

Trois éditeurs
pour toute l'actualité juridique

DAJLOZ

EDITIONS
FRANCIS
LEFEBVRE

EL EDITIONS
LEGISLATIVES

La lettre OMNIDROIT

Sommaire

MERCREDI 11 MAI 2011

Le point sur...

Responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies :
controverse jurisprudentielle à résoudre - *par D. Mainguy* P. 02

Au fil des jours

AFFAIRES

Pas de compensation pour connexité sans déclaration de créance P. 05
Sous-traitance internationale : la loi française est-elle une loi de police ? P. 06
L'échec des têtes de gondole ne fait pas la disproportion P. 07
Une proposition de loi contre le démarchage téléphonique intempestif P. 08

SOCIAL

La peur du gendarme prive la démission d'effet P. 09
Visite de reprise : ce n'est pas au médecin du travail d'en prendre l'initiative P. 09

CIVIL

Poursuite du voyage impossible : responsabilité de la SNCF P. 11
Promesse de porte-fort : admission de la ratification tacite P. 12
Expropriation : la Cour européenne des droits de l'homme se penche sur l'indemnisation
du locataire P. 13

PENAL

Effet de la conversion d'une peine d'emprisonnement sur la révocation d'un sursis antérieur P. 14
Confusion des peines et comparution du détenu P. 15

FISCAL

La preuve de la vente de bons anonymes permet d'écarter la taxation d'office devant le juge P. 16

PUBLIC

Le juge administratif maîtrise la hausse du contentieux P. 17
Le fonctionnaire démissionnaire ne peut pas être laissé dans l'incertitude P. 18

Étude en avant-première

Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie
par la sincérité des circulaires ? - *par O. Cayla* P. 19

Le point sur...

Responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre

☑ Par **D. Mainguy**, Professeur à la faculté de droit de Montpellier

- ☑ Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 06-10.946
- ☑ Civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, n° 07-15.823
- ☑ Civ. 1^{re}, 8 juil. 2010, n° 09-67.013
- ☑ Com. 6 févr. 2007, n° 04-13.178
- ☑ Com. 21 oct. 2008, n° 07-12.336
- ☑ Com. 13 janv. 2009, n° 08-13.971
- ☑ Cons. const. 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC

Six arrêts illustrent une division très nette entre la chambre commerciale et la première chambre civile, qui jette une ombre sur la position de principe de la jurisprudence de la Cour de cassation, s'agissant de la nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies.



« Les contrats ont certes besoin de droit, il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de loi » (P. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271). Le très fameux article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce illustre cette aporie : loi de circonstances, loi de transition, voire loi de Murphy. Il est devenu le support majeur de pratiquement tout le contentieux de la rupture des contrats (d'affaires), supplantant l'analyse prétorienne de l'abus du droit de rompre un contrat, en raison de l'attraction qu'offre, dans une tradition légicentriste, un texte de loi et du renfort de la désormais fameuse « action du ministre » du § III, autonome, conforme à la CEDH et à la Constitution (Cons. const. n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011, D. 2011. 392, chron. M. Chagny, et 415, note Y. Picod ; JCP E

2011. 1136, note D. Mainguy ; AJ pénal 2011. 191, obs. J.-B. Perrier ; RTD civ. 2011. 121, obs. B. Fages). Au-delà, cependant, l'une des difficultés majeures repose sur le régime de responsabilité qui sanctionne ce texte et les conséquences qui s'y attachent.

La question est apparue à l'occasion d'un arrêt de la chambre commerciale du 6 février 2007 qui avait affirmé que la responsabilité liée à la mise en œuvre de ce texte était une responsabilité délictuelle (Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2007. 653, obs. E. Chevrier, et 1694, obs. A. Ballot-Léna ; JCP G 2007. II. 10108, note F. Marmoz ; RDC 2007. 731, obs. J.-S. Borghetti ; JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD civ. 2007. 343, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2008. 210, obs. P. Delebecque). La solution est abrupte, sans que soient peut-être exactement mesurées toutes ses conséquences sur les clauses relatives aux litiges, à moins que l'on se range du côté des décisions contraires rendues par la première chambre civile. Une telle divergence n'est ni souhaitable ni utile.

