l'ensemble des lignes, de nature à concurrencer l'offre globale de la SNCM, et d'autre part, par l'incapacité pour la collectivité, du fait de l'indivisibilité de l'offre présentée par la SNCM et du refus de celle-ci de s'engager sur le montant de la subvention demandée ligne par ligne, de comparer les différentes offres en concurrence sur leurs mérites propres [...], l'offre globale et indivisible présentée par la SNCM, entreprise incontournable dans l'appel d'offres, avait bien un objet anticoncurrentiel car elle aurait abouti de manière certaine à évincer les autres candidats, si elle avait pu prospérer » (§ 177) ;

Considérant qu'à l'appui de sa demande d'annulation au fond de la décision du Conseil au motif de l'absence de tout abus de sa part, la SNCM fait valoir que l'appel d'offres permettait à tous les soumissionnaires, seuls ou en groupement, de présenter une offre globale, qu'en pratique les compagnies qui ont soumissionné en avaient la possibilité et la capacité, de proposer, seules ou en groupement, une offre globale, qu'il était annoncé sans ambiguïté dans le RPAO que les offres

globales seraient privilégiées, que dès lors il n'est absolument pas crédible de soutenir que l'offre de la SNCM ne relève pas de la concurrence par les mérites et n'avait pour objet ou pour effet que d'évincer les autres candidats à l'appel d'offres ;

Que la SNCM soutient que son offre globale n'avait ni pour objet, ni pour effet de fausser la concurrence et qu'elle était en tout état de cause objectivement justifiée pour apporter une riposte proportionnée à la déclaration d'intention de la société Corsica Ferries de déposer une offre globale pour remporter l'appel d'offres ; que la SNCM relève enfin que l'offre critiquée n'a produit aucun effet puisqu'elle n'a donné lieu à aucune attribution et qu'elle ne saurait être condamnée alors qu'elle n'a fait que répondre à la demande de la collectivité délégante ;

Considérant qu'en droit le Conseil de la concurrence a retenu, sans être contesté sur ce point que la pratique poursuivie relevait tant du droit national que du droit communautaire (§ 97 à 103), à savoir l'article 82 du Traité CE qui dispose : « *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* », et l'article L. 420-2 du code de commerce qui dispose : « *Est prohibée dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* » ;

Que le renvoi à l'article L. 420-1 relatifs aux accords anticoncurrentiels prohibés, signifie que l'interdiction s'applique à l'exploitation de position dominante « *lorsqu'[elle a] pour objet ou [peut] avoir pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu la concurrence sur un marché* » ;

Que dès lors la SNCM est mal fondée à soutenir qu'en l'absence de conséquence effective sur la concurrence, l'abus de position dominante n'est pas caractérisé ; qu'il suffit d'établir le risque consécutif d'éviction anticoncurrentielle pour que le comportement de l'entreprise dominante tombe sous le coup de prohibition de l'article 82 du Traité CE et de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Qu'il importe donc peu, au regard de la caractérisation de l'abus de position dominante, que l'offre critiquée n'ait eu en définitive aucun impact sur la concurrence du fait de l'annulation de la procédure de délégation de service public dans laquelle elle s'inscrivait ;

Considérant que la SNCM reconnaît elle-même qu'elle a présenté sa réponse à l'appel d'offres sous une forme globale et indivisible pour riposter à l'annonce de son concurrent Corsica Ferries de son intention de déposer une offre globale, tout en estimant que cela était objectivement justifié ;

Que cependant, si une offre globale n'est pas par elle-même anticoncurrentielle, et s'il est légitime de la part d'une entreprise occupant une position dominante de se faire valoir face à ses concurrents, il lui est interdit d'entraver ou de supprimer l'accès de ses concurrents au marché, et de porter ainsi atteinte à la saine concurrence par les mérites et par les prix, au détriment des consommateurs ;

Qu'en l'espèce, la SNCM, délégataire sortant, savait qu'il était sinon impossible, du moins beaucoup plus difficile aux autres compagnies de soumissionner sur une offre globale et qu'elle avait de fortes chances d'être la seule à le faire ; que dès lors, en ne donnant pas à l'OTC les moyens de vérifier dès l'ouverture des plis sa compétitivité ligne par ligne, elle l'incitait à privilégier son offre globale, favorisant ainsi l'éviction des opérateurs dont les offres se limitaient à certaines des lignes ; que ce faisant elle portait atteinte à la concurrence par les prix et les mérites en profitant de sa qualité d'opérateur sortant en position dominante ; qu'en effet les chiffres donnés par le Conseil de la concurrence dans les § 184 à 186 de sa décision montrent bien que le niveau de prix de l'offre de la SNCM d'août 2006 était supra-concurrentiel, ne reflétant pas les gains d'efficacité attendus d'une offre globale ;

Qu'à ce sujet la SNCM est mal venue à critiquer le Conseil de la concurrence d'avoir effectué des comparaisons de coûts en début de négociation avec des coûts en fin de négociation, et d'avoir ainsi comparé des choses non comparables, alors que la baisse de prix intervenue au cours de la négociation ne peut pas être dissociée de la réintroduction du jeu de la concurrence grâce aux actions judiciaires introduites par la société Corsica Ferries ;

Considérant qu'il est bien démontré que la présentation par la SNCM de son offre d'août 2006 avait potentiellement un effet d'éviction de la concurrence ;

Que l'OTC a effectivement admis l'offre globale de la SNCM, et une seule autre offre pour deux lignes seulement ; que le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 15 décembre 2006, a sanctionné l'autorité délégante pour avoir admis à la négociation l'offre de la SNCM alors que « *l'absence d'informations précises sur les postes essentiels des comptes d'exploitation prévisionnels par ligne et sur les moyens nautiques affectés à ces lignes rendait impossibles [. . .] l'appréciation de la conformité de cette offre au cahier des charges de la délégation ainsi que toute comparaison utile, ligne par ligne, avec les offres présentées par les autres candidats...* », et d'avoir ainsi méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant que néanmoins l'attitude de l'OTC, sanctionnée par l'annulation de la procédure ouverte par l'appel d'offres de mai 2006 à la suite de l'action de la société Corsica Ferries, ne retire pas au comportement de la SNCM son caractère d'acte prohibé par les articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE parce que de nature à entraver l'entrée de ses concurrents sur le marché, alors qu'elle était en position dominante sur le marché concerné, comme il a été vu plus haut ; que l'attitude de l'autorité délégante pourra seulement être prise en considération pour l'appréciation de la sanction prononcée par le Conseil de la concurrence ;

Considérant que le Conseil de la concurrence doit donc être approuvé en ce qu'il a retenu que la SNCM a enfreint les textes précités ;

Sur les sanctions : Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2, alinéa 3, du code de commerce, les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition des pratiques prohibées, sans pouvoir excéder 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre ;

Que cependant, comme, en l'espèce, le Conseil de la concurrence a statué selon la procédure simplifiée, le plafond de la sanction pécuniaire est fixé par l'article L. 464-5 du code de commerce à 750 000 € ;

Considérant que pour solliciter la réduction de la sanction de 300 000 € prononcée par le Conseil de la concurrence, la SNCM fait valoir que sa situation ne lui imposait pas une particulière vigilance, que son offre était objectivement justifiée, et que l'OTC avait concouru à la situation dénoncée par les parties saisissantes, si bien que la gravité des faits n'est pas celle retenue par le Conseil ; que de plus elle conteste l'existence d'un dommage à l'économie ; qu'enfin elle soutient que la sanction est disproportionnée par rapport à ses résultats (perte de 27 millions en 2007 et bénéfice limité à 182 000 € en 2008) ;

Considérant cependant que même en tenant compte du contexte d'une procédure d'appel d'offres dont les défauts ont été sanctionnés par la juridiction administrative, les faits reprochés à la SNCM revêtent une gravité certaine, résultant notamment de l'objet du marché, à savoir un service public important et coûteux, et de la qualité de délégataire sortant de la SNCM avec un poids économique substantiel vis-à-vis de la collectivité territoriale concernée ;

Que s'agissant du dommage à l'économie, le Conseil de la concurrence a tenu compte, dans son appréciation, du fait que l'arrêt du Conseil d'Etat a empêché le comportement anticoncurrentiel de la SNCM d'avoir un effet direct sur le marché ; que néanmoins ce comportement a contribué aux perturbations et retards apportés à la passation de la nouvelle délégation de service public, et aux frais consécutifs supportés par la collectivité ; que la SNCM est donc mal fondée à dénier l'existence d'un dommage à l'économie ;

Considérant que par ailleurs le résultat comptable n'est pas le seul critère de la capacité contributive d'une entreprise ; que le Conseil a rappelé que le chiffre d'affaires de la SNCM s'est élevé à 393,5 millions d'euros en 1997 et qu'en nombre de passagers transportés, 70 à 75 % de son activité résulte de la desserte de la Corse qui a donné lieu à une subvention de continuité territoriale de 73,7 millions d'euros ; que le Conseil a en outre relevé (§ 193) que depuis 2006 les comptes de la SNCM sont consolidés avec ceux de Veolia transport dont le chiffre d'affaires s'est élevé à 5,6 milliards d'euros en 2006 ;

Que par conséquent la sanction telle qu'elle a été fixée par le Conseil de la concurrence n'est pas disproportionnée au regard des critères généraux et individuels s'appliquant à la SNCM ;

Considérant qu'en définitive aucun des moyens présentés par la SNCM à l'appui de ses demandes d'annulation ou de réformation de la décision n'est bien fondé ;

Par ces motifs, rejette le recours de la SNCM contre la décision n° 09-D-10 rendue le 27 février 2009 par le Conseil de la concurrence et rejette en conséquence toutes les demandes de la SNCM, rejette la demande de la société Corsica Ferries tendant à faire déclarer irrecevable le recours de la SNCM ainsi que sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile, condamne la SNCM aux dépens, vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du greffier en chef de la cour, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie.

Demandeur : Société nationale maritime Corse méditerranée (Sté)
Décision attaquée : Conseil de la concurrence 27-02-2009 (Confirmation)

Mots clés :

CONCURRENCE * Conseil de la concurrence * Compétence * Pratique anticoncurrentielle * Abus de position dominante * Marché pertinent * Appel d'offres * Délégation de service public

Recueil Dalloz 2009 p. 1977

Conventionnalité de l'interdiction du port du voile islamique à l'école

Décision rendue par Cour européenne des droits de l'homme

30-06-2009
n° 14308/08

Sommaire :

La Cour estime que l'interdiction faite à la requérante de porter une tenue ou un signe manifestant une appartenance religieuse et la sanction y afférente, est constitutive d'une restriction au sens du second paragraphe de l'article 9 de la Convention.

La Cour constate en effet que l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité et que cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention ainsi qu'à la jurisprudence en la matière.

Dans ces conditions, la Cour estime que la sanction de l'exclusion définitive d'un établissement scolaire public n'apparaît pas disproportionnée. Elle constate par ailleurs que l'intéressée pouvait poursuivre sa scolarité dans un établissement d'enseignement à distance, ce qu'elle fit en l'espèce. Il en ressort que les convictions religieuses de la requérante ont été pleinement prises en compte face aux impératifs de la protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre public. Il est également clair que ce sont ces impératifs qui fondaient la décision litigieuse et non des objections aux convictions religieuses de la jeune fille.

Ainsi, eu égard aux circonstances, et compte tenu de la marge d'appréciation qu'il convient de laisser aux Etats dans ce domaine, la Cour conclut que l'ingérence litigieuse était justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé et que ce grief doit être rejeté pour défaut manifeste de fondement conformément à l'article 35, § 3 et 4, de la Convention (1).

Demandeur : Bayrak
Défendeur : France
Texte(s) appliqué(s) :
Convention européenne des droits de l'homme du 04-11-1950 - art. 9 - art. 35

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Liberté d'expression * Liberté de religion * Libre manifestation * Restriction * Foulard islamique * Etablissement public scolaire

(1) La CEDH a déclaré irrecevables cinq demandes différentes dirigées contre la France, concernant l'exclusion d'élèves de leur établissement scolaire en raison du port de signes religieux ostensibles (V. aussi CEDH 30 juin 2009, req. n° 29134/08, n° 43563/08, n° 27561/08 et n° 25463/08, www.echr.coe.int. - V. égal. CEDH 4 déc. 2008, req. n° 27058/05 et n° 31645/04, D. 2009. AJ. 103, obs. Aït-El-Kadi ; AJDA 2008. 2311 ; RTD civ. 2009. 285, obs. Marguénaud).

Recueil Dalloz 2008 p. 2003

Les blessures involontaires, une nouvelle infraction clandestine ?

Arrêt rendu par Cour de cassation, crim.

03-06-2008

n° 07-80.241 (n° 3234 F-P+F+I)

Sommaire :

Le 10 mai 2005, M. X. a porté plainte et s'est constitué partie civile pour mise en danger délibérée d'autrui et blessures involontaires, en exposant qu'il était atteint d'une leucémie myéloïde, diagnostiquée en 1998, et que cette maladie était la conséquence d'une exposition prolongée à des produits toxiques qu'il avait été amené à manipuler entre juin 1978 et 1995-1996, alors qu'il était employé au service informatique d'un établissement bancaire. Le juge d'instruction a constaté la prescription de l'action publique s'agissant des faits dénoncés sous la qualification de mise en danger délibérée d'autrui mais a dit y avoir lieu à informer du chef de blessures involontaires. Le ministère public a interjeté appel de cette décision.

Pour dire n'y avoir lieu à informer sur l'ensemble des faits dénoncés, l'arrêt a retenu que ceux visés sous la qualification de mise en danger d'autrui ont été commis entre 1978 et 1996 et qu'en l'absence de tout acte interruptif de prescription de l'action publique, ils étaient prescrits lors du dépôt de la plainte. En réponse aux articulations du mémoire faisant valoir que le délit de blessures involontaires présente un caractère continu et que la prescription n'a commencé à courir qu'à compter du 20 juillet 2004, date à laquelle le plaignant a eu connaissance du caractère dangereux de l'usage prolongé des produits auxquels il avait été exposé et du non-respect par l'employeur des règles de sécurité, les juges ont retenu, notamment, que, selon les propres indications fournies par M. X., la maladie que celui-ci attribue à son exposition professionnelle à des produits toxiques a été diagnostiquée en 1998 et que, depuis cette date, il se trouve dans l'incapacité totale de travailler. Ils ont ajouté que des certificats médicaux établis les 16 juin 2000, 30 novembre 2000 et 21 avril 2001 évoquent un lien entre la maladie et un contact prolongé avec des dérivés du glycol et du benzène. Ils en ont conclu que la partie civile était, dès cette époque, en mesure de mettre en mouvement l'action publique pour ces faits, prescrits à la date du dépôt de la plainte.

En statuant de la sorte, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application des articles 7 et 8 du code de procédure pénale (1).

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris ch. instr. 13-09-2006 (Rejet)

Texte(s) appliqué(s) :

Code de procédure pénale - art. 7 - art. 8 - art. 710

Mots clés :

PRESCRIPTION PENALE * Action publique * Point de départ * Infraction instantanée * Blessures involontaires * Mise en danger d'autrui * Leucémie myéloïde * Produit toxique

(1) La Cour de cassation fait régulièrement oeuvre créatrice à propos du point de départ de la prescription de l'action publique. Le recul de ce point de départ permet d'allonger le délai durant lequel les poursuites peuvent être enclenchées à l'encontre d'un délinquant et, partant, d'éviter son impunité.

En l'espèce, le 10 mai 2005, le demandeur au pourvoi avait porté plainte et s'était constitué partie civile pour mise en danger délibérée d'autrui et blessures involontaires, contre son ancien employeur. Il exposait qu'il était atteint d'une leucémie myéloïde, diagnostiquée en 1998. Cette maladie était, selon lui, la conséquence d'une exposition prolongée à des produits toxiques qu'il avait été amené à manipuler sur son lieu de travail. La chambre de l'instruction déclarait les faits de mise en danger, commis entre 1978 et 1996, prescrits en l'absence de tout acte interruptif de prescription. Concernant le délit de blessures involontaires, elle déclare que des certificats médicaux établis en 2000 évoquaient déjà un lien entre la maladie du plaignant et son exposition professionnelle à des produits dangereux. Dès lors, la juridiction d'appel en conclut que la victime était en mesure de déclencher l'action publique en 2000 et que son dépôt de plainte en 2005 était trop tardif, les faits étant prescrits au terme d'un délai de 3 ans, soit en 2003. Le demandeur forme deux pourvois en cassation. Le premier contre l'arrêt déclarant les infractions prescrites, et le second contre un arrêt de la chambre de l'instruction ayant procédé à une rectification matérielle. Seul le premier pourvoi sera l'objet de ce commentaire.

La chambre criminelle rejette le pourvoi et confirme la prescription des blessures involontaires. Elle se prononce au terme d'un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, elle confirme implicitement sa jurisprudence antérieure selon laquelle le délai de la prescription de l'action publique du délit de blessures involontaires commence à courir du jour de l'apparition du dommage (Crim. 22 oct. 1979, Bull. crim. n° 291 ; Gaz. Pal. 1980. 1. 373 ; Crim. 4 déc. 1990, Bull. crim. n° 413 ; RSC 1992. 80, obs. Levasseur (1) ; Versailles, 7 avr. 1998, BICC 1999, n° 267 ; D. 2000. Somm. 26 et 27, obs. Mayaud (2)). Dans cette espèce, cela signifiait que la prescription ne pouvait pas démarrer avant 1998, date du diagnostic de la maladie, même si les premiers faits remontaient à 1978. Ensuite, la Cour de cassation accueille l'argument du moyen au pourvoi, mais elle n'en déduit pas les mêmes conclusions et donc rejette le pourvoi. En effet, dans son pourvoi, le requérant exposait que « le point de départ de la prescription devait être reporté à la date à laquelle la partie civile a pu prendre conscience de l'origine de sa maladie, de son lien avec les faits dénoncés, dans des conditions lui permettant de mettre en mouvement l'action publique ». Pour le demandeur, le caractère professionnel de sa maladie n'avait été avéré qu'en 2004, et donc sa plainte, déposée en 2005, n'était pas prescrite. La Cour de cassation reprend cet argument, mais déclare que les certificats médicaux établis en 2000 affirmaient déjà un lien entre sa maladie et un contact prolongé avec des produits toxiques. Par conséquent « la partie civile était, dès cette époque, en mesure de mettre en mouvement l'action publique pour ces faits, prescrits à la date du dépôt de plainte.

Ce qui est remarquable dans cet arrêt, c'est que la Cour de cassation ne rejette pas l'argumentation juridique de la partie civile, mais rejette son pourvoi uniquement sur une question factuelle, à savoir la date des certificats médicaux reconnaissant le caractère professionnel de la maladie. Cette solution mérite l'attention, parce que la chambre criminelle consacre, pour les blessures involontaires, la possibilité de reculer le point de départ de la prescription de l'action au jour où le délit est découvert. Cette formule rappelle celle utilisée dans sa jurisprudence relative au recul du point de départ de la prescription pour les infractions d'affaires dites clandestines. Cette jurisprudence, favorable aux victimes puisqu'elle permet d'éviter l'impunité du délinquant, n'en demeure pas moins contraire aux règles de la prescription. Les blessures involontaires sont un délit instantané dont la prescription doit démarrer au jour où le délit est pleinement constitué, c'est-à-dire au jour où les dommages sont apparus. Le recul du point de départ de la prescription est, en l'espèce, contestable juridiquement, même s'il peut s'expliquer au regard de l'intérêt de la victime qui ne peut pas déclencher des poursuites tant qu'elle n'a pas établi l'existence d'une faute à l'origine de ses blessures. Cependant, il faut nuancer cette analyse puisqu'en l'espèce, le recul n'empêchait nullement l'acquisition de la prescription. Reste à savoir si une telle jurisprudence sera à nouveau appliquée à l'avenir et fera des blessures involontaires une nouvelle catégorie d'infractions clandestines. A. Darsonville

Créations protégeables : condition d'originalité et empreinte de la personnalité de l'auteur

Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ.

12-07-2006

n° 05-17.555 (n° 1282 F-P+B)

Sommaire :

Pour condamner les sociétés demanderesse en contrefaçon, pour avoir offert à la vente des petits coussins en forme de taie d'oreiller, remplis de lavande, ornés de différents motifs, reprenant les caractéristiques de ceux que la société défenderesse fait fabriquer en Extrême-Orient et qu'elle commercialise, une cour d'appel avait relevé que les sociétés en cause n'avaient produit aux débats aucune pièce permettant de remettre en cause l'originalité des combinaisons entre le coussinet de 15 cm sur 15 cm contenant un sachet de lavande et sur lequel était brodé un des quatre motifs revendiqués.

En se déterminant ainsi, sans rechercher en quoi l'oeuvre revendiquée, définie comme résultant de la combinaison d'un coussinet en forme de taie d'oreiller comportant en son centre une broderie stylisée représentant un coeur, un bouquet de marguerites ou un nénuphar, dont elle constatait par ailleurs qu'elle figurait dans un référencier très ancien du début du XX^e siècle, conditionné dans une pochette plastique transparent sur laquelle est positionné en bas et à droite un cercle doré avec l'indication « brodé main » dans la partie supérieure, l'indication « hand made » dans la partie inférieure et la marque de la société défenderesse au milieu, résultait d'un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de son auteur, seul de nature à lui conférer le caractère d'une oeuvre originale protégée, comme telle, par le droit d'auteur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 111-1 et L. 113-1 du code de la propriété intellectuelle.

Demandeur : Agnès de Réa (Sté)

Défendeur : Le Blanc (Sté)

Décision attaquée : Cour d'appel de Rouen 2^e ch. civ. 12-05-2005 (Cassation)

Texte(s) appliqué(s) :

Code de la propriété intellectuelle - art. L. 111-1 - art. L. 113-1

Mots clés :

DESSIN ET MODELE * Modèle protégeable * Condition * Originalité * Personnalité de l'auteur * Recherche * Appréciation

Recueil Dalloz 2006 p. 2020

[Retour sur le contrat de révélation de succession](#)

Arnaud Lecourt, Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur de l'Institut d'études judiciaires

**

Si la profession de généalogiste est bien cernée par le droit ⁽¹⁾, l'accomplissement de leur mission soulève certaines difficultés juridiques auxquelles les réponses n'appellent pas toujours l'évidence et qu'il est parfois utile de souligner. Leur rôle est simple. Dès qu'une personne décède et qu'aucun héritier n'est connu, ou qu'aucun ne se présente à la succession, ou encore que certains y viennent, mais que tout laisse à penser qu'il en existe peut-être d'autres, plus proches en degré, le généalogiste est requis par le notaire aux fins d'identification et de localisation des potentiels héritiers oubliés.

C'est à cette époque que le contrat de révélation de succession prend forme. Dès qu'il a acquis la certitude de la parenté dont il se propose de révéler l'information à l'héritier, le généalogiste lui propose de conclure un contrat de révélation de succession, moyennant le versement d'une rémunération pour le travail accompli et l'information secrète ainsi mise au jour.

Ce contrat atypique soulève de nombreuses difficultés que l'arrêt de la Cour d'appel de Pau du 5 décembre 2005 synthétise au terme de faits d'un grand classicisme. Une héritière, collatérale ordinaire, n'ayant plus de relation avec son neveu depuis près de vingt ans, a totalement ignoré son décès et sa vocation successorale jusqu'à ce qu'un généalogiste, mandaté par le notaire chargé du règlement de la succession, lui propose de lui révéler sa qualité de successible moyennant rémunération. Constatant le montant élevé de celle-ci, l'héritière entend, d'une part, dénoncer le contrat sur le fondement de l'absence de cause et, d'autre part, à défaut d'annulation du contrat, demander la réduction de la rémunération du généalogiste. Le juge palois répond en deux temps qui confirment les orientations prises par la jurisprudence tout en développant des éléments de fait susceptibles d'enrichir le débat. Il rejette la demande fondée sur l'absence de cause aux motifs que l'héritière n'avait aucun moyen de connaître, d'elle-même, sa qualité de successible sans l'intervention du généalogiste. Il accède à sa demande de réduction de la rémunération du professionnel, considérée comme excessive au regard du service rendu.

Cette décision place, à nouveau, au centre du débat, des questions qui se sont renouvelées au fil du temps et auxquelles on peut légitimement penser que la Cour d'appel de Pau apporte des réponses qui synthétisent la jurisprudence et la doctrine en la matière. Il n'est pas inutile de revenir sur ces interrogations. Au rejet légitime de la nullité du contrat de révélation de succession, qui permettra notamment d'en apprécier la nature (I), répond la réduction pertinente de la rémunération des généalogistes, qui donnera l'occasion de revenir sur son régime (II).

I - Le rejet légitime de la nullité du contrat de révélation de succession

La décision de la Cour d'appel de Pau offre l'occasion de revenir sur l'appréciation de la nature du contrat de révélation de succession, qu'elle identifie indirectement (A). A partir de cet instant, elle peut alors porter plus directement son appréciation sur la cause du contrat ainsi qualifié (B).

A - L'appréciation indirecte de la nature du contrat

Le contrat de révélation de succession n'est régi par aucun texte. Il n'est pas non plus envisagé par la pratique qui ne lui consacre pas de modèle type. De fait, il ressort entièrement de la liberté contractuelle des parties.

Ce contrat comporte une obligation fondamentale qui lui confère sa qualification juridique : celle de révéler à son cocontractant la succession à laquelle il est appelé à son insu. Bien souvent, ce « *noyau dur* » s'accompagne d'une obligation secondaire qui consiste à produire au cocontractant les justificatifs nécessaires à l'établissement de sa qualité d'héritier. Et, peut-il encore se greffer un troisième engagement qui tient en une représentation des héritiers dans les opérations de règlement de la succession. Ces obligations ne sont toutefois pas exclusives de ce qui constitue le « *non-dit* »

» de cette convention, à savoir que le généalogiste s'engage à faire l'avance de tous les frais de constitution du dossier et de règlement de la succession. Bien souvent, cet engagement est même beaucoup plus radical car, si le passif vient à absorber tout l'actif tout en le dépassant, le généalogiste peut s'engager à le résorber, de sorte que le cocontractant n'aura rien à déboursier, ni à avancer (2). Cependant, la rigueur des obligations du professionnel est contrebalancée par la perception, à son profit, d'une rémunération estimée en un pourcentage de la part d'actif net recueillie par le bénéficiaire de la révélation.

La Cour d'appel de Pau ne prend pas positivement position sur la nature du contrat de révélation de succession. Simplement, pose-t-elle que « dans le contrat de révélation de succession, la cause de l'obligation de l'héritier de consentir à l'abandon d'une quote-part de la succession réside dans le fait de l'informer de sa vocation à un droit successoral dont il ignorait être le bénéficiaire ». En se prononçant de la sorte, le juge palois nous donne pourtant des indications sur ce que n'est pas le contrat de révélation de succession, tout en nous laissant deviner ce que, sans doute, il est susceptible de recouvrer.

La Cour d'appel de Pau rejette, d'abord, clairement, la qualification de mandat. D'une part, elle revient sur le contenu du contrat de révélation de succession : il tient en la fourniture d'une information à un héritier potentiel. Or la qualification de mandat appliquée à ce contrat ne résiste pas à la critique. En effet, selon l'article 1984 du code civil, le mandat est « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Ce « pouvoir de faire quelque chose » est étranger au contrat de révélation de succession car, à l'époque de la conclusion de ce contrat, le généalogiste connaît déjà la qualité de son éventuel cocontractant. Par conséquent, le bénéficiaire de la révélation ne charge jamais le professionnel d'y pallier. L'essence du contrat de révélation de succession tient en la divulgation immédiate de l'information détenue par le généalogiste ; dès lors, il ne saurait se voir investi de la mission d'y procéder au nom de l'héritier potentiel (3). D'autre part, le juge palois fait très pertinemment la distinction entre l'obligation centrale du contrat de révélation de succession, qui tient donc en la fourniture d'une information, et l'éventuelle obligation secondaire contractée par le professionnel et qui consiste à représenter son client dans la succession. C'est ainsi que l'arrêt rapporté mentionne que les généalogistes ont exécuté le « mandat » qui leur a été donné « de procéder pour le compte de l'héritière à tous les actes d'administration et de disposition de nature à favoriser les opérations de liquidation et partage de la succession ». C'est dire que le juge palois prend soin de séparer le contrat de révélation de succession du contrat de mandat qui se noue distinctement de lui, pour un autre objet. Or il est traditionnel, en matière juridique, que la qualification du contrat accessoire n'ait aucune incidence sur la nature du contrat principal, qui n'opère pas mutation en mandat.

La cour d'appel rejette ensuite nettement la qualification de contrat d'entreprise.

Cette analyse est louable. L'article 1787 du code civil nous indique que le contrat d'entreprise est une convention par laquelle « on charge quelqu'un de faire un ouvrage ». Le maître de l'ouvrage va ainsi requérir de l'entrepreneur qu'il exécute à son bénéfice, moyennant rémunération, un travail indépendant. On retrouve bien ici la notion de fourniture qui anime également le contrat de révélation de succession. La comparaison s'arrête cependant bien vite si l'on prend soin de remarquer que, comme le mandat, le contrat d'entreprise ou le contrat de fourniture est essentiellement tourné vers une tâche à accomplir et non sur un travail déjà effectué, comme c'est le cas dans la convention de révélation de succession. Quand le professionnel propose à l'héritier de lui révéler cette qualité, son travail est déjà consommé puisqu'il a découvert que son potentiel cocontractant est bien un successeur.

L'arrêt sous examen délivre, là encore, une analyse pertinente de la situation en estimant que le fait que le généalogiste doit produire des justificatifs, destinés à étayer la preuve de la qualité d'héritier de son cocontractant, ne permet pas d'assimiler cette obligation secondaire à l'obligation fondamentale du contrat de révélation de succession. Autrement dit, même si cette obligation accessoire peut revêtir les habits du contrat d'entreprise, le contrat principal, qui porte sur la divulgation, n'est pas contaminé par cette qualification. En effet, on comprend indirectement que la Cour de Pau rejette cette qualification de contrat d'entreprise quand elle souligne, éléments temporels à l'appui, que les généalogistes « ont pris contact [avec l'héritière] le jour même où le notaire leur a confié par écrit une mission de recherche des héritiers [...] la lettre de mission [n'ayant] en fait été que la confirmation de celle qui leur avait été antérieurement et verbalement donnée et pour laquelle un support écrit était devenu nécessaire avant toute proposition de conclusion d'un contrat de révélation de succession ». Tournée vers l'avenir, la qualification de contrat d'entreprise ne peut donc convenir à une convention de révélation de succession... tournée vers le passé.

Selon la proposition d'un auteur, il est alors sans doute permis de voir dans le contrat de révélation de succession un contrat de vente (4). Cela n'aurait rien d'absurde si l'on prend le temps de concevoir que le transfert de l'information détenue par le généalogiste peut s'apparenter à la livraison d'une chose contre un paiement, conformément à l'article 1582 du code civil. L'idée n'est pas nouvelle (5) ; elle est assurément novatrice.

Les obstacles à cette qualification ne sont pas négligeables. D'une part, le contrat de révélation de succession, en tant que tel, n'opère pas un transfert de propriété d'un bien ou, plus généralement, d'une chose, mais d'une information. D'autre part, on peine à concevoir les garanties que le généalogiste aurait à assumer postérieurement à la délivrance de l'information secrète. Comment appliquer à cette notion la garantie des vices cachés ou la garantie contre l'éviction ? Par ailleurs, si ces garanties sont légales dans le droit de la vente, elles ne sont que contractuelles dans le contrat de révélation de succession : le généalogiste ne devra la garantie contre l'éviction, par exemple, que si la convention la prévoit expressément.

Ces arguments ne nous paraissent pas décisifs dans le contrat de révélation de succession. Au contraire, la forte pénétration des biens immatériels dans le droit privé français autorise que l'on examine sous un jour nouveau la qualification de contrat de vente appliquée au contrat de révélation de succession. Car, en effet, ce contrat emporte bien le transfert (ou la livraison selon le texte de l'article 1582 du code civil) d'un bien. La divulgation comporte ainsi, nécessairement, le transfert de la propriété de l'information jusqu'alors tenue secrète par le généalogiste au bénéficiaire de la convention. Il ne fait aucun doute que la propriété peut asseoir son empire sur d'autres biens que les meubles corporels ou les immeubles ; la montée en puissance de l'immatériel dans la société juridique démontre chaque jour que le transfert de propriété peut également porter sur des droits, des créances, un usufruit, qui sont autant de choses immatérielles sur lesquelles il est cependant permis de détenir une propriété.

Dès lors, il est évident que le généalogiste, détenteur de « droits sur l'information dont il est l'auteur » (6), a tout loisir d'en céder la propriété au bénéficiaire de la convention de révélation de succession. La Cour d'appel de Pau ne dit rien d'autre quand elle affirme que le recours aux professionnels était nécessaire, sans quoi l'existence de la succession ne serait jamais parvenue à la connaissance de l'héritier. Ce sont les termes « existence » et « connaissance » qui laissent à penser que l'on est bien en présence du transfert de propriété d'un secret essentiel à la qualification du contrat. Or ce transfert s'effectue immédiatement et en contrepartie d'un prix, comme dans la vente. Surtout, le fait que les généalogistes doivent ensuite, à titre secondaire, assurer l'héritier de son titre par le truchement de justificatifs suffit à éclairer un peu plus la situation : n'est-ce pas là, finalement, une forme de garantie des vices cachés et de préservation contre l'éviction ?

B - L'appréciation directe de la cause du contrat

L'existence de la cause dans le contrat de révélation de succession, malgré le peu de décisions en la matière, reste

cependant une question récurrente à laquelle doivent faire face les tribunaux. L'héritier est, en effet, souvent tenté de remettre en cause la validité du contrat au vu de la rémunération importante demandée par le généalogiste. L'absence de cause est une voie qui s'offre à lui pour essayer d'obtenir la nullité du contrat de révélation de succession. Elle n'est pas la seule.

L'arrêt sous examen le rappelle, qui s'attache à expliquer que « *le contrat encourt la sanction de la nullité pour absence de cause lorsque l'existence de la succession serait normalement parvenue à la connaissance de l'héritier sans l'intervention d'un généalogiste qui aurait donc été inutilement chargé de démarches à cette fin* ».

Pour dire les choses autrement, il est évident que le recours au généalogiste ne se conçoit véritablement que si le secret à divulguer est bien réel (7). La solution est naturellement inverse si l'héritier avait la possibilité de connaître, par ses propres investigations, sa qualité de successeur, ou, encore, si d'autres personnes qu'un généalogiste avaient connaissance de la situation et pouvaient en informer utilement l'héritier (8), ces personnes incluant le notaire lui-même qui, s'il avait bien voulu y consacrer plus de temps, aurait fini par le localiser (9).

La Cour d'appel de Pau reprend ce cheminement. En posant que l'existence de la cause doit se constater au jour de la conclusion du contrat de révélation de succession, elle admet l'utilité du recours aux généalogistes, après avoir constaté, d'une part, l'absence d'entretien d'un quelconque lien entre l'héritier et le *de cujus* pendant plus de vingt ans, alors même qu'ils habitaient dans la même commune, et, d'autre part, l'impossibilité pour l'héritier de découvrir, de son propre chef, sa vocation successorale à l'égard de ce membre de la famille. Le juge palois établit également que si le notaire avait bien quelques connaissances approximatives lui permettant d'établir, non sans mal, la dévolution successorale dans la ligne paternelle, il était constaté qu'il ne bénéficiait d'aucune information quant à l'établissement de la ligne maternelle, pour laquelle la succession a finalement été dévolue à l'héritière retrouvée en tant qu'unique collatérale ordinaire dans le degré successible autorisé.

A défaut de pouvoir obtenir l'annulation du contrat sur le fondement de l'absence de cause, l'héritier aurait, sans doute, pu agir par le truchement du droit de la consommation en excipant du fait que son consentement n'avait pas été librement donné. La Cour d'appel de Pau n'aborde logiquement pas ce point qui reste hors des moyens des parties. Il aurait cependant été pertinent (10).

II - La réduction pertinente de la rémunération des généalogistes

Le juge palois ordonne la réduction de la rémunération des professionnels alors, d'une part, qu'elle est forfaitairement fixée, ce qui n'a pas toujours été sans poser de difficultés, et, d'autre part, en détaillant les services rendus par eux, ce que ne caractérisaient que très rarement les jurisprudences antérieures. De fait, l'arrêt sous examen autorise un retour sur l'absence d'aléa dans le contrat de révélation de succession (A) sur lequel il prend nettement position, tout en laissant subsister quelques interrogations (B).

A - La démonstration de l'absence d'aléa

La question s'est longtemps posée de savoir si le contrat de révélation de succession était ou non un contrat aléatoire. De la réponse apportée à cette interrogation découlaient le régime juridique applicable à la convention, et, notamment, le point de savoir si la rémunération du généalogiste était ou non susceptible de réduction. En effet, l'aléa chassant la lésion, il devenait impossible pour le juge de procéder à une réduction des honoraires de ce professionnel (11). Cependant, ce débat ne correspond plus, à notre sens, à la réalité.

D'une part, dans bien des cas, lorsque les généalogistes sont contactés par le notaire, ils détiennent une parfaite connaissance de la succession concernée et de son potentiel patrimonial. L'arrêt rapporté nous en donne la preuve, les généalogistes contactant l'héritière « *le jour même où le notaire leur a confié la mission de recherche des héritiers* ». L'aléa est donc très souvent éliminé du contrat dès l'origine car l'étendue de la prestation ne dépend plus guère du hasard.

D'autre part, il faut se résoudre à comprendre qu'il n'est sans doute pas de l'essence du contrat de révélation de succession d'être un contrat aléatoire (12). A bien l'observer, ce contrat ne comporte qu'une seule obligation fondamentale : celle de divulguer un secret moyennant un prix. A proprement parler, le généalogiste n'est tenu d'aucune autre contrainte légale. Et si, par diverses stipulations contractuelles, il peut s'engager à assumer d'autres tâches, et notamment celle de couvrir le passif qui se présenterait, en lieu et place de l'héritier, ce n'est que sa volonté propre qui génère du risque et en aucun cas le « *noyau dur* » du contrat de révélation de succession. C'est dire que, selon les mots d'un auteur, le contrat sera aléatoire ou non « *selon ce que les parties auront voulu* ». Dès lors, si l'activité du généalogiste peut être aléatoire, le contrat ne l'est pas lui-même.

La Cour de cassation a fini par se rallier à cette position (13), comme la Cour d'appel de Pau : « *La rémunération du généalogiste, même prévue de manière forfaitaire en pourcentage de l'actif dévolu à l'héritier et accepté par ce dernier, peut, en application de l'article 1134 du code civil, donner lieu à réduction par le juge si elle apparaît excessive au regard du service rendu.* »

Par ailleurs, en énonçant clairement que les généalogistes « *ne se sont pas heurtés à des obstacles particuliers pour la recherche de la qualité d'héritière [...] et à laquelle ils ont abouti avec une certaine rapidité dans la mesure où les diligences à accomplir auprès des administrations concernées se sont limitées à un périmètre géographique restreint à la ville de Pau et aux communes avoisinantes [...]* », le juge palois laisse entendre que le service rendu restait fort modeste et qu'il ne justifiait sans doute pas qu'une rémunération soit fixée à hauteur de 30 % de l'actif net, peu important le montant final de la succession. L'arrêt sous examen ne revient pas directement sur le caractère aléatoire ou non du contrat de révélation de succession, mais il permet toutefois de comprendre, en filigrane, que les recherches des généalogistes comportaient fort peu d'aléas en raison de la proximité des réponses et de leur certitude s'agissant de personnes vivant dans la même ville depuis leur naissance.

B - Les interrogations subsistantes

En réalité, si la solution de la Cour d'appel de Pau est très louable, le fondement qu'elle propose à son appui ne saurait contenter la communauté des juristes. Par ailleurs, d'autres questions purement techniques restent en suspens.

Pourquoi retenir l'article 1134 du code civil qui, s'il est lu strictement, aboutit en fait à consacrer une solution absolument inverse à celle dégagée par la cour paloise ? Ce texte ne laisse, en effet, aucune place à un pouvoir judiciaire de réduction. Il aurait été nettement plus pertinent de fonder la solution sur l'article 1134, alinéa 3, du code civil, la bonne foi contractuelle venant au secours de l'héritier abusé. Ce fondement sert déjà d'instrument de correction du contrat dans un nombre si important de conventions que l'on ne voit pas pourquoi le juge semble si hésitant à l'idée de lui octroyer une place dans ce type de contrat. Car la Cour de cassation, en 1998, n'a pas apporté d'autres précisions que la Cour d'appel de Pau en 2005.

Pourquoi, surtout, n'avoir pas utilisé l'article 1135 du code civil selon lequel « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité [...] donne à l'obligation [...]* ». Les arrêts du 1er décembre 1995 sur le prix octroyé au juge le pouvoir d'en contrôler la fixation et d'en sanctionner l'abus sur ce fondement ; l'hypothèse de la rémunération du contrat de révélation s'inscrit dans la même logique.

Par ailleurs, si l'héritier découvert est un mineur et que son tuteur conclut à sa place le contrat de révélation de succession, celui-ci est-il en mesure de s'acquitter de sa dette envers le généalogiste en se dépossédant d'une quote-part de sa succession ? La Cour de cassation a fermement indiqué qu'il s'agissait là d'un acte grave de disposition qui exigeait l'accord du conseil de famille (14). Il faut en déduire que si la rémunération consiste en une somme d'argent, la solution est la même, l'article 457 du code civil ainsi que l'article 389-5 du même code autorisant cette solution.

L'arrêt sous examen relève, par ailleurs, que la rémunération consiste en une quote-part de la succession, avant de la chiffrer précisément au regard du montant de l'actif net de la succession. La référence à la « *quote-part de la succession* » ne va pas sans soulever des problèmes importants. En effet, que faut-il entendre par là ? Serait-ce à dire que les généalogistes vont percevoir, en lieu et place de l'héritier, qui des meubles, qui des immeubles de la succession en nature ? Ce tiers à la famille deviendrait ainsi une sorte de co-indivisaire des biens de l'hérédité. Autant de questions qui n'appellent pas de réponses évidentes en l'absence de jurisprudence en la matière, mais qui laissent deviner les problèmes éventuels auxquels, demain, les juges pourraient être confrontés.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Révélation de succession * Contrat d'honoraires * Absence de cause * Rémunération excessive * Révision judiciaire

(1) La jurisprudence contemporaine a permis une évolution de la situation des généalogistes, désormais considérés comme des agents d'affaires : CA Paris, 1er mai 1937, DH 1937, p. 368 ; CE, 16 févr. 1948, JCP 1948, II, 4346.

(2) TGI Paris, 25 nov. 1974, Gaz. Pal. 1975, 2, p. 663.

(3) Rouast, La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes, JCP 1954, I, 1179.

(4) L. Leveneur, Une application du concept de bien-information : pour un renouvellement de l'approche du contrat de révélation de succession, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 771, spéc. p. 778.

(5) T. civ. Châteaudun, 26 janv. 1949, JCP 1949, II, 4848, note Laruier.

(6) L. Leveneur, art. préc., p. 779.

(7) CA Douai, 31 mars 1983, Juris-Data, n° 042072 ; CA Bourges, 27 août 1987, *ibid.*, n° 044979 ; CA Bordeaux, 6 déc. 1990, *ibid.*, n° 050287.

(8) Cass. 1re civ., 18 avr. 1953, D. 1953, p. 403 ; JCP N 1953, p. 7761 ; pour la succession d'Arletty : Cass. 1re civ., 25 mars 1997, pourvoi n° 95-15.702, inédit, où des témoignages avaient permis d'établir la parenté avec certitude.

(9) CA Paris, 24 janv. 1990, JCP N 1993, p. 36.

(10) Depuis un arrêt du 30 déc. 1996, la Cour de cassation attire, en effet, l'activité de généalogiste dans le droit de la consommation, au grand dam des professionnels du secteur. Sans revenir sur ce débat bien connu, il faut remarquer que, dans l'arrêt sous examen, les généalogistes avaient entamé les discussions en vue de conclure le contrat en « *prenant contact* » avec l'héritière le jour même où le notaire leur a confié, par écrit, la mission de recherche d'héritiers. Cette démarche laisse entendre que les professionnels avaient sollicité l'héritière, de sorte que cette dernière, par l'acception large que fait la jurisprudence de la notion de démarchage, pouvait sans doute agir sur le fondement du droit de la consommation. - V. A. Giudicelli, Le contrat de révélation de succession entre dans le champ d'application de la législation sur le démarchage à domicile, sous Cass. crim., 30 oct. 1996 et CA Paris, 18 juin 1997, Rev. sc. crim. 1998, p. 122 (15), et du même auteur, Contrat de révélation de succession : suite, sous Cass. 1re civ., 5 mai 1998, *ibid.* p. 113 (16) ; B. Bouloc, Démarchage à domicile, RTDcom 1997, p. 337 (17) ; J. Hauser, Nature juridique d'un contrat de révélation de succession, sous Cass. 1re ci., 10 mars 1998, RTDciv. 1998, p. 656 (18).

(11) Cass. 1re civ., 17 avr. 1956, D. 1956, p. 427 ; JCP N 1956, p. 9314 ; CA Agen, 25 juin 1997, Juris-Data, n° 043843.

(12) Sur ce point, V. L. Leveneur, Les honoraires des généalogistes sont-ils susceptibles de révision juridique ?, JCP N 1999, p. 24.

(13) Cass. 1re civ., 5 mai 1998, D. 1998, IR p. 145 (19) ; Dalloz Affaires 1998, p. 1170, obs. V. A.-R. ; Defrénois 1998, art. 36860, n° 106, obs. Delebecque ; JCP 1998, I, 177, obs. Labarthe.

(14) Cass. 1re civ., 10 mars 1998, Dr. fam. 1998, n° 80, note Fossier ; Defrénois 1998, p. 1403, note Massip ; D. 1998, IR p. 91 (20) ; RTD civ. 1998, p. 656, obs. J. Hauser, préc.

Recueil Dalloz 2005 p. 1997

La publicité trompeuse n'implique pas une activité lucrative

Arrêt rendu par Cour de cassation, ass. plén.