Une partie des arrêts rendus écartent les clauses relatives au litige sur le fondement que le régime de responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, est délictuel ; d'autres n'écartent pas ces clauses, notamment dans un contexte international, ce dont on peut déduire que la responsabilité ressortit à l'ordre contractuel.

La première série peut être illustrée par trois arrêts de la chambre commerciale, celui du 6 février 2007 précité, l'un du 21 octobre 2008 (n° 07-12.336, JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy), et enfin un arrêt du 13 janvier 2009 (n° 08-13.971, RDC 2009. 1016, obs. D. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais ; D. 2009. 295, obs. E. Chevrier, et 2892, obs. D. Ferrier) : la responsabilité est délictuelle, les clauses relatives au litige sont écartées.

La seconde série est également illustrée par trois arrêts émanant de la première chambre civile de la Cour de cassation, en raison de leurs aspects internationaux. Dans ces trois arrêts (Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 06-10.946, D. 2007. 951, obs. E. Chevrier ; JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD com. 2008. 210, obs. P. Delebecque ; 22 oct. 2008, n° 07-15.823, D. 2009. 200, note F. Jault-Seseke, 684, chron. A. Huet, et 2384, obs. S. Bollée ; CCC 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt ; RTD com. 2009. 646, obs. P. Delebecque ; 8 juill. 2010, n° 09-67.013, D. 2010. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, 2544, obs. C. Dorandeu, et 2937, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt), étaient en jeu une clause relative au litige, clause attributive de compétence ou clause compromissoire. Dans chacun de ces arrêts, la Cour, sans se prononcer expressément sur la nature de la responsabilité, conclut cependant que la clause devait s'appliquer, ce dont on peut estimer qu'il en résulte que la responsabilité est contractuelle, écartant en outre la discussion d'un autre argument, celui du caractère éventuel de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5°.

Ces six arrêts illustrent une division très nette qui jette une ombre sur la position de principe de la jurisprudence de la Cour de cassation, s'agissant de la nature de la responsabilité et du sort des clauses relatives au litige, mais également de celui du degré d'impérativité de ce texte.

Ou bien, alors, l'une des chambres se rangera à la position de l'autre, à l'occasion d'un nouveau pourvoi - et l'on peut estimer que l'opposition existant depuis quatre ans augure mal d'une telle solution - ou bien la Cour sera rassemblée en chambre mixte ou en assemblée plénière pour trancher un conflit particulièrement désorientant mais qui fait les délices de la doctrine qui l'observe, en général, de manière non neutre, en proposant des éléments de solution, dans un sens ou dans l'autre.

La doctrine se rallie plutôt majoritairement à l'opinion selon laquelle la responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce est toujours délictuelle avec un ensemble d'arguments qui sont censés répondre à un « *principe de cohérence élémentaire* » (D. Mazeaud, obs. préc., RDC 2009. 1016). Les arguments présentés sont articulés autour de trois ensembles (J.-S. Borghetti, obs. préc., RDC 2007. 731). En premier, la lettre même de la formule d'attaque de l'article L. 442-6, I, 5° (« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait (...)* ») évoquerait une ambiance de responsabilité civile délictuelle, argument peu décisif sinon par un attachement désuet à une exégèse d'autrefois. Ensuite, vient l'idée selon laquelle les objectifs poursuivis par l'article L. 442-6, I, 5°, s'inscrivent dans une logique qui n'est pas celle du contrat (J.-S. Borghetti, obs. préc.). Ce texte a vocation à s'appliquer à des situations aussi bien contractuelles que non contractuelles, certaines négociations commerciales, par exemple. Par conséquent, ce seraient des pratiques qui seraient visées, indépendamment de leur « *vêtement contractuel* ». « *C'est un peu comme si le législateur avait jugé la notion de « contrat » non pertinente* » (J.-S. Borghetti, obs. préc.). Par ailleurs, la nature délictuelle de la responsabilité résulterait de la nature du préjudice, le caractère brutal de la rupture, c'est-à-dire les conséquences d'un acte illicite, indépendamment du contexte contractuel dans lequel il s'inscrit.