08-07-2005

n° 97-83.023 (n° 529 P)

Sommaire :

Aucune disposition de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973, n'écarte de son champ d'application les associations à but non lucratif, dès lors qu'elles proposent un bien ou un service. (1)

Demandeur : Pascolini

Décision attaquée : Cour d'appel de Bordeaux 3^e ch. corr. 29-04-1997 (Cassation)

Texte(s) appliqué(s) :

Code de la consommation - art. L. 121-1

Loi n° 73-1193 du 27-12-1973 - art. 44-1

Mots clés :

(1) La question posée quant au fond de l'affaire était de savoir si le délit de publicité de nature à induire en erreur implique que la publicité soit diffusée à des fins lucratives ?

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà donné à l'article L. 121-1 du code de la consommation une interprétation extensive. Elle prend en considération le caractère général des dispositions légales pour en déduire leur application aux situations les plus diverses et notamment à tous les auteurs de messages publicitaires, qu'ils soient commerçants ou non commerçants, associations à but non lucratif ou simples particuliers (V. notamment Cass. crim., 23 janv. 1979, Bull. crim., n° 32 ; Cass. crim., 23 janv. 1992, Bull. crim., n° 26. - V. aussi CA Paris, 24 mars 1982, D. 1982, Jur. p. 486, note G. Paire ; CA Paris, 9 juill. 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, Jur. p. 151).

Dans la même affaire que celle ayant donné lieu à la décision d'Assemblée plénière ici rapportée, la Chambre criminelle, dans la continuité de cette jurisprudence, avait ainsi affirmé que « constitue une publicité au sens de l'article 44-I de la loi du 27 décembre 1973, devenu l'article L. 121-1 du code de la consommation, tout moyen d'information permettant de se faire une opinion sur le bien ou le service offert par l'annonceur ; qu'il n'importe que la publicité ne soit pas diffusée à des fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial » (Cass. crim., 6 mai 1998, Rev. science crim. 1999, p. 113, obs. Giudicelli ; RJDA 1998, n° 1165).

C'est encore cette interprétation que privilégie, sur avis conforme de l'avocat général M. Mouton (disponible sur www.courdecassation.fr), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation alors que la doctrine était partagée sur cette question (V. les auteurs cités par le rapporteur M. Laurans : www.courdecassation.fr). Mais, en l'espèce, les Hauts magistrats considèrent qu'aucun service au sens de l'article L. 121-1 du code de la consommation n'était proposé par le tract incriminé.

E. Chevrier

Recueil Dalloz 2004 p. 2145

L'action en comblement pour insuffisance d'actif relève du tribunal qui a ouvert la procédure

Caroline Henry

*

**

La Chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 5 mai 2004 (D. 2004, Jur. p. 1796, note J.-L. Vallens) précise que l'action en comblement pour insuffisance d'actif, dirigée contre le dirigeant, étranger (d'une société de droit belge), relève de la compétence du tribunal qui a ouvert la procédure et écarte la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 (JOCE C 27, 26 janv. 1998).

Cette solution est d'une grande importance car la question de la compétence du tribunal en matière d'action en comblement de l'insuffisance d'actif en présence d'un élément d'extranéité est renouvelée en raison de la conjonction de divers facteurs. Le premier tient de l'art. L. 624-3 c. com. qui gomme les spécificités de l'action telle que définie par l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967. Le second résulte de l'entrée en vigueur du règlement CE n° 1346-2000 du 29 mai 2000 (D. 2000, Lég. p. 374 ; JOCE L 160, 30 juin 2000) relatif aux procédures d'insolvabilité en Europe qui vient compléter la Convention de Bruxelles dite de Bruxelles I, transformée en Règlement CE n° 44-2001 du 22 déc. 2000 (D. 2001, Lég. p. 440 ; JOCE L 12, 16 janv. 2001).

L'alternative est la suivante : soit l'action en comblement est une action en responsabilité spéciale, intimement liée à la procédure collective et elle est exclue du domaine d'application matériel de la Convention et du règlement de Bruxelles I ; soit elle est une simple action en responsabilité et relève de l'art. 5-3 de la Convention et du Règlement de Bruxelles I.

En l'espèce, la société Rewah, ayant son siège social en Belgique, récusait la compétence des juridictions françaises pour la condamner partiellement au comblement de l'insuffisance d'actif de la société française Européenne d'humidité mise en liquidation judiciaire. Elle estimait applicable la Convention de Bruxelles à la simple action en responsabilité que constitue l'action en comblement. Rejetant le pourvoi, la Chambre commerciale affirme que l'action en comblement est étroitement liée à la procédure car elle a pour effet de contraindre les dirigeants au paiement de tout ou partie des dettes sociales et que son produit entre dans le patrimoine de la personne morale pour être affecté, selon le cas, au redressement de l'entreprise ou au désintéressement des créanciers. Par conséquent, le tribunal compétent est celui qui a ouvert la procédure.

La spécificité de l'action en comblement était évidente dans le cadre de l'art. 99 de la loi de 1967 et justifiait la solution posée par la Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt *Gourdain* du 22 févr. 1979 (aff. 133/78, Rec. p. 733, concl. Reischl ; Rev. crit. DIP 1979, p. 657, note J. Lemontey ; Rev. sociétés 1980, p. 526, note Bismuth ; Gaz. Pal. 1979, 1, p. 207, note Georges-Etienne ; V. Jenard, Rapport sur la convention, JOCE C 59, 5 mars 1979, p. 12) qui, par une interprétation autonome des notions visées par la Convention de Bruxelles, excluait du champ d'application l'action en comblement aux motifs qu'elle entrait dans le domaine de la faillite. Dans cette décision, la CJCE posait deux critères pour exclure l'application de la convention : premièrement, l'action doit dériver directement de la faillite, c'est-à-dire qu'elle dépend de l'ouverture préalable d'une procédure collective à l'encontre de la personne morale et, deuxièmement, elle doit s'insérer étroitement dans le cadre de cette procédure (pour une application de ces critères par les juridictions françaises, A. Huet, JDI 1992, p. 187).

Implicite, la Cour de cassation vérifie ces deux conditions. Elle analyse l'action en comblement mettant en évidence son lien avec la procédure. La responsabilité pour insuffisance d'actif sanctionne des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif et imputables au dirigeant. Le lien de causalité entre les fautes de gestion et le passif, contrairement à l'affirmation du pourvoi, est caractérisé par la cour d'appel. Le produit de l'action est affecté au paiement des dettes sociales afin de désintéresser les créanciers. Le point de départ du délai de prescription qui est de trois ans à compter du jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire pourrait être ajouté. La Cour de cassation a été précédée dans cette analyse par l'Oberlangericht de Hamm (Allemagne) qui, le 26 févr. 1993, avait considéré que l'action en comblement était rendue dans le cadre d'une faillite telle que visée par l'art. 1er, al. 2, de la Convention de Bruxelles (art. 1er, al. 2, Règl. CE n° 44-2001 désormais) pour l'exclusion de son champ d'application (J. Gruber, L'action en comblement de passif et l'article 1er, alinéa 2, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Petites affiches 1995, n° 52, p. 4). L'analyse de la nature juridique de l'action en comblement confirme ces solutions jurisprudentielles (J.-P. Gastaud, Le comblement de l'insuffisance de l'actif social, Colloque CRAJEFF des 22-23 mars 1991, *L'application de la loi du 25 janvier 1985 - Bilan*, Petites affiches, 26 juill. 1991, p. 26 ; F. Derrida, Le procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, D. 2001, Chron. p. 1377 ; J.-P. Sortais, Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif, *Mélanges P. Bezaud*, Petites affiches-Montchrestien, 2002, p. 321). Certes, elle est une action en responsabilité, mais elle garde des particularités suffisantes pour rester liée à la procédure collective dans laquelle elle s'inscrit. Elle a perdu de son originalité après les modifications apportées par la loi du 25 janv. 1985 ce qui explique le refus de cumul avec l'action en responsabilité de droit commun. Cependant, elle constitue un régime spécial, dérogatoire au droit commun, qui ne retrouve son empire qu'en présence d'un préjudice distinct du préjudice collectif des créanciers.

Son application doit donc être ajustée à celles des autres actions en responsabilité en fonction de leurs spécificités respectives notamment en droit fiscal et en droit pénal (J.-P. Sortais, *op. cit.*). Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises renforce la spécificité de l'action en comblement en limitant son application aux liquidations et en affectant son produit au règlement des créanciers (exposé des motifs de la loi Bruxelles 1 et art. 143 de la loi transformant l'art. L. 624-3 en l'art. L. 651-2 c. com.). Cette originalité posée, la Convention de Bruxelles I devait être écartée.

Une difficulté demeure à cause du silence de la Cour de cassation sur les textes internationaux éventuellement applicables. Le Règlement n° 44-2001 reprend à l'identique les termes de l'art. 1er, al. 2, de la Convention ne changeant pas les données du problème. En revanche, l'entrée en vigueur, le 31 mai 2002, du Règlement n° 1346-2000 qui renvoie en ce qui concerne l'exécution et la reconnaissance des décisions expressément à la Convention de Bruxelles I change les relations entre ces textes et étend le champ d'application de la Convention (Circ. du 17 avr. 2003, pt 5). Si l'action en comblement est exclue du domaine de la Convention de Bruxelles, la question se pose de savoir si le Règlement n° 1346-2000 est applicable. Or ce dernier ne vise que les procédures fondées sur l'insolvabilité du débiteur (art. 1-1) ce qui semble exclure la sanction que constitue l'action en comblement (J.-L. Vallens, La mise en oeuvre du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité : questions de procédure, D. 2003, Chron. p. 1421 ; J. Deharveng, Présentation de la circulaire du ministre français de la Justice pour la mise en oeuvre du Règlement du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité, Petites affiches 2003, n° 248, p. 29 ; F. Melin, *La faillite internationale, Système droit*, LGDJ, 2004, p. 116, n° 95). A défaut de textes communautaires, il convient, en application de l'art. 44 du Règlement n° 1346-2000 qui précise que les traités internationaux bilatéraux conclus entre les différents Etats membres restent en vigueur pour les matières auxquelles le règlement ne se réfère pas (sur l'abrogation partielle, C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit international privé*, LGDJ, 2001, p. 35 ; Cass. com. 1er oct. 2002, Rev. crit. DIP 2003, p. 109, note D. Bureau, spéc. p. 112), de s'intéresser au traité Franco-belge de 1899. Pas plus que les autres textes, ce dernier ne contient pas de dispositions propres à l'action en comblement. L'art. 163 du décret du 27 déc. 1985 s'impose donc comme l'avait déjà jugé la Cour de cassation le 14 mars 2000 (Cass. com. 14 mars 2002, Bull. July 2000, p. 600, § 132, note M. Menjuq) pour donner, comme le répète la Chambre commerciale le 5 mai 2004, compétence exclusive au tribunal de la procédure collective de la société dont le dirigeant est condamné même s'il s'agit d'une société de droit belge.

Mots clés :

REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES * Dirigeant social * Comblement de passif * Compétence * Dirigeant de nationalité étrangère

Recueil Dalloz 2003 p. 2004

Peut-on donner un nom de Château à un vin d'AOC ne provenant pas de ce château ?

**Arrêt rendu par Cour d'appel de Bordeaux
3^e ch. corr.**

20-05-2003
n° [XBOR200503X]

Sommaire :

Aucune permission de la loi ne vient dispenser du respect cumulatif des deux exigences de l'article 13, 4°, du décret du 19 août 1921 pour faire usage loyal et exempt de tromperie du terme « château » sur les récipients, les étiquettes, les documents commerciaux et publicitaires concernant les vins, à savoir un produit bénéficiant d'une appellation d'origine et un produit provenant d'une exploitation agricole existant réellement.

*
**

Texte intégral :

Par actes en date du 9 mai 2001 reçus au secrétariat-greffe du Tribunal de grande instance de Bordeaux, le prévenu et Ministère public ont relevé appel d'un jugement contradictoire, rendu par ledit tribunal le 7 mai 2001, à l'encontre de V... Yves Paul Marie poursuivi comme prévenu d'avoir à S...-L... entre le 21 novembre 1995 et le 10 décembre 1997, trompé sur l'origine, les qualités et l'identité de la marchandise.

Sur l'action publique : - A déclaré le prévenu coupable des faits reprochés ; A condamné V... Yves à une amende délictuelle de 60 000 francs, soit 9 146, 94 €, pour l'infraction de tromperie sur la nature, la qualité, l'origine ou la quantité d'une marchandise ;

Sur l'action civile : - A déclare la constitution de partie civile de l'Institut national des appellations d'origine « INAO », recevable et régulière en la forme ;

A condamné V... Yves à payer à la partie civile : - la somme de 100 000 francs soit 15 244, 9 € à titre de dommages et intérêts, - la somme de 1 500 francs, soit 228, 67 € en application de l'article 475-12 du code de procédure pénale

Sur ces appels et selon citations de Monsieur le Procureur Général, l'affaire a été appelée à l'audience publique du 10 septembre 2002. A ladite audience la Cour a renvoyé l'affaire contradictoirement pour les parties à l'audience du 17 décembre 2002. A ladite audience la Cour a renvoyé l'affaire contradictoirement pour les parties à l'audience du 18 mars 2003. A ladite audience la Cour étant composée de Monsieur Besset, Président, Monsieur Minvielle et Monsieur Berthomme, Conseillers, assistée de Madame Belingeri, Greffier,

Le prévenu a comparu et son identité a été constatée ; Monsieur le Conseiller Berthomme a fait le rapport oral de l'affaire ; Le prévenu a été interrogé ; Maître Cavalie, avocat, a développé les conclusions de la partie civile. Monsieur le Substitut de Monsieur le Procureur Général a été entendu en ses réquisitions ; Maître Marconi, avocat, a présenté les moyens d'appel et de défense du prévenu ; Le prévenu a eu la parole en dernier ;

Sur quoi,

Le Président a informé les parties présentes que l'affaire était mise en délibéré à l'audience publique du 13 mai 2003. A ladite audience, Le Président a donné lecture de la décision suivante : A ladite audience, Le Président a informé les parties présentes que le délibéré était prorogé à l'audience publique du 20 mai 2003 ; La Cour statue sur les appels interjetés le 9 mai 2001 par le prévenu Yves V... et par le Ministère public contre le jugement contradictoire rendu le 7 mai 2001 par le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux.

Les appels sont réguliers et recevables pour avoir été interjetés dans les formes prévues par l'article 502 du Code de procédure pénale et dans les délais impartis par les articles 498 et 500 du même code. Le prévenu, régulièrement cité à domicile le 10 juin 2002 (accusé de réception signé le 12 juin 2002) pour la première audience du 17 septembre 2002,

comparaît assisté de son avocat et la décision sera contradictoire à son égard. L'Institut national des appellations d'origine (INAO), partie civile, régulièrement cité le 21 novembre 2002 pour la deuxième audience du 17 décembre 2002, ne comparaît pas mais il est représenté par son avocat qui rappelle que l'INAO est recevable en sa constitution de partie civile en indemnisation du préjudice dû à l'utilisation frauduleuse du terme « château » pour le vin vinifié à partir de vendanges achetées en dehors de l'exploitation désignée et il sollicite la confirmation de la décision déferée outre la consommation du prévenu à une somme complémentaire de 1 000 € pour l'appel sur le fondement de l'article 475-1 du Code Procédure Pénale.

Le Ministère public souligne qu'à trois reprises, en novembre 1995, en mai 1996 et en mars 1997, le prévenu a vendu sous le nom de Château La Fleur de Reignac à partir de vendanges achetées à des producteurs voisins donnant droit à la même appellation Bordeaux Supérieur, mais pour lesquelles l'utilisation du terme « château » n'était plus autorisée. Pour sa défense, le prévenu a invoqué une erreur de secrétariat ou l'ignorance de cette réglementation d'utilisation du terme « château ». Si l'erreur de secrétariat a pu être vraisemblable pour une opération unique, elle ne l'est plus pour des faits réitérés en 1995, 1996 et 1997. L'ignorance de la réglementation ne peut être un moyen de défense admissible pour un professionnel du vin. Tout au plus, peut-on distinguer la vente du millésime 1995 au Savour Club pour laquelle l'étiquetage portant la mention « château » a été réalisé par le client à partir de la fiche fournie par le vendeur. Pour les deux ventes suivantes à la société SOCAV en 1996 et 1997, en revanche, l'étiquetage et la mise en bouteilles ont eu lieu au Château de Reignac même, et le vendeur n'a pu ignorer l'utilisation des termes « Château La Fleur de Reignac » présents sur les étiquettes des bouteilles. Aussi le Ministère public requiert-il la confirmation de la décision déferée.

L'avocat du prévenu plaide la relaxe. En toute hypothèse, il dit irrecevable la constitution de partie civile de l'INAO, mal fondé en ses demandes. Il tient à souligner que le prévenu n'a nullement cherché à obtenir un prix supérieur en invoquant une appellation d'origine à laquelle le vin vendu n'aurait pas eu droit. En l'espèce, au contraire, le vin rouge vendu pour du Bordeaux supérieur est bien un vin rouge de cette appellation. Reprenant les conclusions d'une consultation du Professeur Eric Agostini, il souligne que seuls les vins autres que les appellations d'origine contrôlée (AOC) sont privés du bénéfice de la dénomination « château ». Il demande en conséquence que soit réformée la décision des premiers juges et prononcée la relaxe d'Yves V....

Motifs de la décision

Les faits et leur constatation : - Par une enquête commencée le 10 décembre 1995 à S...-L... au Château de Reignac et terminée par procès-verbal de constat de délit dressé le 1^{er} septembre 1997 établi à la fois par trois agents de la Direction de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et par deux agents de la Direction des Douanes et droits Indirects, ont été établis les faits suivants. Pour les vendanges 1994, 1995 et 1996, la SCI Château de Reignac, ayant planté 12 hectares de vignes nouvelles ne produisant pas de vendange, a été amenée à acheter des raisins à d'autres viticulteurs voisins, exploitant des vignes ayant droit à l'appellation d'origine contrôlée Bordeaux Supérieur. Pour pouvoir les vinifier dans les chais de l'exploitation viticole, connue sous le nom principal de « Château Reignac » et sous le deuxième nom de « Château La Fleur de Reignac », le gérant de la SCI, Yves V... a été amené à prendre la position fiscale de négociant vinificateur et à déclarer régulièrement les achats de vendanges. Le vin rouge vinifié à ce titre, agréé par l'INAO en appellation d'origine contrôlée Bordeaux Supérieur provenant d'exploitations extérieures, a été vendu à deux clients du 21 novembre 1995 au 26 mars 1997 : - Savour Club sélection : 870 hl La Fleur de Reignac, millésime 1994, selon confirmation de commande du courtier Bureau C... du 31 octobre 1995, - Sovac Bergerac : - 600 hl La Fleur de Reignac, millésime 1995, selon confirmation de commande du Bureau C... du 20 mai 1996, ayant fait l'objet de quatre factures de septembre 1996, - 520 hl La Fleur de Reignac, millésime 1996, selon confirmation de commande du Bureau C... du 24 mars 1997, ayant fait l'objet d'une facture unique du 26 mars 1997. Les transactions concernaient un vin AOC Bordeaux Supérieur dénommé « Château La Fleur de Reignac », ce qui désigne l'exploitation gérée par la SCI Château de Reignac et les vins qui en sont issus. La notion de « château » repose sur celle d'exploitation viticole, entité autonome. Aussi, selon la réglementation, pour indiquer le nom de l'exploitation où le vin a été obtenu, le terme « château » ne peut être utilisé qu'à condition que le vin provienne exclusivement de raisins récoltés dans les vignes faisant partie de cette même exploitation viticole et que la vinification ait été effectuée dans cette exploitation. Les raisins achetés par la SCI Château de Reignac, dont le gérant est Yves V..., n'étaient pas produits sur son exploitation. Leur vinification dans les chais de la SCI Château de Reignac ne confère pas au vin qui en est issu le droit d'être qualifié du nom de celle-ci. Relevant que la qualification de « Château La Fleur de Reignac » pour les vins issus de raisins produits et récoltés sur des exploitations sans lien juridique avec celle de la SCI Château de Reignac constituait le délit de tromperie sur l'origine, la nature ou la qualité d'une marchandise, prévu et réprimé par l'article L. 213-1 du code de la consommation, les cinq rédacteurs ont dressé contre Yves V..., gérant de la SCI, le procès-verbal de constat de délit du 1^{er} septembre 1999 qui fonde les poursuites.

En effet, l'article 13 (4°) du décret modifié du 19 août 1921 dispose : « Est interdit, en toute circonstance et sous quelque forme que ce soit, notamment sur les récipients et emballages, sur les étiquettes, cachets ou autres appareils de fermeture, dans les papiers de commerce, factures, catalogues, prospectus, prix courants, enseignes, affiches, tableaux-réclames, annonces et tout autre moyen de publicité, l'emploi, en ce qui concerne les vins [...] :

4° Des mots tels que [...], château, domaine, ainsi que de toute autre expression analogue, sauf lorsqu'il s'agit de produits bénéficiant d'une appellation d'origine et provenant d'une exploitation agricole existant réellement et, s'il y a lieu, exactement qualifiée par ces mots ou expressions. »

Après transmission le 13 septembre 1999 du procès-verbal et de ses annexes, le Procureur de la République qui l'a reçu le 26 octobre 1999, a demandé une nouvelle audition d'Yves V..., mis en cause ainsi que de Gilbert C..., courtier ayant servi d'intermédiaire pour les ventes. L'audition d'Yves V... a eu lieu le 27 novembre 1999. Yves V... y reprend l'explication de la replantation de 12 hectares de vignes et de l'achat de vendanges de Bordeaux Supérieur pour les récoltes 1994, 1995 et 1996 ainsi que sur les bordereaux de confirmation de transactions établis par le Bureau C..., courtier, n'est pas la mention « Château La Fleur de Reignac », il affirme : « L'acheteur ne pouvait donc pas ignorer qu'il s'agissait d'un vin de négoce ou tout du moins qu'il y avait un doute sur l'utilisation du nom de château ». L'audition de Gilbert C... a eu lieu le 12 avril 2000. Il confirme qu'il a ignoré, au moment des ventes des millésimes 1994, 1995 et 1996 au Savour Club Sélection et à la société Socav de Bergerac la provenance des raisins vinifiés. Il admet avoir appris par la suite cette provenance. Il n'a jamais vu les étiquettes utilisées lors de la mise en bouteilles du vin vendu. Il précise que la mise en bouteilles du millésime 1994 s'est faite en Bourgogne, au siège du Savour Club Sélection pour la vente la plus ancienne. Pour les deux autres ventes à la société Socav, concernant les millésimes 1995 et 1996, il n'a pas vu les étiquettes non plus, mais la mise en bouteille ayant eu lieu sur Château de Reignac, il pense qu'Yves V... et son régisseur ont dû avoir connaissance des étiquettes utilisées.

Le Tribunal de grande instance de Bordeaux a été saisi par citation délivrée le 23 janvier 2001, sur cédula de citation du 29 décembre 2000.