On peut raisonnablement estimer que ces arguments ne sont pas dirimants pour éviter une position tranchée, radicale : la responsabilité serait toujours délictuelle ou toujours contractuelle. Elle pourrait être autonome, ni contractuelle, ni délictuelle. On pourrait surtout observer la situation factuelle pour apporter une solution plus nuancée, relative. Certaines relations commerciales établies ne sont pas formalisées : c'est le cas d'une négociation informelle ou bien d'une série de contrats qui se succèdent dans le temps. Sa rupture se traduit par la non-conclusion d'un contrat à venir. Aucun élément contractuel extérieur ne structure la relation commerciale établie. La responsabilité qui en découle peut ainsi être considérée comme relevant d'un régime de responsabilité délictuelle (Comp. Com. 28 févr. 1995, Cah. dr. entr. 1995/6. 28, note D. Mainguy ; D. 1997. 64, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1995. 885, obs. J. Mestre). Certaines de ces relations commerciales établies sont au contraire formalisées, contractualisées, contrats de longue durée, contrats-cadres notamment. Il semble alors assez artificiel de distinguer la rupture de sa brutalité. Qu'il s'agisse d'une faculté de résiliation unilatérale ou de non-renouvellement d'un contrat, on voit, vraiment, mal comment cela pourrait échapper au régime de la sanction du contrat. La décision de rompre le contrat est bien dans le contrat et le fait que cette décision soit efficace ou inefficace, abusive ou brutale n'y change rien : elle est préjudiciable et sa source se trouve dans une faute de comportement, point dans l'illicite.

L'enjeu, c'est donc bien la question des clauses relatives au litige, clauses attributives de compétence ou clauses compromissaires. Dans un contrat international, les intérêts en cause dépassent les seules contingences françaises, et touchent au respect des obligations internationales de la France, notamment en présence de clauses désignant une loi étrangère et ou attribuant compétence à un juge étranger : la loi étrangère s'applique devant le juge étranger compétent, écartant alors l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, au profit de la loi étrangère, aussi légitime que le droit français, sauf une surestimation du moi juridique. L'invocation de l'article L. 442-6, I, 5°, comme présentant les caractères d'une loi de police n'y peut rien changer. D'une part, il semble qu'il y ait une confusion. Une loi de police est, dans l'ordre international, celle qui fait échec aux techniques de désignation de la loi applicable au profit exclusif de la loi française. Les règles du droit de la concurrence sont certes considérées comme des lois de police mais cela ne concerne que les pratiques anticoncurrentielles, point (encore ?) les pratiques restrictives de concurrence. D'autre part, quand bien même l'article L. 442-6 serait considéré comme une loi de police, c'est au juge étranger compétent d'en décider, et point le juge français qui ne devient pas compétent pour autant. De la même manière, une clause compromissoire doit s'appliquer en application du principe « compétence-compétence », même si l'article L. 442-6 est une loi de police, emportant alors un autre débat, propre au droit de l'arbitrage, sur l'obligation ou la faculté des arbitres d'invoquer, éventuellement d'office, une loi de police.

C'est peu dire que les praticiens du droit des contrats, et notamment des contrats internationaux, sont muets de stupéfaction devant cette incertitude jurisprudentielle. C'est typiquement la question qu'une assemblée plénière ou une chambre mixte aurait intérêt à trancher urgemment, en tenant compte de l'ensemble de la situation : l'article L. 442-6 est-il une loi de police, d'une part, et la responsabilité qui s'en dégage est-elle une responsabilité qui appelle une réponse radicale, toujours délictuelle ou toujours contractuelle, ou bien relative, tantôt délictuelle tantôt contractuelle ?

Au fil des jours

AFFAIRES

Pas de compensation pour connexité sans déclaration de créance

► Com. 3 mai 2011, n° 10-16.758

La compensation pour dettes connexes ne peut être prononcée dès lors que le créancier qui s'en prévaut n'a pas déclaré sa créance.

La solution n'est pas nouvelle : pas de compensation pour connexité, après jugement d'ouverture, sans déclaration de créance. C'est là une condition traditionnelle à laquelle la Cour de cassation a d'emblée subordonné le bénéfice de la compensation des créances (V., par ex., Com. 15 oct. 1991, Bull. civ. IV, n° 290), bien avant que le législateur, à l'occasion de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994, ne vienne consacrer cette exception prétorienne à l'interdiction de paiement des créances antérieures dans l'ancien article L. 621-24 du code de commerce, par une formule déjà lapidaire que n'ont développée ni la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ni l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 en la transposant dans l'actuel article L. 622-7, qui ne vise que « l'exception du paiement par compensation de créances connexes ». Exception dont on précisera – ce qui ne pas tout à fait sans rapport, on le verra en conclusion – qu'une question prioritaire de constitutionnalité non renvoyée au Conseil constitutionnel a récemment affirmé la conformité aux principes d'égalité et de sécurité juridique (Cass., QPC, 14 sept. 2010, JCP E 2011. 1030, n° 3, obs. Pétel ; LEDEN oct. 2010, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; Act. proc. coll. 2010, n° 226, obs. Cagnoli ; LPA 20 déc. 2010, obs. Henry).