L'action publique et les éléments constitutifs de la tromperie

Le prévenu ne fournit à l'audience aucune contestation sur les éléments de faits et de procédure rappelés ci-dessus. Il ne discute pas non plus les éléments constitutifs du délit de tromperie sur l'origine, les qualités et l'identité de la

marchandise vendue, défini à l'article L. 213-1 du code de la consommation. Toute l'argumentation en défense prend appui sur la réglementation, tant en droit interne qu'en droit communautaire, de l'utilisation du terme « château » pour désigner une exploitation viti-vinicole ainsi que le vin provenant d'une telle exploitation.

. Droit interne : - Fondant son argumentation sur l'avis contenu dans une consultation écrite établie le 5 avril 2001 par Eric Agostini, Professeur Agrégé des facultés de droit et avocat à la Cour, le prévenu fait plaider qu'il se trouve dans l'une des hypothèses, visées par l'article 122-4 du nouveau code pénal, de permission de la loi ayant valeur de fait justificatif de l'utilisation du terme « château » non conforme aux règles de l'article 13 (4) du décret du 19 août 1921 modifié. Or, pour parvenir à une telle analyse, la consultation du Professeur Agostini fait une lecture non pertinente du texte de l'article 10 d'une loi du 6 mai 1919, modifiée par une loi plus récente du 1^{er} janvier 1930, selon lequel « est interdit dans la dénomination des vins n'ayant pas droit à une appellation d'origine [...] l'emploi de mots tels que [...] château [...] ainsi que tout autre expression susceptible de faire croire à une appellation d'origine ».

Soulignant que ce texte, introduit le 8 juillet 1998 dans le code rural, a été confirmé par la dernière loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999 et, toujours en vigueur, figure au second alinéa de l'article 641-17 du code rural, le professeur Agostini l'interprète comme restreignant l'application de l'article 13 (4^o) du décret du 19 août modifié puisqu'il soutient « qu'il n'y est aucunement question d'exiger une autonomie culturelle » (page 3 de son avis). Or, le texte de l'article 13 (4^o) du décret de 1921 interdit l'utilisation du terme de « château » sauf lorsque sont cumulées deux conditions :

- « - il s'agit de produits bénéficiant d'une appellation d'origine ;
- provenant d'une exploitation agricole existant réellement ».

En négligeant totalement la deuxième condition, le professeur Agostini ose soutenir que toute utilisation du terme de « château » serait toujours justifiée par permission de la loi pour désigner un vin d'appellation d'origine contrôlée, qu'il provienne ou non de la propriété sous le nom de laquelle il est commercialisé, le Professeur Agostini en vient à priver de toute substance réelle et de tout principe effectif une quelconque réglementation des appellations d'origine. En effet cela revient à interdire toute sanction pénale des professionnels trompant les consommateurs sur l'origine véritable du produit vendu et à restreindre la protection du consommateur à son information que tel produit appartient aux produits d'appellation d'origine contrôlée, tout en rendant ce contrôle de plus en plus difficile, dès lors qu'aucune sanction pénale ne vient punir le mensonge sur l'exploitation qui l'a produit.

Aucune permission de la loi ne vient dispenser du respect cumulatif des deux exigences de l'article 13, 4^o, du décret du 19 août 1921 pour faire usage loyal et exempt de tromperie du terme « château » sur les récipients, les étiquettes, les documents commerciaux et publicitaires concernant les vins : - un produit bénéficiant d'une appellation d'origine, - un produit provenant d'une exploitation agricole existant réellement.

En réalité, l'article 10 de la loi du 6 mai 1919, repris à l'article 641-17 du code rural, édicte une interdiction spéciale d'utilisation « astucieuse » du terme « château » pour étiqueter un vin qui n'appartiendrait pas aux vins d'appellation d'origine contrôlée tout en s'abstenant de mentionner faussement « AOC ». Un tel texte n'a nullement pour effet de restreindre les exigences de l'article 13 (4^o) du décret du 19 août 1921.

. Droit communautaire : - Un autre texte, l'article 6 du règlement (CEE) n° 3201/90 de la Commission du 16 octobre 1990 subordonne l'utilisation des termes « château » et « domaine » à la « condition que le vin provienne exclusivement de raisins récoltés dans les vignes faisant partie de cette même exploitation viticole et que la vinification ait été effectuée dans cette exploitation ».

Aussi l'avis du Professeur Agostini mentionne : « Toutefois l'honnêteté impose de reconnaître que le droit communautaire complique largement le tableau », puis : « *A priori* donc le droit communautaire confirme le décret de 1921 et condamne la loi de 1930 puisqu'il exige l'autonomie culturelle et permet à chaque Etat membre de réserver l'utilisation de « château » à une catégorie de vins, comme les vins d'AOC » (page 4 *in limine* et *in fine*).

Reprenant à tort ici son affirmation que l'article 10 de la loi du 6 mai 1919 modifiée emporterait restriction dans l'application de l'article 13 (4^o) du décret du 19 août 1921 modifié au point d'en abroger la deuxième condition précédemment examinée, le Professeur Agostini affirme que deux textes, celui de la loi n° 98-565 du 8 juillet 1998, introduisant dans le code rural l'article 10 de la loi du 6 mai 1919, et celui de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, confirmant le texte précédent, sont deux textes législatifs français postérieurs au règlement communautaire qui en contredit le teneur. S'il admet qu'il n'en résulte pas abrogation du règlement communautaire, le Professeur Agostini soutient qu'il s'agit de deux textes de droit positif français que le prévenu peut invoquer comme permission de la loi. Cela revient à écrire une deuxième fois ici, sous prétexte d'exposer le droit communautaire applicable, mais toujours à tort, que l'article 10 de la loi du 6 mai 1919 modifiée, dont ce n'est pas l'objet, abrogerait la deuxième condition imposée par l'article 13 (4^o) du décret du 19 août 1921 : un produit provenant d'une exploitation agricole réellement existante.

En réalité, comme l'a exactement rappelé le procès-verbal dressé le 1^{er} septembre 1999, les éléments légaux du délit de tromperie sur l'origine, les qualités substantielles et l'identité de la marchandise prévu et réprimé par l'article 213-1 du code de la consommation sont, en matière d'utilisation irrégulière du terme de « château » pour désigner un vin, ceux de l'article 13 (4^o) du décret du 19 août 1921 modifié ainsi que ceux de l'article 6 du règlement CEE n° 3201/90 du 16 octobre 1990.

Les éléments matériels, non discutés par la défense, sont les constatations de ce procès-verbal de constat de délit. L'élément intentionnel, non évoqué lors des débats est parfaitement caractérisé par les déclarations les plus récentes du prévenu, faites le 27 novembre 1999 : « La Fleur de Reignac et non pas le Château La Fleur de Reignac [...] Tous les bordereaux du bureau C... portent le nom de La Fleur de Reignac et non pas le nom du Château La Fleur de Reignac. Une partie seulement des factures ont été libellées en Château La Fleur de Reignac. L'acheteur ne pouvait donc ignorer qu'il s'agissait d'un vin de négoce ou tout du moins qu'il y avait un doute sur l'utilisation du nom de château ». (cote A 37)

Une telle déclaration de la part du prévenu qui tente d'affirmer une erreur de secrétariat ou une ignorance de la réglementation démontre qu'il la connaît parfaitement et qu'il est un professionnel avisé mais de mauvaise foi.

Il convient de confirmer le jugement en ce qu'il l'a déclaré coupable du délit de tromperie sur l'origine, les qualités substantielles et l'identité de la marchandise vendue. S'agissant d'un prévenu qui n'a pas commis de délit dans les cinq dernières années, il convient de reformer la décision entreprise et de prononcer contre lui une peine d'amende délictuelle de 5 000 €.

L'action civile : - Le prévenu souligne qu'il a bien vendu du vin rouge d'appellation d'origine contrôlée Bordeaux Supérieur sous cette qualité exacte. Aussi, en l'absence de toute usurpation d'appellation d'origine, il conteste la recevabilité de constitution de partie civile de l'INAO ainsi que son bien-fondé.

La partie civile ne répond pas sur ce point, se bornant à rappeler que, selon l'article L. 641-6 du code rural, elle est

recevable à agir dans les mêmes conditions que les syndicats professionnels pour la défense des intérêts directs et indirects dont elle a la charge. L'INAO, établissement public ayant en charge la défense et la protection des appellations d'origine contrôlées, est recevable en sa constitution de partie civile relative à des faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif dont il a la charge et il convient de confirmer sur ce point le jugement déféré. Affirmant subir un préjudice moral du simple fait des délits commis en matière de tromperie portant atteinte au renom ou à la notoriété des appellations d'origine contrôlées, l'INAO dit assimiler l'utilisation irrégulière du terme « château » à une « discrimination » injustifiée entre professionnels et à un « discrédit » porté au système d'AOC et à affirmer sans souci d'en justifier, un préjudice exclusivement moral, pour partie préjudice général à tout le système d'AOC national, pour partie spécial à l'AOC Bordeaux Supérieur, mais évalué selon le barème d'évaluation appliqué par son conseil permanent aux cas d'usurpation d'une AOC. En cela, l'INAO propose une évaluation très exagérée de son préjudice puisqu'elle revient à dire que l'irrégularité dans l'utilisation du terme « château » est aussi préjudiciable que l'usurpation frauduleuse d'une AOC pour un vin qui n'y aurait pas eu droit. En l'espèce, les faits établis sont que le vin rouge vendu avait été parfaitement et loyalement qualifié de vin rouge d'AOC Bordeaux Supérieur. L'évaluation proposée par l'INAO ne peut donc être accueillie et la Cour évalue à 5 000 € son préjudice moral résultant de l'utilisation irrégulière du terme de château pour désigner un vin vinifié dans l'exploitation du prévenu mais à partir de raisins ne provenant pas de cette exploitation. Il sied d'allouer en outre à l'INAO une somme de 600 € à titre d'indemnité de procédure sur le fondement de l'article 475-1 du Code de procédure pénale.

Par ces motifs, la cour, après avoir délibéré conformément à la loi, statuant publiquement et par arrêt contradictoire, déclare les appels recevables,

Sur l'action publique, confirme le jugement entrepris sur la déclaration de culpabilité d'Yves V..., réformant sur la peine, condamne Yves V... à une peine d'amende délictuelle de cinq mille euros (5.000 €),

Sur l'action civile, déclare recevable en sa constitution de partie civile l'Institut national des appellations d'origine (INAO), réformant le jugement entrepris, condamne Yves V... à lui payer la somme de cinq mille euros (5 000 €) à titre de dommages-intérêts pour le préjudice moral subi, dit que la contrainte par corps s'appliquera dans les conditions prévues aux articles 749 et 750 du code de procédure pénale, le condamne en outre à payer à l'INAO la somme de six cent euros (600 €) sur le fondement de l'article 475-1 du code de procédure pénale,

La présente décision est assujettie à un droit fixe de procédure de cent vingt euros (120 €) dont est redevable chaque condamné par application de l'article 1018 A du code général des impôts.

Et le présent arrêt est signé par Monsieur Bernard Besset, Président et par Madame Belingheri, Greffier présent lors du prononcé.

Décision attaquée : Tribunal de grande instance de Bordeaux 07-05-2001 (Réformation)

Texte(s) appliqué(s) :

Décret du 19-08-1921 - art. 13

Mots clés :

VIN * Appellation d'origine contrôlée * Château * Dénominations différentes * Exploitation existant réellement

Recueil Dalloz 2002 p. 2329

Affaire Chronopost : un coup pour rien ?

Arrêt rendu par Cour de cassation, com.

09-07-2002

n° 99-12.554 (n° 1413 FP-P)

Sommaire :

Viole l'art. 1150 c. civ., l'art. 8 de la loi n° 82-1153 du 30 déc. 1982 et les articles 1^{er} et 15 du contrat type messagerie, une cour d'appel qui, pour déclarer inapplicable le contrat type messagerie, retient que le contrat litigieux comporte une obligation particulière de garantie de délai et de fiabilité qui rend inapplicable le droit commun du transport, alors qu'elle a réputé non écrite la clause limitative de responsabilité du contrat pour retard de livraison, ce qui entraînait l'application du plafond légal d'indemnisation que seule une faute lourde du transporteur pouvait tenir en échec.

*
**

Texte intégral :

LA COUR : Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 22 oct. 1996, bulletin n° 261), qu'à deux reprises, la Sté Bancheureau a confié à la Société française de messagerie internationale (SFMI), un pli destiné à l'office national interprofessionnel des viandes, de l'élevage et de l'agriculture en vue d'une soumission à une adjudication de viande ; que ces plis n'ayant pas été remis au destinataire le lendemain de leur envoi, avant midi, ainsi que la SFMI s'y était engagée, la Sté Bancheureau n'a pu participer aux adjudications ; qu'elle a assigné la SFMI en réparation de son préjudice ; que celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée ;

Sur le premier moyen : - Attendu que la Sté Chronopost qui vient aux droits de la SFMI, reproche à l'arrêt d'avoir dit que son engagement s'analyse en une obligation de résultat, alors, selon le moyen, que si les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour interpréter la convention des parties en présence de plusieurs stipulations qu'il y a lieu de rapprocher, c'est à la condition de prendre en considération toutes ces stipulations ; qu'en faisant purement et simplement abstraction de la clause des conditions générales de la Sté Chronopost précisant que cette société s'engage à déployer tous ses efforts pour livrer ses clients dans les délais, dont la Sté Chronopost faisait valoir qu'elle était caractéristique d'une simple obligation de moyens, la cour d'appel a dénaturé par omission les stipulations contractuelles en violation de l'art. 1134 c. civ. ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui s'est bornée à appliquer la doctrine de la Cour de cassation, n'a pas encouru le grief du moyen ; que celui-ci est irrecevable ;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche : - Vu l'art. 1150 c. civ., l'art. 8, paragr. II de la loi n° 82-1153 du 30 déc. 1982 et les art. 1^{er} et 15 du contrat type messagerie, établi par décret du 4 mai 1988, applicable en la cause ; - Attendu que pour déclarer inapplicable le contrat type messagerie, l'arrêt retient que le contrat comporte une obligation

particulière de garantie de délai et de fiabilité qui rend inapplicable les dispositions du droit commun du transport ; - Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir décidé que la clause limitative de responsabilité du contrat pour retard à la livraison était réputée non écrite, ce qui entraînait l'application du plafond légal d'indemnisation que seule une faute lourde du transporteur pouvait tenir en échec, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la deuxième branche du deuxième moyen et sur le troisième moyen, casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 janv. 1999, entre les parties, par la Cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Rouen ; - Condamne la Sté Bancheureau aux dépens ; - Vu l'art. 700 NCPC, rejette la demande de la Sté Bancheureau ; - Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ; - Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du neuf juillet deux mille deux.

Demandeur : Chronopost (Sté)

Défendeur : Bancheureau (Sté)

Décision attaquée : Cour d'appel de Caen Ch. réunies 05-01-1999 (Cassation)

Texte(s) appliqué(s) :

Code civil - art. 1150

Loi n° 82-1153 du 30-12-1982 - art. 8

Mots clés :

RESPONSABILITE CIVILE * Responsabilité contractuelle * Clause limitative de responsabilité * Obligation essentielle * Obligation de résultat * Contrat-type

Recueil Dalloz 2001 p. 2351

Fixation du point de départ du délai de prescription : une péripétie plutôt qu'un événement

Gabriel Roujou de Boubée

*

**

L'arrêt commenté (auquel il faut joindre deux autres arrêts dans le même sens, Cass. crim., 19 oct. 1999, Dr. pén. 2000, Comm. n° 35 et 10 nov. 1999, Dr. pén. 2000, Comm. n° 58 ; D. 2000, IR p. 52 ) a été abondamment et savamment commenté (V. not. les notes de M. Ohl, JCP 2000, II, n° 10386 et de notre collègue Robert, Dr. pén. 2000, Comm. n° 17). Mais peut-être lui a-t-on accordé plus d'importance qu'il n'en a. Ramené, en effet, à un schéma simple le développement de la jurisprudence paraît être à ce jour le suivant :

Première étape : l'arrêt du 7 déc. 1967, (D. 1968, Jur. p. 617, note J. M. R.) dans lequel la Chambre criminelle étend à l'abus de biens sociaux la solution dégagée depuis une trentaine d'années pour l'abus de confiance (Cass. crim., 4 janv. 1935, Gaz. Pal. 1935, 1, p. 353) : le point de départ du délai de prescription de l'action publique est fixé « au jour où le délit est apparu et a pu être constaté » ; en l'espèce des prélèvements abusifs avaient été dissimulés en comptabilité et révélés seulement à l'occasion d'une expertise comptable.

Deuxième étape : l'arrêt du 10 août 1981 dans lequel la Chambre criminelle complète la formule initiale : le point de départ du délai est fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté « dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » (Gaz. Pal. 1981, 2, p. 696, note J. C. ; Rev. sociétés 1983, p. 369, note Bouloc). A vrai dire, ce membre de phrase supplémentaire, qui se voulait une précision, n'est pas lui-même dépourvu d'une certaine ambiguïté : quelles sont au juste ces conditions qui permettent l'exercice de l'action publique ? Comme l'a fort bien montré notre collègue Rebut (V. Rép. pén. Dalloz, v° *Abus de biens sociaux*, n° 180), elles sont réunies lorsque le délit est parvenu à la connaissance des personnes habilitées à déclencher l'action publique, c'est-à-dire le ministère public et les victimes. Ainsi, dans l'arrêt de 1981, le délit n'avait été connu que des seuls comptables, ce qui n'avait pas fait courir le délai.

Troisième étape (mais est-ce vraiment une étape supplémentaire ?) : l'arrêt rapporté. Dans l'affaire considérée le prévenu avait invoqué que les paiements indus à lui reprochés et constitutifs d'abus de biens sociaux avaient été portés au bilan de la société et que, par conséquent, dès la communication de ce bilan, ils étaient apparus aux associés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Or, la cour d'appel n'avait pas répondu sur ce point aux conclusions dont elle était saisie et c'est donc un défaut de réponse à conclusions qui lui est reproché.

En réalité, la Chambre criminelle ne revient nullement sur sa jurisprudence antérieure. Elle veille seulement à sa mise en oeuvre. Ceci dit, les exigences posées en 1981 ne peuvent être satisfaites que si les écritures communiquées aux associés leur permettent vraiment de déceler l'existence des opérations irrégulières et de décider en connaissance de cause de déclencher ou non l'action publique.

Mots clés :

SOCIETE * Infraction * Abus de biens sociaux * Prescription * Point de départ * Motivation

Recueil Dalloz 2000 p. 308

Sur une même propriété le prospect entre bâtiments doit être prévu par le plan

Arrêt rendu par Conseil d'Etat

10^e et 7^e s.-sect. réun.

30-12-1998

n° 172317

Sommaire :

Si l'art. R. 123-1 c. urb. a prévu que « le règlement doit édicter, en fonction des situations locales, les prescriptions relatives à l'implantation des constructions par rapport... aux autres constructions », il ne résulte pas de ces dispositions que les auteurs d'un plan d'occupation des sols ne pourraient, sans les méconnaître, omettre de définir les règles relatives à l'implantation des constructions les unes par rapport aux autres sur une même propriété.

Demandeur : Barbe
Décision attaquée : Tribunal administratif de Versailles 23-05-1995 (Annulation partielle)
Texte(s) appliqué(s) :
Code de l'urbanisme - art. R. 123-1

Mots clés :
URBANISME * Plan d'occupation des sols * Implantation de constructions * Même propriété * Règle * Précision obligatoire

Recueil Dalloz 1998 p. 273

Expiration du délai de la garantie financière

Arrêt rendu par Cour de cassation, 3e civ.

19-07-1995
n° 93-12.536

Sommaire :

Une cour d'appel, qui constate que le second avis de la cessation de garantie a été publié dans la presse le 21 mai 1982, et qui n'a pas à procéder à une recherche inopérante sur le point de départ du délai de réclamation, en déduit exactement que la garantie financière, accordée à un syndicat de copropriété, a cessé le 24 mai 1982, à minuit, et qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des versements effectués par les copropriétaires après cette date.

Demandeur : Syndicat coprop. résidence Lyautey à Caen
Défendeur : SOCAF
Décision attaquée : Cour d'appel de Caen 1^{re} ch. civ. et com. 19-01-1993 (Rejet)
Texte(s) appliqué(s) :
Décret n° 72-678 du 20-07-1972 - art. 44

Mots clés :
COPROPRIETE * Syndic * Garantie financière * Cessation * Créance garantie

Recueil Dalloz 1997 p. 230

L'obligation aux dettes des associés d'une société créée de fait ne peut résulter que de leurs actes personnels en qualité d'associés ou de leur immixtion dans les actes conclus par celle-ci

Jean-Claude Hallouin

*

**

La lecture de l'arrêt commenté (*Dr. sociétés* 1997, n° 25, obs. T. Bonneau ; *Bull. Joly* 1997, p. 149, note P. Serlooten) laisse un sentiment partagé. Ce qui est jugé, c'est-à-dire la cassation et ses motifs, est parfaitement clair et cohérent. Mais des éléments annexes ou complémentaires rendent perplexes.

Le clair est relatif à l'obligation aux dettes des associés d'une société créée de fait.

Depuis la loi de 1978, la société en participation peut indifféremment être occulte ou ostensible et la société créée de fait se voit appliquer les règles prévues pour la société en participation (art. 1873 c. civ.). Ces deux sociétés ne sont pas dotées de la personnalité morale puisque par hypothèse elles ne sont pas immatriculées. Pour l'obligation aux dettes, le principe est que chaque associé traite en son nom personnel et est seul engagé (art. 1872-1, al. 1^{er}, c. civ.). Mais la loi a prévu trois exceptions (M. Jeantin, *Rép. sociétés Dalloz*, v° *Participation [société en]*, n° 131 s. ; J. Derruppé, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 44-C, n° 40 s.). Tous les associés peuvent tout d'abord être tenus s'ils ont agi « en qualité d'associés au vu et au su des tiers » (art. 1872-1, al. 2, c. civ.). Cette formule a été employée dans le dessein de viser l'hypothèse d'une révélation de la société par les associés (J. Derruppé, *op. cit.*, n° 41). Ensuite certains associés peuvent être tenus si par leur immixtion ils ont laissé croire au cocontractant qu'ils s'engageaient à son égard (art. 1872-1, al. 3, c. civ.). Enfin si l'engagement a tourné au profit d'un associé, il est tenu (art. 1872-1, al. 3, c. civ.). Dans tous les cas il y a solidarité si la société est commerciale, absence de solidarité si elle est civile.

En l'espèce, il s'agissait d'une société anonyme qui avait été constituée pour réaliser des opérations immobilières mais que l'on avait tardé à immatriculer. Avant immatriculation une convention pour la construction d'un immeuble avait été conclue avec des tiers. Des malfaçons s'étant produites, les cocontractants agissent contre tous les associés. Ils obtiennent gain de cause devant les juges du fond. L'arrêt d'appel est cassé sous le visa de l'art. 1872-1, al. 2.