Pour autant, avant comme après, la jurisprudence est toujours restée fidèle à cette condition, facile à justifier puisqu'il ne s'agit là que de l'expression de la soumission à la discipline collective de la procédure de concours imposée à tous les créanciers antérieurs, et que la compensation s'analyse effectivement en un paiement, fût-ce un double paiement simplifié entre créances réciproques (à concurrence de la moins élevée des deux). Le traitement préférentiel accordé au titulaire d'une créance connexe ne saurait ainsi aller jusqu'à modifier sa qualité au regard de la règle générale de déclaration des créances, dont l'article L. 622-24, que vise dans cet arrêt la Cour de cassation, prévoit bien qu'elle oblige « tous les créanciers dont la

créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés ». Voilà pourquoi le législateur n'avait pas besoin d'apporter cette précision à l'article L. 622-7. Et ceci explique aussi que, faute de déclaration, la créance n'est pas prise en compte, celle-ci se trouvant, à l'égalité des autres créances non déclarées, éteinte sous le régime antérieur à la loi de 2005, et, depuis celle-ci, inopposable à la procédure, par application de l'article L. 622-26, alinéa 1er, du second texte visé, tel qu'interprété par la chambre commerciale en accord avec la doctrine (Com. 3 nov. 2010, D. 2010. Actu. 2645, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2011. Pan. 406, obs. Crocq).

Pourquoi alors, vingt ans plus tard, cet arrêt publié sur le site de la Cour de cassation et destiné à son *Rapport* 2011 ? La raison est sans doute procédurale, mais cela ne la rend pas négligeable. Pour juger à contre-courant « qu'aucune déclaration de créance ne s'impose [au créancier] par application de l'article L. 622-24 du code de commerce », la cour d'appel était partie de la prémisse que « le bénéfice de la compensation qu'[il] oppose à l'action en paiement [du débiteur], ne constitue qu'un moyen de défense visant à l'extinction des obligations réciproques ».

L'argumentation ne tombe pas du ciel. S'appuyant sur un arrêt non publié de la chambre commerciale (Com. 2 nov. 2005, n° 04-15.928, Dalloz jurisprudence), un auteur avait déjà souligné que l'obligation de déclaration suppose que « la compensation, qui joue comme une exception en ce qu'elle permet à un débiteur de ne pas payer ce qu'il doit, soit présentée comme une demande reconventionnelle face à une demande de paiement », et non comme une simple défense au fond exclusive d'une demande reconventionnelle en compensation (P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 632.47). La distinction n'est pas facile en pratique, et suscite autant de discussions doctrinales que d'hésitations jurisprudentielles, que viennent à point d'illustrer les rapport et avis accompagnant l'arrêt de l'assemblée plénière rendu le 22 avril 2011 (Ass. plén., 22 avr. 2011, Dalloz actualité, 4 mai 2011, obs. X. Delpech).

La société créancière s'était-elle, dans la présente affaire, bornée à combattre la prétention de la société sous sauvegarde qui lui réclamait paiement, auquel cas elle n'eût opposé qu'une défense au fond, ou avait-elle, au contraire, formulé elle-même une prétention, émettant alors une demande reconventionnelle, laquelle est définie, par l'article 64 du code de procédure civile, comme « la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire » ? La seule lecture de l'arrêt du 3 mai 2011 ne permet pas de le

savoir. Mais peu importe, puisque, de toute évidence, de cette distinction la Cour de cassation ne veut pas. Tel est le sens de cette décision de censure, dont, éclairée par les explications qui précèdent, la formulation ne laisse plus guère de doute sur la portée : « la compensation pour dettes connexes ne pouvait être prononcée dès lors que [le créancier] n'avait pas déclaré sa créance ».

Le régime de la compensation post-jugement d'ouverture pour connexité ne dépend donc pas de l'analyse procédurale du bénéfice de l'exception à l'interdiction de paiements des créances antérieures. La déclaration de la créance destinée à être compensée est une condition absolue de la faveur octroyée au créancier par l'article L. 622-7. On ne peut que comprendre la position de la Cour de cassation. Entrer dans la distinction que proposait la cour d'appel n'aurait que des inconvénients : alors que la règle de l'égalité des créanciers, déjà bien écornée sur le fond par cette exception de connexité, en sortirait encore plus bafouée à l'avantage d'un seul, la sécurité juridique s'en trouverait, de son côté, singulièrement amoindrie. Or, précisément, pour refuser de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel, la Cour avait affirmé que ce texte n'attendait pas aux principes d'égalité et de sécurité juridique.

AFFAIRES

Sous-traitance internationale : la loi française est-elle une loi de police ?

➤ Com. 27 avr. 2011, n° 09-13.524

La Cour de cassation rejette la qualification de loi de police à propos de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975, qui interdit à l'entreprise principale de céder ou nantir les créances résultant du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qui correspondent à des travaux sous-traités, en l'absence, en l'occurrence, d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi par la loi de 1975.

Cet arrêt a pour point de départ un contrat de sous-traitance. L'entrepreneur principal s'est vu consentir une ouverture de crédit par une banque en garantie de laquelle il a cédé à cette dernière, dans les formes prévues par l'article L. 313-23 du code monétaire et financier, la créance qu'il détient sur le

maître de l'ouvrage. En d'autres termes, il s'agit d'une « cession Dailly » à titre de garantie. Or, l'article 13-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 interdit à l'entreprise principale de céder ou nantir les créances résultant du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qui correspondent à des travaux sous-traités, sous réserve d'obtenir le cautionnement de sous-traitance visé à l'article 14 de cette même loi. Il se trouve qu'il était ici question de sous-traitance internationale. Le client – le maître de l'ouvrage – était une société italienne, le fournisseur – l'entrepreneur principal – une société française, le premier ayant commandé au second du matériel de télécommunication, dont la fabrication a été sous-traitée à une autre société italienne. La société française ne s'étant pas acquitté du prix du sous-traité – elle a même été mise en redressement judiciaire – le sous-traitant a cherché à invoquer l'inopposabilité de la « cession Dailly » à son encontre. Il s'agit là, en effet, de la sanction habituellement retenue par la jurisprudence en cas de non-respect, par l'entrepreneur principal, des prescriptions de l'article 13-1 (Com. 22 nov. 1988, Bull. civ. IV, n° 318 ; 16 mai 1995, Bull. civ. IV, n° 141). Le contrat de sous-traitance était, en l'occurrence, soumis au droit suisse, mais le sous-traitant italien avait cherché à se prévaloir de l'article précité de la loi française en tant que loi de police. La Cour de cassation, qui a déjà eu à connaître de cette affaire, a d'abord refusé, contrairement aux juges du fond, de donner droit à cette demande, s'en tenant à l'approche conflictualiste classique : les prescriptions de l'article 13-1 de la loi de 1975 ne peuvent être valablement opposées à la banque cessionnaire qu'à la condition que la loi française soit applicable au contrat liant le cédant, ce qui n'était pas le cas (Com. 19 déc. 2006, Bull. civ. IV, n° 251 ; Banque et Droit juill.-août 2007. 38, obs. Affaki et Stoufflet ; Dr. et patr. déc. 2007. 83, obs. M.-E. Ancel).

D'où la cassation et le renvoi des parties devant la cour d'appel de Paris, laquelle considère néanmoins que la loi française « étant une loi de protection du sous-traitant et de sauvegarde de l'organisation économique du pays, elle doit être considérée comme une loi de police ». On peut évidemment s'étonner, à première vue, de la teneur de cet arrêt, que l'on pourrait qualifier « de résistance ». C'est oublier que, entre temps, une chambre mixte a rendu un très important arrêt, dans laquelle elle affirme, dans un attendu de principe, que « la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police » (Cass., ch. mixte, 30 nov. 2007, Bull. civ. n° 12 ; D. 2008. Jur. 753, note Boyault et Lemaire ; ibid. Pan. 1510, obs. Courbe ; ibid. AJ 5, obs. Delpech ; RTD com. 2008. 456, obs. Delebecque ; JCP 2008. II. 10000, note d'Avout). Bien que cet arrêt ait été rendu à propos de l'action directe du sous-traitant de l'article 12 de la loi de 1975, il apparaissait peu douteux que sont concernées par cette jurisprudence toutes les dispositions protectrices du sous-traitant prévues