Ce visa est important. Il signifie que la cassation a été prononcée parce que les juges du fond avaient condamné solidairement tous les associés alors qu'ils n'avaient pas constaté qu'ils avaient agi « en qualité d'associés au vu et au su des tiers ». Bien que le reste de l'arrêt puisse prêter un peu à équivoque, il fait donc, à juste titre, la distinction entre les différentes hypothèses d'obligation aux dettes des associés, étant entendu que, puisque les règles sont communes à la société en participation et à la société créée de fait, on s'efforcera de préciser les particularités que l'on peut rencontrer lorsqu'on est en présence d'une société créée de fait.

Si la société est révélée, tous les associés sont obligés. Rappelons au passage que la société créée de fait comme la société en participation peut être révélée à certains tiers et pas à d'autres. Mais à quelles conditions une société créée de fait peut-elle être révélée ? Le problème tient à ce qu'il ne faut pas confondre la révélation avec la simple connaissance par les tiers de l'existence de la société. Il ne suffit pas que les tiers se rendent compte de l'existence d'une société, il faut que les associés aient décidé de se présenter tous en qualité d'associé ou qu'ils aient permis au gérant de le faire (Pétel, *La révélation aux tiers de la société en participation*, *JCP éd. E* 1987, I, n° 16369). Lorsque la société est créée de fait, il n'y a pas eu de manifestation expresse de volonté pour créer la société. L'existence de la société est déduite des relations de fait qui existent entre les intéressés. Il est donc *a priori* difficile de faire apparaître la volonté de révéler la société. Il ne faut pourtant pas exclure cette possibilité. Depuis longtemps la jurisprudence estime que la révélation peut résulter d'un simple acte ou d'un comportement, par exemple l'utilisation d'une raison ou d'une signature sociale. La pratique des sociétés créées de fait, notamment en vue de certains résultats fiscaux, peut conduire à rencontrer ce genre de situation, même si l'on peut se demander alors si l'on est en présence d'une société créée de fait ou d'une société en participation, ce qui de toute manière n'a pas d'incidence pour la question évoquée. Dans l'arrêt commenté, il s'agissait (sous réserve des précisions qui seront apportées *infra*) d'une société en formation qui avait « dégénéré » en société

créée de fait. Dans un tel cas, l'utilisation de la dénomination de la future société ne doit pas conduire à elle seule à considérer qu'il y a révélation car tous les associés n'y ont pas forcément consenti pour l'activité constitutive de la société créée de fait. Il faudrait donc que cette utilisation, au-delà de la seule activité de la société en formation, ait été décidée par tous les associés. Ce sera rare, si bien qu'en pratique ce n'est pas l'art. 1872-1, al. 2, qui sera le plus fréquemment utilisé mais plutôt l'art. 1872-1, al. 3.

Ce texte dit : lorsque par son immixtion, un associé a laissé croire au cocontractant qu'il s'engageait à son égard, il est obligé avec l'associé qui traitait en principal. La notion d'immixtion a toujours été définie largement. On a pu dire que l'acte d'immixtion est celui par lequel le participant dévoile sans équivoque sa qualité d'associé (J. Derruppé, *op. cit.*, n° 43). Dans la société créée de fait, l'exemple le plus simple et le plus net est celui de la participation à l'activité au vu et au su des tiers. Cela conduit à relever que dans le cas particulier de la société en formation qui a « dégénéré » en société créée de fait, *a priori* se sont les seuls associés qui ont participé à l'activité qui pourront être obligés (T. com. Paris, 7 avr. 1992, *RJDA* 1992, n° 915). Les autres ne pourraient l'être que si un acte particulier d'immixtion était établi.

Enfin un associé, en vertu aussi de l'art. 1872-1, al. 3, peut être tenu d'un engagement si celui-ci a tourné à son profit. On sait que par cette disposition le législateur de 1978 a voulu briser la jurisprudence qui écartait le jeu de l'enrichissement sans cause, et ce bien que les raisons de la jurisprudence soient formellement bonnes (A. Picand-L'Amézec, L'obligation des associés en participation envers les tiers, *Rev. sociétés* 1990, p. 567, spéc. n° 8 s. ).

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, ce troisième moyen n'était pas envisagé. L'apport de l'arrêt, qui reprend des attendus qui figuraient déjà dans un arrêt de 1987 (Cass. com., 15 juill. 1987, *Rev. sociétés* 1988, p. 70, note P. Didier ; *RTD com.* 1988, p. 67, obs. C. Champaud et P. Le Floch ; *JCP éd. E* 1988, II, n° 15090, note P. Pétel), est de rappeler que si tous les associés d'une société créée de fait (mais la solution vaut aussi pour les sociétés en participation) doivent être tenus d'une dette contractée pour le fonctionnement de la société, il faut soit que la société ait été révélée, soit que tous les associés aient fait preuve d'immixtion.

Tout ceci est clair. Le moins clair est relatif à la qualification de la situation et à un avatar procédural évoqué dans l'arrêt.

Bien que la situation de fait décrite semble tout à fait rentrer dans ce qui est fréquemment qualifié de société créée de fait, l'expression n'est jamais employée dans l'arrêt. Et la cassation étant prononcée sous le visa de l'art. 1872-1, al. 2, c. civ., seule l'expression société en participation apparaît dans le motif de droit. Est-ce à dire qu'une société que l'on tarde à immatriculer deviendrait une société en participation ? Il ne le semble pas. L'absence de l'expression société créée de fait est plutôt à mettre au compte de la rédaction du pourvoi et de la volonté de la Cour de cassation de répondre sur le seul terrain utile : peu importe que la situation ait été qualifiée de société créée de fait ou de société en participation puisque la règle applicable est la même. D'ailleurs lorsqu'on lit attentivement l'arrêt il apparaît que la situation n'est qualifiée ni de société en participation, ni de société créée de fait. Si cette lecture est bonne, il est permis de considérer que sur ce point l'arrêt ne change rien à l'état antérieur du droit. Une société en formation « dégénère » en société créée de fait à partir du moment où des actes d'exploitation importants et de manière durable sont accomplis qui dépassent ce qui est nécessaire à la formation (Cass. com., 17 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n° 151 ; *D.* 1989, *IR* p. 185 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 32, note Sortais  ; 20 nov. 1990, *Bull. civ. IV*, n° 296 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 71  ; *D.* 1990, *IR* p. 299  ; *Bull. Joly* 1991, p. 204, note P. Le Cannu).

Par ailleurs, le rappel de la chronologie des faits fait apparaître que la société a été mise en redressement judiciaire le 26 mai 1988 et immatriculée le 30 mai suivant. Jusqu'à plus ample informé, mais la Cour de cassation n'était pas saisie de la question, une procédure de redressement judiciaire ne peut être ouverte que contre une personne (J.-C. Hallouin, Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires, *JCP éd. E* 1989, II, n° 15416).

Mots clés :

SOCIETE * Société créée de fait * Associé * Obligation aux dettes * Acte personnel * Immixtion

Recueil Dalloz 1996 p. 247

Justifié, donc irresponsable.

Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces.

Eric Lepointe

**

Lorsque, dans les mois qui suivirent la publication de l'avant-projet « définitif » de code pénal en 1978, M. Léauté, membre éminent de la commission de révision, était interrogé en privé sur le sort que semblait réserver celle-ci à la distinction traditionnelle entre faits justificatifs et causes subjectives d'impunité, il répondait en substance et avec une certaine malice : « Tout cela n'est-il pas du pareil au même ? Au fond, ce qui compte, c'est le résultat, c'est-à-dire la non-punissabilité ». C'est avec un amical et déférent esprit de contradiction que nous avons alors dénoncé une « tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs » (1), formule qui était inspirée d'un commentaire de M. Pradel (2). Rappelons que les membres de la commission de 1974 exprimaient l'opinion que la distinction traditionnelle entre les faits justificatifs et ce qu'ils décrivait comme des « causes d'irresponsabilité subjective » n'avait plus de raison d'être, « dès lors que la répression était axée sur la personne du délinquant et qu'il convenait [...] d'examiner sa position personnelle au regard des causes d'irresponsabilité » (3).

La menace était réelle, mais elle ne paraissait pas incontournable. Il est vrai, d'abord, que la notion de non-punissabilité (avant-projet, chap. II : « La personne non punissable ») faisait davantage référence au résultat, à ce que la commission décrivait elle-même comme « la portée pratique de l'institution », qu'aux mécanismes susceptibles d'y concourir. La commission avait bien exposé, dans son commentaire, que les causes de non-punissabilité n'étaient en réalité que des causes d'irresponsabilité, mais cette opinion n'avait pas encore force de loi, et la porte restait ouverte à différentes lectures de cette partie du projet. D'autre part, la rédaction des art. 40 et s. révélait une petite différence d'écriture qui pouvait être exploitée. Alors que les art. 40 (trouble psychique), 41 (contrainte) et 42 (erreur de droit) de l'avant-projet faisaient plutôt référence à un état personnel, les art. 43 (état de nécessité), 44 (légitime défense) et 45 (ordre de la loi et commandement de l'autorité légitime) faisaient plutôt référence à l'accomplissement des actes susceptibles d'être justifiés. On retrouvait là un air de parenté avec la distinction classique entre les causes subjectives et les causes objectives d'impunité. Des accommodements, en tout cas, paraissaient possibles. A lire de près les art. 122.1 et s. du nouveau code, on retrouve cette même différence d'écriture. Tantôt la formule « n'est pas pénalement responsable » est ciblée sur la personne, sur l'état de celle-ci (art. 122.1, 122.2, 122.3), tantôt elle fait référence, au-delà de la personne, à l'acte dont l'accomplissement est justifié (art. 122.4 et s., l'art. 122.8 étant ici laissé de côté). Par contre, le cadre de l'impunité est cette fois catégoriquement tracé, au livre I, titre II (« De la responsabilité pénale »), chapitre II : « Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité ». Il ne s'agit plus d'une référence à la portée pratique de l'institution, mais d'une référence on ne peut plus claire au mécanisme théorique de l'impunité, qui apparaît ainsi le même dans tous les cas. Voici donc confondues des notions dont la grande majorité de la doctrine aurait pu jurer de bonne foi,

la veille encore du jour d'entrée en vigueur du nouveau code, que tout les opposait, ou presque.

La plupart des ouvrages récents de droit pénal général qui prennent en compte le nouveau code n'en ont pas renié pour autant les distinctions traditionnelles. Le défi est précisément là : comment réduire les faits justificatifs à des causes d'irresponsabilité dont on a enseigné depuis des décennies que, sous diverses appellations (causes de non-imputabilité, causes subjectives d'impunité, causes de non-responsabilité), elles avaient une nature et un régime très différents ? Certains, il y a plus de trente ans, s'étaient déjà essayés à cet exercice périlleux, avec un succès mitigé. Mais c'était un choix doctrinal, qui avait la vertu de la différence, en contrepartie de quelques risques. Désormais, c'est toute la doctrine qui est soumise au diktat législatif, et on ne peut guère, semble-t-il, éviter de mesurer la portée du changement dans un domaine qui traverse pratiquement toute la théorie pénale en assise sur les concepts d'infraction et de responsabilité.

Notre hypothèse de départ est qu'on peut tenter de surprendre le législateur sur son propre terrain, s'accommoder de sa « confusion », et préserver autant qu'il se peut les acquis. Bref, plutôt que de faire le dos rond (c'est apparemment la tendance), il vaut mieux ouvrir le débat, fût-ce au prix d'une part de reniement. La matière est considérable, il y faudrait un livre. On se limitera donc à n'en considérer que l'évolution récente et, pour l'essentiel, à travers les ouvrages qui ont une vocation pédagogique.

Au coeur de ce débat, la théorie des faits justificatifs fait figure de condamné. C'est le lieu de rappeler que la doctrine elle-même en avait fragilisé les fondements pour la ramener assez souvent à un simple mécanisme d'impunité pédagogiquement commode (I). Le législateur, de ce fait, ne s'est pas senti tenu par les propositions d'une doctrine majoritaire qui a ainsi payé le prix de ses hésitations, et il a retenu le point de vue de ceux des pénalistes qui, prophètes sans le savoir encore, avaient amorcé il y a fort longtemps, et en toute connaissance de cause évidemment, la « confusion » qui est aujourd'hui consacrée. Ce sont peut-être ces tentatives qu'il faut systématiser désormais (II).

I. - L'ébranlement des fondements traditionnels de la justification.

Les années 1950 auront constitué un moment privilégié dans l'épanouissement de la théorie des faits justificatifs, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Elle s'est affinée aussi bien dans le cadre d'une théorie plus vaste de l'impunité dont elle constituait le versant objectif qu'en contrepoint d'une conception de la responsabilité moins abstraite que par le passé (A). Pourtant, à ce moment déjà apparaissaient les prémices de son affaiblissement. Ceux-là mêmes qui l'entérinaient complètement en tant que construction intellectuelle n'ont pas toujours assez dégagé ses attributs dans le système pénal, ou bien ils ont fait parfois des concessions qui en ruinaient la logique interne (B).

A. - L'âge d'or de la théorie des faits justificatifs.

Sans préjudice pour des contributions plus anciennes (4), on peut sans doute situer au tournant des années 1950 la période faste où se multiplient les efforts de clarification qui allaient donner à la distinction entre faits justificatifs et causes subjectives d'impunité sa meilleure dimension. L'élan avait été donné par la question de l'état de nécessité, qui était déjà d'actualité dans les années précédant la guerre. La notion de « force majeure », en effet, s'y était trouvée mise au banc d'essai d'une prise en compte plus souple, plus « humaine » écrivait M. Magnol (5), en réaction à la fois contre l'influence de l'école classique qui entretenait de la responsabilité une vision mécanique et abstraite (6) et contre l'attitude restrictive et rigoureuse de la Cour de cassation (7). De ce point de vue, la porte semblait fermée à tout assouplissement. La doctrine, cependant, guettait les quelques décisions qui se détachaient un peu de cette sévérité et, réticente tout de même à applaudir trop fort celles qui torturaient manifestement la notion de contrainte morale pour parvenir à un résultat équitable, elle releva de plus en plus souvent que, dans certains cas, il eût été mieux fondé de mettre en oeuvre l'état de nécessité. C'était, à l'époque, une notion presque mythique du droit pénal français, puisque la loi l'ignorait (au moins en tant que cause générale d'impunité), que la jurisprudence ne l'avait jamais reconnue ouvertement et qu'on était fort partagé en doctrine sur sa nature. C'est ainsi que M. Hugueney appelait de ses vœux une consécration législative en rangeant l'état de nécessité « parmi les causes d'irresponsabilité, à côté de la contrainte... » (8). Cette opinion n'était pas isolée (9), elle tendait tactiquement à faire de l'état de nécessité plutôt qu'une cause complètement autonome d'impunité, une sorte de variante de la contrainte, dont les contours se trouveraient de la sorte élargis. Les commentateurs, en général, se tenaient davantage à des arguments pratiques qu'à une reconstruction théorique du champ de l'impunité.

Le débat s'était grossi, dans les années 1930, de la question des étrangers en situation irrégulière et de celle des apatrides. Un phénomène de commisération judiciaire devant certaines situations lamentables créées par une réglementation très stricte (10) sécrétait quelques décisions remarquables dans les cas (impossibilité de régularisation de situation administrative ou d'exécution d'un ordre d'expulsion) où les conditions de la contrainte n'étaient manifestement pas réunies. Les juges, assez souvent, se livrèrent à de louables manipulations pour en prononcer l'admission, y compris dans des cas où l'état de nécessité eut mieux fondé la relaxe. Dans ce registre, le Tribunal correctionnel de la Seine s'illustrera par quelques décisions audacieuses. Dans le cas d'un apatride expulsé de France mais qu'aucun pays ne voulait accueillir, situation que la Cour de cassation répugnait à assimiler à une contrainte (11), les juges évoquèrent même avec un peu d'embarras la notion d'état de nécessité comme « solution la plus juridique » pour fonder la relaxe (12). Dans un autre cas, ils exercèrent sereinement l'art de la dénaturation en ramenant la notion d'impossibilité absolue à ce qui avait toutes les apparences d'un choix délibéré entre l'obéissance à un ordre d'expulsion et un devoir familial au demeurant fort légitime (13). La guerre allait offrir son lot de situations pénibles, et au Tribunal correctionnel de Verdun l'occasion de résoudre un cas manifeste de nécessité à partir d'une conception quasi objective de la contrainte, celle-ci étant constituée en l'occurrence par l'état de guerre (14). Tout cela faisait notablement désordre, malgré les efforts de ceux qui, comme M. Donnedieu de Vabres, avaient appelé à la clarification (15). Il était devenu manifeste qu'on ne sortirait de la confusion qu'en révisant la notion de contrainte ou en consacrant l'état de nécessité.

Voilà l'héritage de l'après-guerre : sortir de la confusion. L'accord était pratiquement fait sur l'intérêt d'une consécration de l'état de nécessité, mais on s'interrogeait encore sur la faisabilité. Les uns en appelaient au législateur, les autres à la jurisprudence en faisant valoir que cette création de toutes pièces, ou presque, était possible par le biais d'une interprétation analogique *in favorem*. La doctrine, dans sa majorité, se trouvait incitée à systématiser la distinction entre causes objectives et causes subjectives d'impunité, à débarrasser l'état de nécessité des conceptions subjectives qui le confondaient encore avec la contrainte ou avec le mobile, et donc à l'ériger en fait justificatif. La théorie avait trouvé un champ de bataille et c'est bien, dans les années d'après-guerre, la question d'une distinction radicale entre les notions de contrainte et d'état de nécessité qui a servi de prétexte à son renouveau.

La période est celle d'un foisonnement de décisions et de commentaires qui s'étendent, par un effet d'entraînement, à l'ensemble des causes d'impunité. Après le jugement du Tribunal correctionnel de Colmar du 27 avr. 1956 reconnaissant que l'état de nécessité est un fait justificatif (16), ce sera au tour de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 juin 1958, d'en consacrer implicitement la notion (17). Cela ne mettra pourtant pas un terme aux errements de certaines juridictions inférieures, errements qui alimenteront un débat auquel M. Légal mettra un point d'orgue dix ans plus tard dans l'un de ses commentaires les plus remarquables (18). Ce sont pourtant les juridictions inférieures qui avaient accueilli à partir de 1953 la théorie doctrinale de l'erreur invincible, entraînant la Cour de cassation dans une timide et passagère admission de cette cause de non-imputabilité (19), qui n'avait guère jusque-là été retenue, et, très exceptionnellement, que sous le couvert de la contrainte. A ce moment, on débat encore de la nature de l'irresponsabilité pénale des mineurs telle qu'elle résulte de l'ordonnance du 2 févr. 1945, et notamment pour les mineurs de treize ans, d'une décision de la Cour de cassation du 13 déc. 1956 sur la question du discernement (20), qui allait fixer durablement la jurisprudence.

La légitime défense constitue un thème privilégié des commentateurs. Nombre d'hésitations sont progressivement réduites, qu'il s'agisse des rapports entre les concepts de légitime défense et d'infraction involontaire (la jurisprudence et la doctrine, sur ce point, ne font pas bon ménage), de la sauvegarde des biens et de leur défense automatique par des engins dangereux ou encore de la présomption de légitime défense de l'art. 329 ancien dont le caractère simple sera affirmé pour la première fois par la Chambre criminelle dans son arrêt du 19 févr. 1959 (21).

En matière de contrainte, si la matière évolue peu, quelques décisions éveillent l'intérêt (22), de même que la question des objecteurs de conscience invoquant une contrainte d'origine interne.

Ce ne sont là que les principaux repères. La période est aussi celle de la montée au créneau d'une nouvelle génération de pénalistes, avides de renouveler le débat théorique, irrités par l'inertie relative de la Cour suprême qui les obligeait à suivre, dans les domaines qui nous intéressent, les méandres de l'innovation judiciaire d'Ouchy-le-Château à Avesnes-sur-Helpe, en passant par Oran et Bizerte (23). En fait, il existait une exigence de remise en ordre de tout le champ de l'impunité, et ce n'est pas non plus un hasard si c'est encore autour des notions de contrainte et d'état de nécessité que l'un des auteurs qui reste parmi les plus cités aujourd'hui, M. Aussel, ramassait les éléments d'une théorie des causes générales d'impunité et tentait d'en ordonner les contradictions (24). Par ailleurs, thèses et travaux de toute sorte embrassaient ce thème de l'impunité, assez souvent là encore, le thème particulier de la justification.

Ainsi, d'un côté la théorie des faits justificatifs s'était enrichie du débat autour de l'état de nécessité et, d'un autre, elle s'était radicalisée dans une perspective comparative. Le résultat, toujours actuel, sera que la distinction entre les différentes causes d'impunité se retrouvera reproduite à l'identique dans la plupart des ouvrages de droit pénal général, y compris dans ceux qui n'en tirent pas toutes les conséquences, comme un acquis incontournable. Jamais, auparavant, une telle cohérence n'avait été réalisée.

A cet égard, on peut remarquer que l'opposition, qui était traditionnellement soulignée entre les criminalistes qui tentaient de rapprocher entre elles les différentes causes d'impunité et ceux qui s'y refusaient, avait le plus souvent un caractère artificiel. Ce qui a pu varier, essentiellement, c'est la place des faits justificatifs dans la théorie pénale. Mais quant au mécanisme de l'impunité, au diagnostic des faits justificatifs et à leurs effets, un très large accord s'était installé. Les auteurs que nous qualifions plus loin de « précurseurs », dans la mesure où ils faisaient déjà des faits justificatifs des causes d'irresponsabilité, n'échappaient généralement pas à la logique du système de la justification. Ils avaient simplement transposé la question d'un chapitre à un autre (de l'infraction vers la responsabilité, de l'élément légal vers l'élément moral), en procédant à quelques ajustements, d'ordre formel pour le principal. On verra d'ailleurs que, conduisant leur raisonnement de départ à son terme, on est pratiquement empêché de suivre cette trace sans procéder à d'autres ajustements plus décisifs. Il n'est donc pas exagéré d'évoquer, au-delà de différences qui pouvaient utilement nourrir un débat d'idées, une doctrine très largement majoritaire sur l'autonomie des faits justificatifs et sur le mécanisme de l'impunité.

La période faste prend fin au début des années 1970, pour au moins deux raisons. La première raison est que les avancées ont été considérables, qu'il s'agisse de l'interprétation des causes légales de justification ou de la reconnaissance de l'état de nécessité comme fait justificatif. Il n'y a plus de grande conquête prévisible. Le consentement de la victime ? En dehors des hypothèses déjà admises où le consentement peut avoir valeur explicative de l'impunité, personne ne s'aventurerait à prédire qu'il serait un jour reconnu comme une cause générale de justification, mais peut-être comme une cause spéciale, dans des cas très précis (l'euthanasie, l'un des grands débats de demain, était dans tous les esprits), et selon un mode d'emploi très rigoureux. La seconde raison est que s'annonce une révision du code pénal, et que de nouveaux enjeux vont captiver la doctrine. La période qui commence sera enrichissante du point de vue d'analyses plus fines et de synthèses mieux nourries, mais elle ne porte témoignage d'aucun fait marquant, si ce n'est la remise à plat à laquelle se livrera M. Dana, mortelle pour les faits justificatifs, mais de nature à raviver le débat (25). Celui-ci, en fin de compte, sera réorienté par le législateur de 1992 dans un sens presque identique en termes de résultat apparent, mais fondé, au lieu d'une restructuration audacieuse, sur un amalgame purement formel.