par la loi de 1975, dont celles de son article 13-1. La solution dégagée en 2006 cesserait, par conséquent, de refléter le droit positif. On ne saurait blâmer les juges parisiens d'avoir appliqué mécaniquement cette nouvelle jurisprudence. Pourquoi, dès lors, la cassation est-elle de nouveau prononcée ? Tout simplement parce que la cour d'appel de Paris a attribué à cette jurisprudence une portée qu'elle n'a sans doute pas. La chambre mixte avait, en effet, pris soin de souligner que la qualification de loi de police de la loi de 1975 devait être retenue en matière de sous-traitance immobilière et dès lors que l'immeuble était construit en France. Or le contexte est ici radicalement différent : il est question de la fourniture de biens mobiliers, ce qui semble se rattacher à de la sous-traitance industrielle. Pour autant, la Cour de cassation ne paraît pas exclure par principe, dans cette hypothèse, la qualification de loi de police. Si tel était le cas, elle irait finalement plus loin que la solution posée par l'arrêt de 2007. Simplement, parce qu'une loi de police est celle « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays » qui l'édicte (Com. 13 juill. 2010, D. 2010. Jur. 2339, note Da Silva ; *ibid.* Actu. 1863, obs. Delpech ; Rev. crit. DIP 2010. 720, rapp. Potocki ; JCP 2010, n° 972, note Bureau et d'Avout), encore faut-il que l'opération à l'origine du contrat de sous-traitance présente des liens étroits avec ce pays, c'est-à-dire, en l'occurrence, avec la France. C'est précisément le fait de ne pas avoir vérifié si cette condition était remplie que l'arrêt d'appel est ici cassé pour défaut de base légale ; il lui est, en effet, reproché de ne pas avoir caractérisé « l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi » par la loi de 1975. En réalité, il y a assez peu de chance que la cour de renvoi retienne la qualification de loi de police, car l'opération semble largement « localisée » en Italie : il s'agit d'une commande exécutée en Italie au profit d'un client italien. Mais il faut avoir à l'esprit que le fait que le sous-traitant soit une société italienne ne constitue a priori pas un obstacle rédhibitoire à ce que cette dernière soit exclue du droit de se prévaloir de la loi française en tant que loi de police protectrice de ses intérêts.

L'échec des têtes de gondole ne fait pas la disproportion

Com. 27 avr. 2011, n° 10-13.690

La seule faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur ou l'absence de progression significatives de ses ventes au regard de l'avantage consenti au distributeur est impropre à caractériser une disproportion manifeste entre les avantages obtenus et la valeur des services rendus.

L'article L. 442-6, I, 1°, a, du code de commerce condamne le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. L'arrêt rapporté est intéressant en ce qu'il se prononce, pour la première fois à notre connaissance au stade de la Cour de cassation, sur le critère de proportionnalité (un arrêt de 2007 ce prononçant davantage sur l'existence des services spécifiques que sur la proportionnalité, Com. 20 févr. 2007, D. 2008. Pan. 247, obs. Valette-Ercole ; JCP E 2007, n° 43-44, p. 19, obs. Decocq ; CCC 2007, n° 125, obs. Malaurie-Vignal ; RJDA 2007, n° 899).

La disproportion manifeste entre le service et sa rémunération doit être appréciée dans le cadre des contrats de coopération litigieux des parties et non dans un contexte plus général des relations d'affaires entre le fournisseur et le groupe dont dépend le distributeur (Rennes, 20 janv. 2009, CCC 2009, n° 244, obs. M. M.-V). Il a été jugé que le fait de lier le coût des prestations de services au pourcentage du chiffre d'affaires réalisé ne suffisait pas à démontrer que les services en cause n'ont pas été rendus (T. com. Meaux, 21 nov. 2006, Gaz. Pal. 2007. 1232). Plus encore, les juges rennais précités avaient estimé que le caractère disproportionné devait s'apprécier en fonction de la valeur du service rendu et non au regard des résultats commerciaux obtenus par le fournisseur.

C'est cette jurisprudence qu'entérinent les hauts magistrats dans cet arrêt du 27 avril 2011. Car, en effet, si la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale pendant la période de référence au regard de l'avantage qui lui a été consenti ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peut constituer un élément d'appréciation de l'éventuelle disproportion manifeste entre ces deux éléments, elle ne peut, à elle seule, constituer la preuve de cette disproportion manifeste.

La solution découle du fait que les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale ne sont pas tenus à une obligation de résultat quant au succès de l'opération. La seule obligation de résultat qui pèse sur eux est d'effectuer l'opération conventionnellement prévue (en l'espèce, la mise en place de têtes de gondole). Ainsi, si le distributeur a l'obligation d'accomplir le service pour lequel il a été rémunéré, aucune obligation ne pèse sur lui quant au résultat appelé à en survenir, ce résultat étant soumis à l'aléa de la réaction du consommateur et le fournisseur assumant lui-même, en contractant, le risque corrélatif de la possibilité de l'échec de l'opération ou de la relativité de son succès. Il est dès lors impossible, pour apprécier la validité du contrat au regard de l'article L. 442-6 du code de commerce, de faire de l'obtention d'un résultat favorable le critère de validité des contrats de coopération et de sa non-obtention une faute du distributeur justifiant leur annulation et le remboursement des sommes versées en paiement des services effectués. Soumettre le caractère proportionné de la rémunération au dégageant d'une marge supérieure au coût de la prestation fait de l'obtention de ce résultat la condition nécessaire de la proportion évoquée, alors même que des paramètres indépendants du distributeur entre en ligne de compte dans le succès ou l'échec de l'opération.

Reste que l'écart entre le coût de la prestation et le chiffre d'affaires généré par l'opération, s'il ne permet pas à lui seul de caractériser la disproportion, il peut constituer un des éléments d'appréciation de l'éventuelle disproportion manifeste.

AFFAIRES

Une proposition de loi contre le démarchage téléphonique intempestif

► Prop. de loi visant à renforcer les droits des consommateurs en matière de démarchage téléphonique

Les sénateurs ont adopté, le 28 avril 2011, une proposition de loi visant à renforcer les droits des consommateurs en matière de démarchage téléphonique.

Décidément au centre des préoccupations du Sénat, la protection de l'« individu numérique » (V. proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique adoptée le 23

mars 2010, Dalloz actualité, 26 mars 2010, obs. A. Astaix) est de nouveau renforcée avec l'adoption de ce texte visant la protection du consommateur *via* la régulation et l'utilisation de ses données personnelles. Pourtant la législation et la réglementation actuelles prévoient déjà que le consommateur peut, s'il en fait expressément la demande, s'opposer à ce que ses données personnelles soient utilisées dans des opérations de prospection directe, c'est-à-dire en matière de démarchage téléphonique ou de télémarketing (L. n° 78-17 du 6 janv. 1978, art. 38 ; CPCE, art. R. 10). Cependant, et face à des pratiques commerciales de plus en plus agressives (appels à répétition, y compris le soir et le week-end), il est apparu souhaitable de renforcer les droits du consommateur afin qu'il ne soit plus importuné chez lui, contre son gré, et ne soit plus assailli d'offres non sollicitées.

Le texte prend, à cet effet, l'exact contre-pied de la philosophie actuelle : ce n'est plus au citoyen de s'opposer expressément à ce que ses données soient transmises à des sociétés privées qui souhaiteraient les utiliser dans un but de prospection directe mais, au contraire, le consommateur devra donner expressément son accord pour que ses données personnelles puissent être utilisées à des fins commerciales avant toute prospection ou démarchage (CPCE, art. L. 34-5-1 nouv.). On notera que le texte exige que « lors de la conclusion d'un contrat de fourniture de service téléphonique au public, l'opérateur de communications électroniques [recueille] le consentement exprès de l'abonné, personne physique, pour l'utilisation par voie téléphonique [...] de ses données » et ne différencie donc pas selon, que le service téléphonique est fixe ou mobile.