B. - Un dépérissement annoncé.

On a très souvent appelé « théorie des faits justificatifs » ce qui est plutôt « une théorie de la justification », c'est-à-dire un système conceptuel explicatif d'un phénomène davantage qu'une cohorte d'effets particuliers dont l'addition expliquerait ce phénomène. Certains effets peuvent certainement être discutés, mais les fondements de la justification ont été à peu près unanimement admis. Simplement exprimés, quels sont-ils ? D'un point de vue qui fusionne la morale universelle et la conceptualisation contemporaine des droits de l'homme, il s'agit de l'idée que celui qui se conforme pleinement à la loi doit être regardé comme « innocent », au sens de non-coupable. Du point de vue de la défense sociale, il s'agit du constat qu'un tel comportement, même s'il lèse objectivement certains intérêts, est socialement indifférent, à moins même qu'il ne soit utile. Du point de vue de la théorie pénale, il s'agit de l'évidence selon laquelle, lorsque le législateur autorise ou commande un acte qui constitue normalement une infraction, il le « justifie », c'est-à-dire qu'il lui ôte son caractère injuste, contraire au droit, de telle sorte qu'on est en présence d'un événement pénalement quelconque, hors du champ d'application du droit.

Tout le reste n'est que conséquences, à commencer par l'empêchement pour l'infraction de se constituer, parce qu'il n'existe aucune autre explication logique qui serait en outre en harmonie avec le principe de la légalité, sauf à décider qu'il peut y avoir une conduite fautive là où, précisément, le législateur a décidé qu'il n'y en avait pas (26). Conséquence, également, le diagnostic objectif des faits justificatifs (puisque la justification dépend en principe exclusivement de l'adéquation de la conduite de l'agent aux prescriptions légales), l'effet *in rem* comparé à l'effet *in personam* caractéristique des causes subjectives d'impunité (c'est une conséquence directe de l'absence d'élément légal), ou encore le régime de la responsabilité civile, un peu erratique en ce qui concerne l'état de nécessité, mais fondé plus généralement sur une incompatibilité de principe entre les notions de justification et de faute.

Si, exposant la théorie, on s'arrête à ce fondement, intrinsèquement suffisant, que la justification est exclusive de l'idée même de faute, il faut en admettre la portée logique et en traiter où l'on voudra (l'élément légal, les éléments objectifs de l'infraction, la qualification), mais en tout cas hors du champ de la responsabilité, notion qui est inséparable de celle de faute au sens large. Or si pratiquement tous les auteurs ont décrit comme une évidence le mécanisme de l'impunité résultant des faits justificatifs pour l'opposer à celui des causes subjectives d'impunité, il est aisé de constater que moins nombreux sont ceux qui ont pris parti sans ambiguïté sur sa dimension théorique et sur les options pédagogiques que celle-ci paraît commander.

Certains, minoritaires, ont traité les faits justificatifs comme des causes d'irresponsabilité avant la lettre (cf. *infra*). Mais d'autres, qui en raccordaient pourtant l'étude à celle de l'élément légal, n'ont pas toujours été assez catégoriques en ce qui concerne le pivot de la justification. Ils ont pu, dans certains cas, se trouver enfermés dans une conception de l'infraction où celle-ci est confondue avec la responsabilité. Par exemple, cette conception, somme toute classique, « qui exprime sous le nom d'infraction toutes les conditions objectives et subjectives de la responsabilité pénale » et qui conduit logiquement à décrire l'élément légal comme « un élément objectif de la responsabilité » (27). Bien entendu, ce n'est pas cette conception qui est discutée ici, mais simplement le risque de dénaturation qu'elle implique pour la théorie de la justification lorsqu'on s'attache à démontrer dans ce contexte la « disparition » de l'élément légal, au lieu de récuser l'idée même d'une pénalisation, en amont de toute évaluation de la responsabilité, que l'on entende celle-ci d'une façon

ou d'une autre. Même MM. Stefani et Levasseur, qui s'inscrivaient fermement en faux contre tout rapprochement abusif entre les faits justificatifs et les causes d'irresponsabilité, finissaient par concéder que les premiers « ne détruisent pas directement la responsabilité, mais plutôt l'élément légal de l'infraction » (28), explication très proche de celle avancée par ceux qui, précisément, se prononçaient pour un tel rapprochement (cf. *infra*). De façon plus générale, certaines options terminologiques ne sont qu'apparemment anodines.

La loi ne pouvant autoriser un acte qui serait créateur de faits fautifs, c'est au constat d'une « absence » ou d'une « neutralisation » (comme produit d'un conflit de lois) de l'élément légal qu'il faudrait logiquement se rendre. Les termes « disparition », « suppression », « effacement », « destruction », les plus fréquemment employés, supposent une existence préalable. Mais de quoi, au juste ? Implicite ou ouvertement (29), c'est bien à l'infraction qu'il est fait référence, une infraction constituée au moins dans ses éléments objectifs, ce qui implique l'existence de faits fautifs, qualifiés comme tels. Peut-être s'est-on, à cet égard, trop souvent laissé guider par une dilution du principe de la justification dans les procédures de vérification qui aboutissent, par un non-lieu, une relaxe ou un acquittement (le classement sans suite a de ce point de vue une signification différente) à reconnaître de façon rétroactive que les poursuites étaient sans fondement légal. En tout cas, de l'élément légal conçu comme un préalable à la pénalisation, à l'élément légal considéré comme un élément constitutif de l'infraction, à moins même que ce ne soit comme un élément constitutif de la responsabilité, s'est installée ainsi une ambiguïté sur le pivot théorique de la justification. Une solution radicale pour s'en évader avait été suggérée dès le début du siècle par les auteurs qui, comme M. Degois parmi les premiers, faisaient de l'absence de fait justificatif un élément constitutif autonome de l'infraction (30). Mais on sait que la notion d'élément injuste, matinée de la théorie allemande de l'antijuridicité, n'a eu en France qu'un succès relatif. Il reste que faire des faits justificatifs, comme c'est le cas notamment de M. Pradel, des « obstacles à la qualification » suggère clairement que, au terme de cette procédure de vérification objective, on se retrouve devant le néant pénal, faute de tout préalable légal (31). C'est l'explication la plus conforme au fondement théorique de la justification.

Concrètement, la théorie de la justification se vit assez souvent ramenée à « quelques intérêts pratiques ». D'ailleurs, faisait-on remarquer, les causes objectives et les causes subjectives d'impunité « produisent les mêmes effets », qui s'avèrent essentiellement d'ordre procédural, aux antipodes d'une approche théorique. Ou bien on a privilégié le résultat, c'est-à-dire l'impunité, et on retrouve le point de vue des commissions de révision du code pénal : tout cela, c'est pratiquement du pareil au même. Une théorie aussi oléagineuse n'avait guère de chance de contenir l'imagination d'un législateur en mal d'innovation.

Quant aux conséquences pratiques de la distinction entre faits justificatifs et causes subjectives d'impunité, pré cisément, on a aussi laissé s'installer des ambiguïtés. Certains, certes, doutaient par conviction de son intérêt, ce qui avait le mérite de la clarté, encore qu'ils aient dû recourir à des arguments qui n'étaient pas irréfutables, comme de rechercher l'exception dans des hypothèses compliquées ou peu fréquentes, ou d'avancer qu'une addition d'effets *in personam* était pratiquement équivalente à un effet *in rem*. Mais, là encore, les plus convertis ont manqué de fermeté doctrinale. Ainsi MM. Merle et Vitu avaient de façon très heureuse insisté sur les différences de « diagnostic », expression largement reprise par les auteurs (32). Tout le monde s'accordant à définir les faits justificatifs comme des circonstances objectives, indépendantes de la psychologie de l'agent, on en concluait que leur diagnostic se bornait à vérifier la coïncidence du comportement extérieur de l'agent avec les termes de la loi. Et d'ailleurs, expliquait-on à peu près partout à propos de la légitime défense, si le danger n'a existé que dans l'imagination de l'agent, l'impunité ne peut être prononcée à ce titre, il faut chercher éventuellement une autre cause d'exonération, la contrainte peut-être. Mais une bonne partie de la doctrine se mettait en même temps à la remorque de la jurisprudence. Non seulement elle tolérait une frontière à peine visible entre l'agression « vraisemblable » et l'agression « putative », mais encore elle félicitait les juges d'un diagnostic d'autant plus éclairé qu'il était libre de toute contrainte. Que l'on se souvienne, par exemple, des observations de M. Legal à la *Revue de science criminelle* dans les années fastes du débat doctrinal. Sur le thème de la distinction entre contrainte et état de nécessité, M. Legal s'était institué en rempart contre les confusions jurisprudentielles. Mais sur le thème de la légitime défense, cette fois, il conseillait aux juges de dépasser le cadre objectif de leur évaluation, pour prendre en compte des « données subjectives » dont il n'excluait pas, au demeurant, qu'elles aient vocation à assurer à elles seules l'impunité (33). Nous ne saurions lui en faire un respectueux reproche, puisque parmi les opinions qu'il appela plus tard en renfort de ce point de vue, il avait bien voulu compter le nôtre (34).

Mais on peut penser, avec le recul, qu'il eût été possible de moins céder aux distances que prenaient les juges avec les propositions doctrinales, que si le rôle de ceux-ci est bien de rechercher la meilleure adéquation de la norme aux situations concrètes, le rôle de la doctrine est plutôt d'en conceptualiser la portée. Surtout, on en venait à admettre que la théorie des faits justificatifs se trouvait en rupture d'amarres dès qu'elle était mise à l'épreuve de circonstances qui n'avaient pas toujours un caractère singulier. Si cette brèche avait été moins béante, rien ne dit que le législateur s'y serait aussi complètement engouffré.

On peut se demander quels sont les motifs qui ont orienté la position jurisprudentielle. La consultation d'un assez grand nombre de décisions, dont toutes n'ont pas attiré l'attention des commentateurs, paraît autoriser un classement en quatre lots d'inégale importance. Le premier révèle une confusion totale, aussi bien d'ordre terminologique que d'ordre conceptuel, sans autre raison apparente. Le second laisse apercevoir que derrière une confusion terminologique qui paraît délibérée, les concepts sont correctement mis en oeuvre, la Chambre criminelle étant notamment coutumière du fait. Le troisième lot, dans la tradition des « petits juges » des années 1930, met en avant une exigence d'équité, et tant pis pour les principes. Le dernier lot révèle un phénomène d'indignation judiciaire, parfois un peu dérangeant, notamment en matière de légitime défense, où il arrive que, dans une approche psychodramatique de la situation, les juges se privent d'assez de distance à l'égard des faits. Au sein de chaque lot, on peut compter des décisions publiées qui appelaient une évaluation critique, ce qui ne fut pas toujours le cas, quand elles ne furent pas louées. Ainsi, se forgeait l'idée que la nature des voies empruntées comptait bien moins que le résultat.

Pour finir, il y a lieu de saluer les précurseurs, ceux qui, trente ans plus tôt, avaient adopté la même vision de l'irresponsabilité que celle du législateur de 1992 (35). Comme tous les auteurs cités ici, ils étaient de qualité bien trop éminente pour qu'on puisse songer à leur imputer quelque confusion que ce soit. Cette qualité, en revanche, leur a certainement révélé le caractère périlleux de cette option, sur les fondements de laquelle ils ne s'expliqueront d'ailleurs pas en détail.

Ainsi M. Bouzat, dans son *traité* (éd. 1963), tome 1, au livre II intitulé « La responsabilité ». L'auteur prend de façon presque incidente un parti qu'il exprime de la sorte, visant aussi bien les causes subjectives d'impunité que les faits justificatifs : « Les rédacteurs du code pénal ont bien connu ces deux espèces de causes d'irresponsabilité... » (n° 237). A partir de là, il annonce qu'il en traitera d'une part quant aux « causes de non-culpabilité », et d'autre part quant aux faits justificatifs. On verra plus loin qu'il faut pratiquement recourir à une analyse de contenu pour déterminer la clé grâce à laquelle l'auteur entraîne ainsi les faits justificatifs dans le champ de la responsabilité. Mais, par ailleurs, et un peu auparavant dans son propos, il a décrit précisément les différences entre causes objectives et causes subjectives d'impunité, rappelant notamment que les premières « suppriment l'infraction elle-même », car « l'acte est justifié par la loi », alors que les secondes « entraînent seulement une irresponsabilité ». Cette formule, qui est traditionnelle chez les auteurs qui consacrent une vision plus étroite et plus classique de la responsabilité (cf. *infra*) pose ici problème, car on croit comprendre qu'en cas de fait justificatif on n'est plus complètement, et pour le moins, dans le champ de la responsabilité. MM. Vouin et Léauté exposaient de leur côté, au chapitre de l'imputabilité, que, dans le cas des faits

justificatifs, « l'irresponsabilité ne résulte pas seulement de l'absence d'élément moral, mais aussi de la disparition de l'élément légal... » (36). On pouvait donc en conclure, semble-t-il, que ces faits opéraient deux fois (simultanément ?) sur l'élément moral et sur l'élément légal (était-ce bien dans cet ordre ?), et que, pour le moins, ils apparaissaient comme des causes atypiques d'irresponsabilité. Il n'est pas certain, d'ailleurs, que M. Léauté se fut lui-même complètement convaincu. Son enseignement, dans les années 1980 encore, était resté bien en retrait. Traitant des faits justificatifs au chapitre de l'élément légal (qu'il appelait l'élément illicite) et des « causes de non-imputabilité » à celui de l'élément moral (« l'élément psychologique »), le lien des premiers avec la responsabilité n'était évoqué que de façon allusive, dans un passage relatif à la méthode interprétative (37). Néanmoins, associé à M. Vouin, il avait bel et bien choisi très tôt un autre camp (38).

Ces auteurs avaient raison, puisque le législateur s'est rendu à leurs arguments. Mais au moins voyait-on qu'il existait un embarras à entériner d'une main les distinctions traditionnelles entre les différentes causes d'impunité pour, de l'autre, les transférer toutes au chapitre de la responsabilité, dont l'irresponsabilité n'est que le négatif, et sans prendre pour autant quelques risques dogmatiques supplémentaires. On peut même invoquer une véritable incompatibilité, dont la commission de révision de 1974 avait pleinement conscience quand elle condamnait les distinctions traditionnelles, mais en réalité la théorie classique de la justification, les causes de « non-punissabilité » n'étant pas autre chose dans son esprit que des causes d'irresponsabilité. Il fallait supprimer celui des termes de l'incompatibilité qui risquait de ruiner la logique interne de cette partie du projet. C'est sur cette lancée que se tiendront la commission de 1981 et le législateur de 1992, le commentateur officiel du nouveau code (circulaire du 14 mai 1993) allant jusqu'à décrire toutes les causes regroupées aux art. 122.1 et s. comme des « causes traditionnelles d'irresponsabilité », ce qui constitue un véritable camouflage pour la doctrine majoritaire. Les difficultés n'en ont pas été effacées pour autant.

II. - L'irresponsabilité, une notion en quête d'auteurs.

Le législateur de 1992 laisse à la doctrine l'alternative suivante : ou bien recourir à des ajustements afin de réduire tant bien que mal les faits justificatifs à des causes d'irresponsabilité au sens traditionnel, ou bien donner à la notion d'irresponsabilité un nouveau contenu. Tout compte fait, la seconde démarche est peut-être intellectuellement moins risquée que la première. Encore faut-il dégager une voie qui ait le moins d'incidence possible sur l'édifice tout entier (A). A supposer qu'on y parvienne, il reste à vérifier les conséquences de ce changement dans la continuité (B).

A. - D'une irresponsabilité à l'autre.

Qu'on nous pardonne de ne pas nous livrer à une revue plus complète des ouvrages récents, la place nous est comptée. Nous proposons simplement une sélection des solutions qui paraissent avoir valeur d'illustration d'une attitude ou d'une autre.

Il existerait une façon radicale de réduire les faits justificatifs à des causes d'irresponsabilité, c'est de souscrire à la démarche de M. Dana qui en dénonce l'inutilité et qui se prononce pour leur absorption par la contrainte dans un contexte théorique où, par ailleurs, « l'infraction pénale est en réalité l'objet de la responsabilité pénale » (39). Néanmoins, aussi brillante et habile soit-elle, la démarche prend à contre-pied trop d'acquis doctrinaux encore majoritairement défendus pour que la voie ainsi proposée suscite immédiatement des reconversions d'une telle ampleur. On peut remarquer cependant que M. Dana ne se contente pas, comme on s'y trouve contraint aujourd'hui, d'étendre plus ou moins artificiellement le champ de la responsabilité, il en paie le tribut par quelques sacrilèges remarquables. On ne peut trouver meilleure illustration de la nasse dans laquelle le législateur de 1992 a placé la doctrine classique en la mettant devant le fait accompli.

Parmi les ouvrages pédagogiques récents, MM. Desportes et Le Gunehec parviennent à un résultat identique en souscrivant pleinement à la démarche du législateur (40). Traitant successivement des « causes subjectives d'irresponsabilité ou d'atténuation de responsabilité » et des « causes objectives d'irresponsabilité pénale », ils ramènent les distinctions traditionnelles à l'idée que les secondes « trouvent en principe leur source, non pas dans la personnalité même du délinquant, mais dans les circonstances, extérieures à ce dernier, entourant la commission de l'infraction », circonstances qui laissent place néanmoins « presque toujours à une certaine attitude » de la part de l'agent.

Aussi considèrent-ils comme « inexacte » l'analyse classique qui fait de l'élément légal le pivot de l'impunité et qui se traduit par la disparition de l'infraction elle-même (n° 693). Cette argumentation, qui ouvre la voie d'une large rupture avec les antécédents doctrinaux dans une logique d'adhésion au concept législatif d'irresponsabilité, peut cependant ne pas convaincre les tenants d'une adaptation au changement plutôt que d'une démission pure et simple.

Au demeurant, rien n'oblige les auteurs à entrer dans la voie d'une reconversion qui les ferait passer du concept traditionnel de l'irresponsabilité, étroit et tout emprunt de subjectivité, à un concept plus large qui accepte aussi bien les causes subjectives que les causes objectives d'impunité. Certains font de la résistance, chacun à sa manière, et tel semble bien être le cas, par exemple, de M. Vermelle qui traite des « circonstances affectant la responsabilité » en deux volets : « les circonstances objectives rendant l'acte conforme au droit », c'est-à-dire les faits justificatifs, et les « circonstances subjectives privant l'agent de liberté » (41). Au-delà d'une concession formelle aux exigences du nouveau code, l'auteur montre qu'il n'ira pas plus loin, car il est manifeste que si l'acte est « conforme au droit », la question de la responsabilité est superflue. Il décrit d'ailleurs au passage les faits justificatifs comme des obstacles à la qualification pénale des faits, tout comme M. Pradel, qui distingue soigneusement les faits justificatifs des causes subjectives d'irresponsabilité, qu'il appelle encore des causes de non-responsabilité, et laisse comprendre que les faits justificatifs sont d'une toute autre nature (42).

Quant à M. Lombois, qui traite de la question au chapitre de « l'imputation de l'infraction à l'agent pénal », il constate que le législateur a regroupé aux art. 122.1 et s. « des choses différentes », et s'il entérine l'idée selon laquelle en cas de fait justificatif les actes délictueux sont initialement « complètement constitués », déplaçant ainsi le pivot de la justification vers un « élément de plus » de l'infraction (qui justifie celle-ci en bloc, alors qu'en cas de cause subjective l'infraction est décrite comme comportant un « élément de moins qu'il ne faudrait »), l'auteur n'en explique pas moins la « justification de l'agent » par une « neutralisation de la norme », formule que ne sauraient renier les partisans de la théorie classique (43). Pour ceux qui, comme M. Larguier (44), M. Salvage (45) ou encore MM. Levasseur, Chavanne et Montreuil (46), retiennent la notion d'élément injuste, quatrième élément de l'infraction qui consiste dans l'absence d'un fait justificatif, l'adhésion au nouveau concept d'irresponsabilité n'est pas à l'ordre du jour. M. Larguier, en tout cas, ne se prive pas de dénoncer ouvertement la « confusion des concepts » qui peut résulter de la « simplification formelle » opérée par le législateur, et il rappelle fort à propos que « la loi ou le règlement ne peuvent à la fois ordonner ou autoriser un acte et faire de cet acte une infraction ». La question de l'autonomie de l'élément injuste, et par voie de conséquence celle du pivot de la justification, n'est cependant pas traitée identiquement par ces différents auteurs. Pour M. Larguier, c'est intrinsèquement l'absence d'élément injuste qui entraîne la disparition de l'infraction, alors que pour MM. Levasseur, Chavanne et Montreuil, le constat de cette absence renvoie en réalité à la disparition de l'élément légal, et de là à celle de l'infraction. La nuance n'est pas négligeable, puisque l'élément injuste n'apparaît plus alors que comme un démembrement de l'élément légal. Quant à M. Salvage, il part d'une conception de l'infraction qui définit tous les éléments de celle-ci comme « les conditions générales de la responsabilité pénale », de telle sorte que chacun d'entre eux (et donc l'élément injuste) peut apparaître à la fois comme un élément constitutif de l'infraction et comme un élément constitutif de la responsabilité. Tous ces auteurs traitent par contre des causes subjectives d'impunité au chapitre de l'élément moral, comme des causes de non-imputabilité au sens classique du terme.

Dans un tout autre registre, il est instructif de relever que M. Soyer n'éprouve, quant à lui, guère de difficulté à se couler dans le moule du nouveau code parce que, assez souvent isolé à cet égard, il avait toujours adopté une attitude réservée à l'égard des distinctions traditionnelles. Il lui suffit de rappeler ces réserves pour convenir que, somme toute, la distinction entre causes de non-imputabilité et faits justificatifs est « usuelle », qu'il faut « la reconnaître » et qu'elle est pédagogiquement utile, ce pourquoi il se donne les gants de la conserver ⁽⁴⁷⁾. La leçon est intéressante. D'un côté, l'auteur supporte aisément le changement parce qu'il ne s'était pas encombré de distinctions trop radicales. De l'autre, il ramène ces distinctions à des intérêts pratiques importants dont on aurait bien tort de se passer. Dans cette voie médiane, qui consacre l'émiettement de la théorie des faits justificatifs sans en prononcer pour autant la ruine, M. Soyer pourrait bien désormais faire des adeptes.

Du point de vue qui nous intéresse ici, la démarche de MM. Stefani, Levasseur et Bouloc est caractéristique d'une tentative d'ajustement qui tend à serrer au plus près le concept législatif d'irresponsabilité sans bouleversement des distinctions traditionnelles ⁽⁴⁸⁾. Cette démarche, en fait, est proche de celle des auteurs qui, comme M. Bouzat ou MM. Vouin et Léauté il y a plus de trente ans, étaient entrés dans une voie comparable. La clé de l'adaptation réside dans une formule assez voisine de celle de MM. Vouin et Léauté ci-dessus rapportée : les faits justificatifs, est-il expliqué, « ne détruisent pas directement la responsabilité de l'auteur, mais effacent *tout d'abord* l'élément légal de l'infraction » (n° 375). La formule est cependant plus explicite que celle de MM. Vouin et Léauté, dans la mesure où elle exprime clairement un effet de ricochet et non une complémentarité d'effets (à la fois sur l'élément légal et sur l'élément moral), et elle introduit ainsi l'étude des « causes objectives de non-responsabilité (sous-titre : faits justificatifs) » d'une part, et des « causes subjectives de non-responsabilité (sous-titre : causes de non-imputabilité) » d'autre part. On peut donc comprendre qu'en présence d'un fait justificatif l'élément légal disparaît mais qu'on peut dire tout aussi bien que, par voie de conséquence, il n'y a pas de faute, et que, puisque cette question se trouve ainsi posée, on est bien dans le champ de la responsabilité. Cependant, dans la conception classique à laquelle se rattachent les auteurs cités ici, s'il n'y a pas de faute au sens large, il n'y a pas de culpabilité, et donc pas d'infraction, et « dès lors le problème de la responsabilité ne se pose même pas » (n° 369). Le fait justificatif étant en principe exclusif d'une faute, la question de savoir comment l'agent s'est trouvé introduit dans le champ de la responsabilité reste mal élucidée.

Si on compare cette démarche à celle de M. Bouzat, on peut relever à cet égard une différence intéressante. Pour M. Bouzat, le champ de la responsabilité s'ouvre implicitement au contact de la commission matérielle de l'acte contraire à la loi pénale. Cet acte étant un fait de l'homme, il est immédiatement « imputable », de façon objective et abstraite, en attendant d'y voir plus clair quant à la responsabilité effective. M. Bouzat ne s'expliquait pas en détail sur ce concept d'imputabilité, celle-ci étant définie d'un trait comme « la possibilité d'être inculpé pénalement », mais son plan d'étude paraît parler pour lui, puisque, aussitôt après, il s'attache à déterminer les « personnes responsables » par élimination des animaux et des cadavres, des personnes morales (dans le contexte de l'époque) et des Etats. C'est à cette charnière qu'il entreprend l'étude des causes de non-imputabilité, causes objectives et causes subjectives confondues. MM. Stefani, Levasseur et Bouloc, quant à eux, consacrent la conception classique de l'imputabilité, deuxième étage de la responsabilité, et décrivent le premier étage, la culpabilité, comme l'élément moral de l'infraction. L'imputabilité, écrivent-ils, « est un état, une qualification du sujet lui-même ». On aperçoit alors la différence. Pour M. Bouzat, l'imputabilité était la porte d'entrée dans le champ de la responsabilité alors que, pour la doctrine classique, l'imputabilité n'est qu'un élément constitutif de celle-ci. C'est probablement là, autour de la notion d'imputabilité, que se trouve l'une des clés envisageables d'une adhésion au concept législatif d'irresponsabilité.

Il nous faut admettre que notre interprétation de la pensée de M. Bouzat comporte une part d'incertitude. Certes, et c'est l'essentiel, l'auteur cherchait à déterminer une porte unique d'accès dans le champ de la responsabilité, ouverte également aux faits justificatifs. Cependant, il se tenait à une conception de la responsabilité qui en fait, très classiquement, la conséquence de l'infraction elle-même constituée dans ses trois éléments, légal, matériel et moral.

Il ne pouvait donc logiquement faire de l'imputabilité un élément constitutif de l'infraction, comme le fait M. Dana dans un contexte théorique très différent, mais pas davantage un élément constitutif de la responsabilité, sinon sa démarche n'aurait plus rien d'original. En réalité, il en faisait la condition nécessaire et suffisante de la responsabilité, ce qui n'expliquait pas pour autant comment les faits justificatifs s'y trouvaient entraînés. Mais il reconnaissait aussi à l'imputabilité une autre fonction, plus en amont, celle de conditionner la projection des faits dans le champ d'application du droit dès lors qu'il existe une « personne responsable », c'est-à-dire une personne humaine, un sujet de droit. Or, dans ce cas, on verra que la non-imputabilité ramène aux faits bruts, et non à une infraction encore constituée dans la triple dimension qu'il lui reconnaissait. L'incertitude se situe là : de ces deux conceptions de l'imputabilité entre lesquelles oscille la démonstration de l'auteur, nous avons mis en avant celle qui en fait pratiquement un élément constitutif de l'infraction, ce à quoi il ne pouvait se résoudre ouvertement sans réviser en profondeur le contexte théorique. Cette possibilité de double lecture, qui est bien réelle, montre en tout cas qu'il est extrêmement difficile de sortir de la conception classique de l'imputabilité sans redéfinir très précisément la fonction de celle-ci, avec toutes les conséquences que cela suppose. M. Dana, dans cet exercice, a montré que la logique conduisait à d'importantes ruptures avec les acquis doctrinaux. Nous allons, pour notre part, tenter d'emprunter une voie médiane.

Pour en finir avec ce qui précédait, on fera le constat qu'une majorité d'auteurs a adopté une attitude de réserve à l'égard de l'innovation législative. Les vrais adeptes sont rares, le remodelage de la notion d'irresponsabilité n'est à peu près nulle part entrepris, les ajustements, assez souvent en forme de clin d'oeil, révèlent une tendance au changement dans la continuité. C'est donc bien que ce qui paraissait évident aux commissions de révisions du code n'allait tout de même pas de soi.

B. - Les « nouveaux » faits justificatifs.

On a volontiers souligné le caractère compliqué des notions de culpabilité et d'imputabilité. En réalité, elles ont surtout été compliquées par des approches philosophiques ou criminologiques aussi enrichissantes pour l'esprit qu'assez souvent inopérantes pour l'explication concrète des mécanismes juridiques. De ce dernier point de vue, les conceptions techniques de l'imputabilité paraissent pouvoir être ramenées à deux, avec des variantes éventuellement : tantôt l'imputabilité est un élément constitutif de la responsabilité, tantôt elle est érigée, explicitement ou implicitement, en élément constitutif de l'infraction.

La première conception a un caractère étroit et subjectif, elle lie l'imputabilité à la question du libre arbitre. Elle peut se résumer dans la formule : responsabilité = culpabilité + imputabilité. Cette conception a trouvé l'une de ses meilleures expressions dans la lignée des ouvrages de droit pénal général auxquels ont été associés MM. Stefani et Levasseur, rejoints par la suite par M. Bouloc. C'est de leur démonstration que l'on va maintenant s'inspirer ⁽⁴⁹⁾. Pour ces auteurs, la responsabilité ne se confond pas avec l'infraction, elle en est la conséquence. Néanmoins, elle y trouve nécessairement son terrain, précisément dans l'élément moral, qui est décrit comme la culpabilité. Celle-ci, qui suppose l'existence d'une faute au sens large, apparaît donc à la fois comme un élément constitutif de l'infraction et comme un élément constitutif de la responsabilité, dont elle est le premier étage, le second étage étant constitué par l'imputabilité, c'est-à-dire la possibilité de mettre la faute au compte de l'agent. En présence d'une cause de non-imputabilité (trouble psychique, contrainte, erreur), la responsabilité ne peut se constituer, mais il reste la culpabilité qui, si elle n'a plus d'intérêt de ce point de vue, conserve son habit d'élément moral, élément constitutif de l'infraction, laquelle survit ainsi à la non-imputabilité pour servir éventuellement de fait principal punissable auquel pourra être rattaché l'acte de complicité.

Pédagogiquement excellent, le raisonnement n'est cependant pas à l'abri de toute ambiguïté. Il n'est pas indiscutable, par exemple, que la non-imputabilité laisse subsister la faute au sens large, car cela revient à appeler infraction pénale l'acte commis par un homme privé de ses attributs intellectuels qui fondent le principe même de sa responsabilité (50). De même, il n'est pas complètement logique que le prononcé *in globo* de l'irresponsabilité laisse survivre la culpabilité sous son habit d'élément moral, ce qui met en cause l'exacte coïncidence de ces notions. Cette conception de l'imputabilité, qui est liée aux théories subjectivistes de l'infraction (c'est leur dimension « morale »), est cependant largement répandue.

On verra un peu plus loin que, en l'état, il existe pratiquement une incompatibilité entre cette conception de l'imputabilité et celle qui en fait un élément constitutif de l'infraction. Il n'est donc pas trop tôt pour se demander dans quel autre cadre de référence on pourrait inscrire le raisonnement. On pourrait avancer, par exemple, que le reliquat laissé par la non-imputabilité au sens étroit se rapproche de la « culpabilité matérielle » qui tient à l'implication de l'agent, par une action ou une abstention, dans la réalisation des faits, et à la détermination du lien de causalité qui peut être établi entre son comportement objectif et le trouble social que la loi entendait prévenir. Très souvent, ce constat suffit en fait à établir que l'agent avait la volonté de commettre l'acte interdit, à moins qu'il ne puisse faire la démonstration contraire. A la culpabilité matérielle, on peut opposer ce que certains appellent la « culpabilité psychologique », qui tient à la vérification que l'agent avait une intention coupable, quand c'est nécessaire (c'est en principe toujours nécessaire et non seulement quand il s'agit d'un dol spécial, mais l'art. 121-3 ne semble pas de nature à remettre en cause la dimension objective de l'intention telle qu'elle est tirée du comportement extérieur de l'agent) et qu'il a agi en toute conscience et avec assez de liberté. S'il peut se prévaloir d'une cause subjective d'impunité, la question concrète de l'intention est court-circuitée, et la notion de culpabilité psychologique fait alors double emploi avec celle d'imputabilité. On pourrait donc se rendre à la formule : responsabilité = culpabilité matérielle + culpabilité psychologique.

On se trouve là, nécessairement, sur le versant des théories objectivistes de l'infraction. Contrairement à la solution précédente qui fait de l'élément moral la charnière entre l'infraction et la responsabilité, celle-ci décale cette charnière vers l'élément matériel, à la fois élément constitutif de l'infraction (ramenée à ses éléments « morphologiques », selon l'expression de MM. Merle et Vitu) à défaut duquel on ne peut déterminer l'existence d'un trouble social punissable, et élément constitutif de la responsabilité, à défaut duquel la question de la culpabilité psychologique ne se poserait pas. Il s'agit donc d'une conception qui fait du comportement extérieur de l'agent le trait d'union entre les faits bruts et les arrière-plans psychologiques. Ce n'est qu'une option parmi d'autres, retenue ici pour sa relative compatibilité avec le concept d'imputabilité objective et abstraite dont on va voir qu'il ne se marierait pas commodément avec les conceptions tripartites de l'infraction (51).

Dans sa définition objective et abstraite, l'imputabilité a une fonction très différente de celle que lui reconnaît la théorie classique. Elle vise non pas l'agent, mais les faits eux-mêmes, qui sont décrits comme « imputables ». Elle a un caractère objectif, parce qu'elle projette simplement un fait dans le champ d'application du droit pénal, sans considération encore du rapport entre ce fait et un sujet en particulier (il suffit qu'il s'agisse d'un « fait de l'homme »). Elle a un caractère abstrait puisque, contrairement à la conception classique de l'imputabilité, elle n'a pas intrinsèquement vocation à finaliser un processus de vérification. Enfin, elle est un élément constitutif de l'infraction puisque, à défaut d'imputabilité, on est en présence d'un fait quelconque du point de vue pénal. En réalité, il s'agit d'un concept assez simple, implicitement présent sous une forme ou sous une autre dans les ouvrages de droit pénal dès que l'on s'attache à passer de l'étude de l'acte, qui constitue l'interdit, au délinquant. S'il n'est pas plus précisément identifié, c'est qu'il n'est guère compatible avec les conceptions dominantes de l'infraction (d'essence subjective), et la prudence des auteurs qui, comme M. Bouzat, s'y réfèrent de façon presque allusive peut s'expliquer en partie par un souci de cohérence théorique (52).

Il faut distinguer, d'autre part, ce concept d'imputabilité objective et abstraite du concept d'imputabilité objective et concrète, qui confond en réalité l'imputabilité et ce que nous avons appelé la culpabilité matérielle. Cette notion « d'imputabilité objective », ramenée assez souvent au lien de causalité, n'a en effet guère d'intérêt. La plupart des auteurs l'ignorent, et ceux qui y font référence ne s'en encombrant pas outre mesure, tel M. Pradel, qui suggère un concept d'imputabilité à deux niveaux de fonction : « l'un matériel et objectif qui est le lien de causalité (...), l'autre intellectuel et subjectif qui est la capacité de comprendre et de vouloir, la liberté et la connaissance de l'agent... » (53). Mais cela tient en trois lignes, renvoi étant fait au développement concerné (54).

C'est précisément le caractère abstrait de l'imputabilité qui lui confère l'intérêt d'ouvrir immédiatement une porte dans le champ de la responsabilité. On dispose d'un fait brut, constitutif de l'élément matériel de l'infraction et qualifié comme tel, ce fait est un fait de l'homme (ou d'une personne morale, faut-il ajouter aujourd'hui), il est immédiatement « imputable », et l'imputabilité déclenche des processus concrets de vérification susceptibles, négativement, d'expulser l'agent du champ de la responsabilité : une seule porte d'entrée, mais plusieurs portes de sortie selon la nature de la cause de non-imputabilité. On peut dire, d'une autre façon, que la fonction de l'imputabilité consiste à déterminer le seuil d'intervention du droit pénal (55).

La non-imputabilité s'élargit aux faits justificatifs et ouvre ainsi un premier palier de vérification (causes objectives de non-imputabilité). L'absence de culpabilité subjective en constitue un autre (causes subjectives de non-imputabilité). On peut essayer d'identifier un peu mieux ces portes de sortie, l'exercice étant limité aux faits justificatifs et aux causes subjectives d'impunité, car rien n'interdit d'en imaginer d'autres, notamment en ce qui concerne les immunités.

L'imputabilité peut apparaître comme le produit d'une première qualification des faits, au point d'adéquation de la norme (fonction abstraite) aux faits eux-mêmes (fonction concrète). C'est à ce moment-là que, concrètement, se révèle la dimension pénale de ceux-ci. Les éléments objectifs de l'infraction sont apparemment réunis, les faits sont évalués comme délictueux, et donc ils sont immédiatement imputables. L'imputabilité ayant été ainsi prononcée, la logique conduit à ne plus traiter, négativement, que de la non-imputabilité. En tout cas, la recherche en responsabilité est ouverte, la quête consistant d'abord à raccorder aux faits constitutifs du trouble social (élément matériel de l'infraction) un comportement objectivement causal (culpabilité matérielle) puis à vérifier que ce comportement manifeste une antisociabilité punissable (culpabilité psychologique).

S'agissant des faits justificatifs, le changement peut apparaître relativement aisé. Il faut néanmoins supposer que l'infraction est constituée, un point sur lequel le « reniement » est inévitable. On a déjà signalé qu'une large partie de la doctrine l'admettait, implicitement ou explicitement, sous l'empire de l'ancien code. Dans un premier temps, par conséquent, on a constaté que le comportement de l'agent était la cause effective du trouble social apparent. Cependant si ce comportement s'avère à l'épreuve objectivement conforme au droit, il perd son caractère fautif, la culpabilité matérielle ne peut se constituer. De ce point de vue, on peut dire que l'agent est bien « irresponsable », sans que le pivot de la justification s'en trouve pour autant déplacé, puisque le fondement de l'irresponsabilité se trouve dans la neutralisation de la loi générale d'incrimination par une disposition spéciale. En clair, le constat de la conformité du comportement de l'agent aux dispositions justificatives produit un effet rétroactif d'anéantissement de l'élément légal de l'infraction. Cela n'est pas nouveau non plus, l'idée d'un effet rétroactif étant implicitement présente dans la démonstration de tous ceux qui ne sont pas résolus à traiter les faits justificatifs comme des obstacles à la pénalisation. Pour conclure, on dira que la responsabilité n'a pu se constituer faute de tout fondement matériel et que, en conséquence de l'effet rétroactif, l'imputabilité cesse *faute d'objet*, dans les deux cas en dehors de toute évaluation des facteurs psychologiques de la responsabilité. Le résultat est l'anéantissement du tout, c'est-à-dire de la pseudo-infraction, et on retrouve l'effet *in rem*.

Qu'en est-il, comparativement, en présence d'une cause subjective d'impunité ? C'est au niveau de la culpabilité psychologique que se trouve la porte de sortie, mais la difficulté vient de ce que la non-imputabilité ramène au point de départ, c'est-à-dire à la qualification qui a établi le caractère délictueux des faits. Si ceux-ci ne sont plus concrètement imputables à « personne », l'imputabilité devient sans objet, mais en réalité cette fois *faute de sujet*, et comme on est convenu qu'elle constitue au moins implicitement un élément de l'infraction (elle est en tout cas une passerelle obligée entre les faits et le sujet), il faut convenir aussi que celle-ci disparaît. Cependant, si un fait justificatif fait disparaître par la racine toute trace de ce qui avait les apparences d'une infraction, ce n'est pas le cas d'une cause subjective d'impunité, il reste des faits délictueux, en quête de sujet éventuellement, et la fonction abstraite de l'imputabilité maintient ouvert le champ d'application du droit tant que cette fonction n'est pas éteinte. Elle l'est, précisément, en présence d'un agent qui bénéficie d'une cause subjective d'irresponsabilité, c'est bien alors l'infraction qui disparaît, le dommage social passant de toute façon au compte pertes et profits.

Par contre, l'imputabilité reste opératoire en présence d'un co-auteur ou d'un complice. Dans ce dernier cas, et dans la conception objective qui sert ici de cadre de référence, l'infraction reste constituée pour servir de fait principal punissable auquel peut être rattaché l'acte de complicité. Ainsi, contrairement aux causes objectives qui agissent *in rem*, les causes subjectives apparaissent comme des causes personnelles (ou retrouve l'effet *in personam*) de non-imputabilité.

N'étant ici confrontée ni à l'ensemble des approches plus ou moins originales qui peuvent lui donner un autre relief, ni à toutes les difficultés d'ajustement qui en résulteraient, cette exploitation de la notion d'imputabilité objective et abstraite ne peut avoir que valeur de simulation (56). Elle n'est pas à l'abri d'un reproche d'artificialité, notamment parce que l'effet rétroactif, s'il explique la disparition de l'infraction, implique une cause première - l'irresponsabilité - dont on affirme par ailleurs que la nature est indissociable de l'effet qu'elle ne produit qu'au second degré. Elle ne paraît pas, pour autant, mériter d'être rejetée en bloc, pas davantage que ne le fut, en son temps, celle qu'en faisait M. Bouzat, il est vrai dans une moindre logique de rupture avec les credos dominants. Le point de départ était le même, mais M. Bouzat s'était refusé à en tirer toutes les conséquences, notamment en ce qui concerne la structure de l'infraction (la place qu'il réservait à l'élément moral était néanmoins fort succincte), la passerelle entre celle-ci et la responsabilité (la fonction de l'imputabilité était simplement suggérée) et les mécanismes de l'impunité (repris d'un raisonnement classique en partie inadapté à l'originalité de l'option de départ). En tout cas, M. Bouzat ne s'était pas contenté de rapprocher les différentes causes d'impunité, il avait posé le doigt sur la condition de ce rapprochement, c'est-à-dire la détermination d'une porte d'accès au champ de la responsabilité qui accepte les faits justificatifs. MM. Vouin et Léauté d'une façon assez différente et peut-être plus artificielle (la question de l'imputabilité étant traitée au chapitre de l'élément moral, dans une version élargie de l'imputabilité au sens étroit et subjectif) avaient tenté de répondre à la même exigence dans un contexte théorique où le domaine de la responsabilité se confond en réalité avec celui de l'infraction. C'était encore plus audacieux.

Passant à peu près nécessairement par le milieu de l'élément matériel (on atteint le domaine de la responsabilité aussitôt que les faits sont imputables, mais rien n'est dit encore de la relation entre les faits et l'implication matérielle de l'agent), l'imputabilité objective et abstraite s'avère ainsi difficilement compatible avec les conceptions subjectivistes de l'infraction. Il s'agit donc bien d'une option parmi d'autres, elle n'a qu'un intérêt relatif. Par contre, on peut penser que le mécanisme qui explique que l'irresponsabilité soit prononcée tantôt faute d'objet et tantôt faute de sujet est susceptible d'autres adaptations, y compris dans le contexte des conceptions subjectivistes de l'infraction. De même, les notions d'effet de ricochet ou d'effet rétroactif sont utiles pour expliquer l'irresponsabilité de celui qui peut se prévaloir d'une cause de justification.

Pour finir, nous ne pouvons nous empêcher de nous demander ce que M. Léauté aurait pensé de ces notes. Il les eut jugées, probablement, compliquées et un peu inutiles. Force nous eut été de lui donner raison. Le code vient à peine d'entrer en vigueur, la doctrine majoritaire est aujourd'hui encore écartelée entre ses convictions et sa tradition pédagogique d'une part, le cadre rigide de réflexion tracé par le législateur d'autre part. Dans dix ans, un peu plus ou un peu moins, ce carcan abusivement simplificateur, mais simplificateur tout de même, risque bien d'imposer une nouvelle cohérence, tout aussi simplificatrice, dont la théorie de la justification fera les frais. Mais M. Léauté avait aussi l'esprit d'un vrai cavalier, et peut-être eut-il salué la tentative. C'est invérifiable, hélas, et c'est donc parfaitement gratuit.

Mots clés :

RESPONSABILITE PENALE * Fait justificatif * Irresponsabilité pénale * Impunité * Nouveau code pénal

- (1) *D* 1978, *Chron.* p. 225.
- (2) J. Pradel, L'avant-projet de révision du code pénal, *D.* 1977, *Chron.* p. 115.
- (3) *Avant-projet définitif de code pénal*, Doc. fr., 1978, Comm., p. 45.
- (4) Ces contributions ont eu le mérite essentiel de jeter les bases d'une théorie générale des causes de justification (R. Garraud et J.-A. Roux, notamment).
- (5) *Chron. Rev. science crim.* 1939, p. 283.
- (6) J. Leuret, Essai sur la notion d'intention criminelle, *Rev. science crim.* 1938, p. 438. Cet article rend assez bien compte de l'état d'esprit du moment.
- (7) Par exemple, Cass. crim., 15 déc. 1934, *Gaz. Pal.* 1935, 1, *Jur.* p. 306, parmi les décisions citées à l'époque.
- (8) *Rev. science crim.* 1941, p. 187 et 188, n° 2 et 3.
- (9) H. Donnedieu de Vabres, notamment, lui aussi partisan d'une consécration de l'état de nécessité, en traitait en même temps que la démence et la contrainte (*Traité*, p. 223, n° 385).
- (10) Notamment, le décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers sanctionnait de peines correctionnelles la non-possession d'une carte d'identité spéciale et interdisait aux juges de retenir le bénéfice des circonstances atténuantes ou d'accorder le sursis.
- (11) Cass. crim., 8 févr. 1936, *DP* 1936, 1, p. 44, note H. Donnedieu de Vabres.
- (12) T. corr. Seine, 14 nov. 1936, *Gaz. Pal.* 1936, 2, *Jur.* p. 812 ; *Rev. science crim.* 1937, p. 59, obs. J. Magnol.
- (13) T. corr. Seine, 16 déc. 1938, *Gaz. Pal.* 1939, 1, *Jur.* p. 434.
- (14) T. corr. Verdun, 30 mai 1941, *Gaz. Pal.* 1941, 1, *Jur.* p. 515.

(15) Le commentaire de H. Donnedieu de Vabres sous CA Paris, 26 juill. 1934, *DP* 1934, 2, p. 113, a pu, s'agissant d'une espèce voisine, inspirer les juges du Tribunal correctionnel de la Seine fondant timidement la relaxe sur l'état de nécessité dans la décision précitée du 14 nov. 1936.

(16) T. corr. Colmar, 27 avr. 1956, *D.* 1956, *Jur.* p. 500.

(17) Cass. crim., 25 juin 1958, *D.* 1958, *Jur.* p. 693, note MRMP ; *JCP* 1959, II, n° 10941, note J. Larguier.

(18) L'état de nécessité : un fait justificatif qui n'ose pas dire son nom, *Rev. science crim.* 1969, p. 864.

(19) Cass. crim., 9 oct. 1958, *Gaz. Pal.* 1958, 2, *Jur.* p. 319 ; 30 déc. 1958, *Bull. crim.*, n° 360.

(20) Cass. crim., 13 déc. 1956, *D.* 1957, *Jur.* p. 349, note Patin.

(21) Cass. crim., 19 févr. 1959, *JCP* 1959, II, n° 11112, note Bouzat.

(22) Cass. crim., 5 janv. 1957, *Bull. crim.*, n° 17 ; *Rev. science crim.* 1958, p. 95, obs. Legal (contrainte physique d'origine externe).

(23) Il s'agit bien de quelques ressorts de juridictions dont les décisions ont prêté à commentaires ou à l'intervention de juridictions supérieures, les références précises n'apparaissant pas ici indispensables.

(24) J.-M. Aussel, *La contrainte et la nécessité en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. Stefani, Dalloz, 1956.

(25) A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982.

(26) Ce qui résultait, sous l'ancien code, tout autant des fondements théoriques de la justification que de l'expression formelle de la volonté législative (« il n'y a ni crime, ni délit... ») malgré la répétition malheureuse de l'art. 64.

(27) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Cujas, n° 268 et 313 de l'édition 1967 que nous citons pour fixer le moment de cette influence doctrinale comme ce sera encore le cas pour quelques références à venir, vérification faite de la pérennité de ces opinions dans les éditions postérieures.

(28) G. Stefani et G. Levasseur, *Droit pénal général*, Dalloz, 1976 (à titre d'exemple), p. 297, n° 284.

(29) Ce dernier cas n'est pas le plus répandu. - V. cependant W. Jeandidier (citant J. Puech, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, p. 311) qui se prononce sans équivoque pour l'existence préalable de l'infraction, ce qui a le mérite de la clarté, in *Droit pénal général*, 2^e éd., Montchrestien, 1991, n° 251.

(30) M. Degois, *Traité élémentaire de droit criminel*, 1911, p. 160.

(31) J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 1995, p. 365.

(32) R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 313 de l'édition 1967.

(33) Not. *Rev. science crim.* 1955, p. 314.

(34) Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs, *Rev. science crim.* 1969, p. 547.

(35) Nous nous en tenons ici aux ouvrages pédagogiques de l'époque, en rappelant qu'il s'agit de dater leur influence.

(36) R. Vouin et J. Léauté, *Droit pénal et criminologie*, PUF, 1956, p. 327 s.

(37) J. Léauté, *Cours de droit pénal et sociologie criminelle* (rédigé d'après ses notes et avec son autorisation). Les cours de droit 1980-1981, p. 211 et p. 270 s.

(38) V. également : R. Vouin et J. Léauté, *Droit pénal et procédure pénale*, PUF, 1965, p. 59 s.

(39) C.-A. Dana, *op. cit.*, p. 273, n° 264.

(40) F. Desportes et F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, Economica, 1994. Les auteurs, magistrats, ont participé à l'élaboration du nouveau code.

(41) G. Vermelle, *Le nouveau droit pénal*, Connaissance du droit, Dalloz, 1994, p. 62 s.

(42) J. Pradel, *op. cit.*, p. 366.

(43) C. Lombois, *Droit pénal général*, Hachette supérieur, 1994, p. 85 s.

(44) J. Larguier, *Droit pénal général*, Mémentos Dalloz, 1995, p. 44 s.

(45) P. Salvage, *Droit pénal général*, *Le droit en plus*, PU Grenoble, 1994, p. 18, 57 s.

(46) G. Levasseur, A. Chavanne, J. Montreuil, *Droit pénal général et procédure pénale*, Cours élémentaire, 11^e éd., Sirey, 1994, p. 19 et 76 s.

(47) J.-C. Soyer, *Droit pénal général et procédure pénale*, 11^e éd., LGDJ, 1994, p. 108 s.

(48) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, 15^e éd., Dalloz, 1994, p. 289 s.

(49) G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 289 s.

(50) Certains auteurs (P. Salvage, par exemple) préfèrent d'ailleurs faire de l'imputabilité une condition préalable à la recherche de la culpabilité.

(51) En réalité, cette option met en cause deux notions compliquées, celle de comportement et celle d'attitude, que les sociologues manient mieux que les juristes, et qui sont les pôles d'écartèlement du concept pénaliste d'intention. Autant

dire qu'on en peut discuter à perte de vue, notamment de savoir si le comportement est, ou non, le produit visible d'une attitude.

(52) Cet auteur, en effet, entérine la conception tripartite de l'infraction, difficilement conciliable avec le mécanisme de l'imputabilité qu'il suggérerait lui-même. C'était aussi le dilemme dans lequel se trouvaient enfermés MM. Vouin et Léauté.

(53) J. Pradel, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 498 et 499, en se référant à R. Garaud dans le premier cas (n° 268) et F. Ortolan dans le second (I, n° 22, *in fine*).

(54) *Ibid.* p. 427 s., « L'origine du résultat (le problème du lien de causalité avec le comportement) ».

(55) A.-C. Dana, qui fait également de l'imputabilité une composante de l'infraction, utilise une formule identique, mais dans un contexte théorique très différent qui lui confère une dimension éthique et en fait le point de départ d'une démarche complètement originale, *op. cit.*, p. 47).

(56) Dans certains cas, par exemple, la disparition de l'infraction laisse en suspens la question de la responsabilité civile, que nombre d'auteurs n'évoquent d'ailleurs plus que parcimonieusement depuis qu'elle a trouvé une solution législative en matière de démence (L. 3 janv. 1968).

Recueil Dalloz 1995 p. 184

L'action en réparation du préjudice résultant d'une atteinte à la probité et à l'honneur ne peut, lorsqu'elle répond à la définition du fait diffamatoire, être fondée sur l'art. 781 COJ, relatif à la faute lourde commise dans le fonctionnement de la justice

Arrêt rendu par Cour de cassation, 2e civ.

28-06-1995

Sommaire :

Il ne saurait être reproché à une cour d'appel de débouter un plaignant de son action fondée sur l'art. L. 781-1 c. org. jud. en réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice, du fait qu'un tribunal a utilisé dans un jugement des éléments de preuve lui imputant un comportement répréhensible, dès lors qu'elle retient qu'il résulte de ces allégations que le plaignant se considère comme victime d'une atteinte à son honneur et à sa probité, d'où la cour d'appel, restituant aux faits leur exacte qualification, peut déduire que cette atteinte répond à la définition du fait diffamatoire visé à l'art. 41 *in fine* de la loi du 24 juill. 1881 et décider que l'action est prescrite en application de l'art. 65 de cette loi.

Demandeur : Gagneux (Mme)

Défendeur : Agent judiciaire du Trésor

Décision attaquée : Cour d'appel de Lyon 1^{re} ch. 16-09-1993 (Rejet)

Texte(s) appliqué(s) :

Code de l'organisation judiciaire - art. L. 781-1

Loi du 29-07-1881 - art. 41 - art. 65

Mots clés :

RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE * Service public * Fonctionnement défectueux du service de la justice * Faute lourde * Jugement * Enonciations * Diffamation

PRESSE * Délit de presse * Diffamation * Fait diffamatoire * Honneur * Probité * Fonctionnement défectueux du service de la justice

Recueil Dalloz 1994 p. 222

La réduction, par le juge, d'une clause de non-concurrence excessive qui porte atteinte à la liberté du travail. Les conditions de la complicité du nouvel employeur qui embauche un salarié débiteur d'une obligation de non-concurrence

Arrêt rendu par Cour d'appel de Paris

4^e ch. A

23-03-1993

n° [XP230393X]

Sommaire :

En l'état d'une clause qui interdit à un employé de s'embaucher pendant un an, en France, dans une entreprise concurrente, si la limitation dans le temps (un an) n'appelle aucune critique, il reste que la limitation dans l'espace (France entière) est trop restrictive de la liberté du travail et que la clause est irrégulière en ce qu'elle s'étend à tout le territoire national ;

En revanche, limitée dans l'espace à la seule ville de Paris, elle ne constitue pas une gêne excessive pour retrouver un emploi dans le même secteur et, ainsi limitée, la clause est valide ;

A supposer qu'un ancien salarié n'ait pas révélé à son nouvel employeur qu'il était tenu d'une obligation de non-concurrence, l'ancien employeur, après avoir en vain tenté de notifier au nouveau la clause par lettre recommandée qui a été refusée, a fait signifier la même lettre par huissier ;

Si cette signification a été refusée par un employé qui a toutefois confirmé l'exactitude de l'adresse, un avis de passage a été laissé sur place, une lettre simple a été adressée le même jour et le pli a été déposé en mairie ;

De ces circonstances découlent des présomptions graves, précises et concordantes de ce que le nouvel employeur a été mis en connaissance de cause.

Demandeur : Société parisienne d'imprimerie

Défendeur : Dynamik Productions (Sté)

Décision attaquée : Tribunal de commerce de Paris 3^e ch. 25-09-1991 (Confirmation)

Mots clés :

CONTRAT DE TRAVAIL * Clause de non-concurrence * Réduction * Limitation dans l'espace et dans le temps * France entière * Ville de Paris * Violation * Tiers complice * Nouvel employeur * Responsabilité * Connaissance * Preuve

Recueil Dalloz 1993 p. 243

L'inexécution d'un contrat de distribution de film pour absence de visa d'exploitation

Théo Hassler

*
**

[1] Si les litiges entre producteurs et distributeurs cinématographiques ne sont pas rares, peu d'entre eux sont jugés par les tribunaux de l'Etat, tant et si bien que l'arrêt rendu par la Cour de Paris suscitera un légitime intérêt. Les éditions René Château, société de production de vidéogrammes, avaient décidé de se lancer dans la production de films cinématographiques. Elles produisirent deux films dont elles confièrent la distribution à la Sté ATC 3000. Pour un coup d'essai ce ne fut pas un coup de maître. Les deux films firent des résultats si décevants que ATC 3000 décida unilatéralement, d'une part, d'en cesser l'exploitation après qu'elle eut estimé avoir épuisé le vivier du public après la première exclusivité, d'autre part, de ne pas payer une partie du minimum garanti qu'elle s'était engagée à verser, faute de pouvoir espérer récupérer cette avance sur les recettes d'exploitation. Les éditions René Château assignèrent alors ATC 3000. Condamnée en première instance ATC 3000 voit la décision confirmée en appel ; comme nous avons souvent pu le constater en matière audiovisuelle, l'appel s'est retourné contre son auteur puisque le montant des dommages-intérêts alloués passa de 100 000 F à 300 000 F sans aucun espoir d'obtenir une cassation de l'arrêt.

Les éditions René Château avaient fait valoir que le distributeur avait mal accompli sa mission de mandataire puisqu'il avait cessé l'exploitation des films ; qu'en outre il n'avait pas procédé à la reddition des comptes prévue chaque trimestre, faute au demeurant fréquente en pratique lorsqu'un film est peu exploité, mais qui sert souvent de détonateur à une résiliation du contrat aux torts du mandataire. La qualification conventionnelle de mandat adoptée était conforme à celle du contrat type de distribution établi par la Fédération nationale des distributeurs de films (Doc. 23, Hassler et Nédélec, *Guide pratique de l'audiovisuel*, Litec, 1992, p. 226). Elle n'en est pas moins critiquable car, en vérité, la représentation du producteur n'est qu'imparfaite étant donné que le distributeur, lorsqu'il loue des films à des exploitants, contracte en son nom personnel et non au nom du producteur. La qualification de commissionnaire correspond seule à la réalité et ne doit pas laisser indifférent car le contentieux récent du marché de la publicité a prouvé que quelques millions de francs peuvent dépendre de la différence entre mandat et commission (T. com. Nanterre, 21 oct. 1992, *RJ com.* 1993, notre note, à paraître). Il est vrai qu'en l'espèce la véritable nature juridique du contrat était indifférente puisque le commissionnaire est, comme le mandataire, tenu de rendre compte.

ATC 3000 pour tenter de justifier son comportement reprocha aux éditions René Château de ne lui avoir fourni les visas d'exploitation qu'au dernier moment ce qui avait empêché l'exploitation paisible du film et justifiait la suspension de l'accomplissement de ses obligations sur le fondement de l'exception d'inexécution. ATC 3000 invoquait tout particulièrement l'art. 12 du décret du 18 janv. 1961 selon lequel « aucune copie de film ne peut être livrée à un exploitant sans être accompagnée d'un duplicatum de visa mentionnant le cas échéant les conditions particulières auxquelles la délivrance du visa a été subordonnée ». Mais, répliqua la cour, « considérant qu'il résulte du rapport de l'expert que dans la pratique cette règle n'est pas respectée, d'une part, parce que très souvent le film nouveau passe *in extremis* devant la Commission de contrôle, d'autre part, parce que côté distributeur c'est un travail long et fastidieux de remplir des duplicata du visa original (un pour chaque copie) ». Après les coutumes *contra legem* voilà des magistrats qui font prévaloir un usage sur un texte décréto ! C'est là une position peut-être réaliste mais indéfendable sur le plan des principes juridiques, surtout lorsqu'elle ne s'accompagne d'aucune sanction, même symbolique, à l'encontre du producteur.

Ne retenant pas cet argument la cour ne pouvait que confirmer la résiliation de la convention aux torts de ATC 3000 avec dommages-intérêts et obligation de payer les 250 000 F de minimum garanti encore impayés.

Mots clés :

CINEMA * Film * Distribution * Mandataire * Exploitation * Cessation brutale

Recueil Dalloz 1992 p. 279

Rémunération du syndic à une liquidation des biens dont le mandat est réputé n'avoir jamais existé : remboursement des dépenses nécessaires et utiles en tant que gérant d'affaires

Adrienne Honorat

*
**

[1] La solution qu'adopte cet arrêt de la 1re chambre civile de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ne peut être qu'approuvée ; mais il apparaît bien difficile de suivre la cour dans son argumentation.

La nomination d'un syndic en remplacement d'un autre décédé ayant été annulée pour excès de pouvoir, la rémunération de ce syndic « incorrectement » désigné a posé problème. Le syndic valablement désigné a fait opposition à l'ordonnance de taxe rendue au profit du premier, l'opposition ayant été rejetée, il a formé appel à l'encontre du jugement.

Dans un premier arrêt du 22 oct. 1990, la 1re chambre civile de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait décidé que par suite de l'annulation pour excès de pouvoir de la désignation du premier syndic, le mandat judiciaire conféré à ce dernier devait être réputé n'avoir jamais existé et que l'ordonnance de taxe, qui n'avait aucun fondement et se trouvait dénuée de tout effet juridique, ne pouvait servir de base à la demande en paiement présentée par le premier syndic ; aussi, soulevant un moyen qu'elle avait estimé d'ordre public et qui n'était pas de pur droit - le syndic désigné à tort devant rechercher la responsabilité éventuelle de l'Etat ou agir à l'égard du syndic « correctement » nommé sur le fondement d'un quasi-contrat - elle a invité les parties à conclure contradictoirement à son propos.

C'est après réouverture des débats que la 1re chambre civile de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a rendu l'arrêt du 27 févr. 1992 ci-dessus analysé.

La question d'une responsabilité éventuelle de l'Etat n'est plus du tout envisagée ; elle n'aurait d'ailleurs pu être mise en oeuvre, en l'absence de faute lourde du tribunal. En revanche, réaffirmant que le mandat judiciaire conféré au syndic désigné à tort devait être réputé n'avoir jamais existé, ce qui privait de tout fondement et de tout effet l'ordonnance de taxe, elle fait appel à la gestion d'affaires pour justifier la rémunération du syndic et admet comme montant des dépenses

utiles et nécessaires exposées par le syndic la somme taxée, les actes de gestion d'affaires ayant été prouvés par l'existence de l'ordonnance de taxe, et cela, tout en posant comme principe que les dispositions des art. 75 à 85 du décret du 29 mai 1959 sur les frais et émoluments tarifés du syndic ne peuvent trouver à s'appliquer à l'espèce.

Tout est critiquable dans ce raisonnement : comment, d'abord, parler de gestion d'affaires alors qu'il n'y a pas eu spontanément dans l'intervention du syndic mais désignation par un tribunal (V. d'ailleurs sur les élargissements abusifs que connaît parfois en jurisprudence la notion de gestion d'affaires : R. Bout, *La gestion d'affaires en droit contemporain*, LGDJ 1972, n° 246 s. ; Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1er vol., *Obligations*, 8e éd., n° 675) ; comment, ensuite, se fonder sur l'ordonnance de taxe tout en déclarant non applicable à l'espèce la procédure de taxe et tout en affirmant à plusieurs reprises que l'ordonnance de taxe se trouve dénuée de tout effet juridique ?

La 1re chambre civile de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence aurait été mieux inspirée, si elle avait repris les motifs d'un arrêt rendu le 16 sept. 1986 (D. 1987. *Somm.* 51, avec nos obs.) par la 8e chambre de cette même juridiction, qui avait été saisie d'un problème voisin, celui des frais et honoraires dus au syndic, lorsque le jugement d'ouverture d'une procédure collective vient à être infirmé en appel ; ces motifs, que nous reproduisons ci-après, auraient parfaitement convenu à l'espèce actuelle :

« Aussi absolu que soit l'effet d'une nullité, il ne peut supprimer le fait juridique qui a existé par la force même des choses et qui a été créé par l'acte anéanti qui, avant de disparaître, a eu, serait-ce un trait de temps, la vertu de produire certaines conséquences qui ne peuvent plus être éludées ou ignorées.

« Le syndic, organe indispensable d'une procédure collective, est nommé par le tribunal qui rend une décision exécutoire par provision ; le syndic n'est pas juge de la validité de la saisine de la juridiction et est tenu de remplir immédiatement les fonctions dont il est investi, sans pouvoir discuter l'autorité de celui qui l'a désigné, sauf en cas d'inexistence du jugement.

« Il est, de plus, erroné de prétendre, comme le fait le jugement attaqué, que l'ordonnance de taxe rendue après l'arrêt d'annulation est nécessairement nulle en l'absence de tout lien de droit à cet instant entre le débiteur et le syndic, alors que cette ordonnance, quelle que soit la date à laquelle elle a été prise, établit pour le passé, donc avant ledit arrêt, les comptes entre ces deux personnes pour les services accomplis dans l'intervalle écoulé entre la nomination et la suppression du dessaisissement ».

L'argumentation ainsi développée, directement inspirée de la jurisprudence du droit civil (Comp. celle de TGI Metz, 19 déc. 1991, *JCP éd. E* 1992. *Pan.* 530), qui a toujours cherché à tempérer les effets brutaux découlant du prononcé d'une nullité en admettant notamment le maintien d'actes d'administration accomplis avec des tiers de bonne foi par l'acquéreur d'un bien dont le titre a été annulé (V. en particulier à ce sujet : A. Ponsard et P. Blondel, *Rép. civ. Dalloz*, 2e éd., t. 5, v° *Nullité*, n° 183 et 184, et les réf. citées ; J. Ghestin, *Les obligations. Le contrat : formation*, 2e éd., n° 933 s. ; A. Piédelièvre, Quelques réflexions sur la maxime *quod nullum est, nullum producit effectum*, *Mélanges Voirin*, p. 638, spéc. p. 640 s.), avait au moins pour elle le mérite de la clarté et de la logique, ce qui fait défaut dans celle retenue par la décision ci-dessus recueillie.

Mots clés :

FAILLITE * Syndic * Rémunération * Mandat judiciaire * Inexistence * Règle applicable

Recueil Dalloz 1991 p. 200

En l'absence de toute disposition contractuelle concernant les heures complémentaires et leur limite le refus du salarié à temps partiel d'accomplir des heures complémentaires ne peut constituer ni une faute, ni un motif de licenciement

Arrêt rendu par Cour d'appel de Versailles

5^e ch. B

18-04-1991

Sommaire :

Il résulte de l'art. L. 212-4-3 c. trav. que le contrat de travail des salariés à temps partiel est un écrit qui doit notamment mentionner les limites dans lesquelles peuvent être effectuées des heures complémentaires au-delà du temps de travail fixé par le contrat, le nombre d'heures complémentaires au cours d'une même semaine ou d'un même mois ne pouvant être supérieur au tiers de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue par le contrat ;

Les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail effectué par un salarié au niveau de la durée légale du travail ;

Le refus d'effectuer les heures complémentaires proposées par l'employeur au-delà des limites fixées par le contrat ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement ;

Lorsque aucune disposition contractuelle n'a été conclue par les parties concernant les heures complémentaires et leur limite, le refus du salarié d'accomplir des heures complémentaires au-delà de son temps de travail contractuel ne peut constituer ni une faute, ni un motif de licenciement.

Demandeur : Foyer Emilie de Rodat (Assoc.)

Défendeur : Cueff (Mme)

Décision attaquée : Conseil de prud'hommes de Nanterre 26-05-1989 (Confirmation)

Texte(s) appliqué(s) :

Code du travail - art. L. 212-4-3

Mots clés :

TRAVAIL * Travail à temps partiel * Heure complémentaire * Contrat * Limite * Fixation * Dépassement * Salarié * Refus * Faute * Motif de licenciement

Recueil Dalloz 1990 p. 188

Compétence du tribunal saisi de la procédure collective pour statuer sur une revendication

Arrêt rendu par Cour de cassation, com.

10-07-1990

Sommaire :

Aucune disposition de la loi du 25 janv. 1985 et du décret du 27 déc. 1985 n'interdit de soumettre une revendication au tribunal saisi de la procédure collective ;

Cassation, pour violation des art. 173,1, de la loi du 25 janv. 1985 et 174 du décret du 27 déc. 1985, de l'arrêt qui, sur la revendication d'un créancier invoquant une clause de réserve de propriété, se déclare incompétent au prétendu motif que le tribunal ne peut être saisi en dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 25 du décret du 27 déc. 1985 qui donne expressément compétence au juge-commissaire, « devenu organe juridictionnel », pour statuer sur les revendications et prévoit que si ce dernier n'a pas statué dans un délai raisonnable le tribunal peut se saisir d'office ou être saisi à la demande d'une partie.

Demandeur : Philips industrielle et commerciale (Sté)

Défendeur : Saint-Denis Distribution (Sté)

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles 13^e ch. 23-06-1988 (Cassation)

Texte(s) appliqué(s) :

Loi n° 85-98 du 25-01-1985 - art. 173 - art. 121

Décret n° 85-1388 du 27-12-1985 - art. 174

Mots clés :

REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES * Actif * Revendication * Clause de réserve de propriété *
Compétence * Tribunal