Par ailleurs, selon les termes de l'article L. 121-83 du code de la consommation, tout contrat souscrit avec un fournisseur de services de communications électroniques devrait comporter certaines informations au rang desquelles, à l'avenir, le « consentement ou le refus du consommateur à l'utilisation de ses données à caractère personnel à des fins de prospection directe ».

La sanction du non-respect du consentement préalable de l'abonné à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de démarchage est punie d'une amende de 45 000 € (CPCE, art. L. 39-3-2 nouv.). La proposition de loi initiale, avant les travaux de la Commission des lois donc, souhaitait une modification de l'article 228-18-1 du code pénal afin d'infliger une sanction de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende.

S'agissant des abonnements téléphoniques en cours, la proposition de loi applique le nouveau principe en prévoyant le recueil de l'accord de l'abonné à l'utilisation de ses données personnelles pour démarchage dans le délai d'un an à compter de la publication de la loi mais laisse au pouvoir réglementaire le soin d'en fixer les modalités. Le

texte repose en revanche sur un accord tacite puisqu'à défaut de réponse de l'abonné dans le délai de deux mois à compter de la demande de l'opérateur, son consentement est réputé acquis.

Voici, quoi qu'il en soit, une proposition bienvenue à l'heure où les Européens s'inquiètent de la protection de leurs données personnelles (V. Dalloz actualité, 12 avr. 2011, obs. C. Fleuriot) et alors que la Commission européenne annonce une évaluation des dispositifs de conservation des données (V. Dalloz actualité, à paraître, obs. A. Astaix).

SOCIAL

La peur du gendarme prive la démission d'effet

► CA Rennes 29 mars 2011 n° 09-7778

La démission d'un salarié accusé de vol, rédigée sous la pression de la direction et en présence de gendarmes, n'est pas librement consentie et peut être remise en cause.

Une salariée embauchée en contrat de professionnalisation est accusée par son employeur d'avoir volé dans la caisse. Bien que niant être l'auteur du vol, elle rédige le jour même une lettre de démission et une reconnaissance de dette, en présence de gendarmes. Quelques jours plus tard, elle reprend cette démission.

La cour d'appel de Rennes, saisie du litige, applique une solution classiquement retenue par la Cour de cassation : une démission extorquée par l'employeur qui intimide le salarié, en menaçant de porter plainte contre lui, n'est pas valable, car elle ne résulte pas d'un consentement libre et éclairé (voir par exemple Cass. soc. 24 mars 2004 n° 02-41.650). Par conséquent, la démission est requalifiée en un licenciement qui, n'ayant pas été notifié dans les formes, est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

SOCIAL

Visite de reprise : ce n'est pas au médecin du travail d'en prendre l'initiative

► Civ. 2^e, 28 avril 2011, n° 09-40.487

L'obligation de faire pratiquer une visite de reprise incombe à l'employeur. Dès lors, un examen médical dont l'initiative émane du seul médecin du travail ne constitue pas une telle visite. Le salarié n'est donc pas tenu de s'y rendre.

Après un arrêt de travail, la reprise du travail obéit à des règles très strictes dont il est fortement déconseillé de s'écarter, car en la matière, les tribunaux se montrent intraitables à l'égard des employeurs. C'est plus particulièrement le cas en ce qui concerne la visite de reprise. Cet examen médical est rendu obligatoire dans un certain nombre de cas énumérés à l'article R. 4624-21 du code du travail (retour de congé maternité, absence pour maladie professionnelle, absence d'au moins 8 jours pour accident du travail ou d'au moins 21 jours pour maladie non professionnelle). Or, depuis longtemps, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel l'initiative de cette visite incombe à l'employeur. Voici que, dans une nouvelle décision, la Haute Cour vient de renforcer ce principe en refusant de reconnaître toute validité à une visite de reprise organisée par le seul médecin du travail.

Le principe : l'organisation de la visite de reprise, une obligation patronale...

Ce n'est pas écrit dans les textes, mais la jurisprudence a, depuis plusieurs années, posé le principe selon lequel, dans les cas énumérés à l'article R. 4624-21 précité, l'initiative de la visite de reprise incombe à l'employeur (v. parmi d'autres décisions : Cass. soc., 12 mars 1987, n° 84-43.003, Ets Michel Leveaux c/ Boggio Bernier). Ainsi, parce qu'il est en charge de la gestion du contrat de travail, ce qui implique notamment la gestion des absences du salarié et de son retour dans l'entreprise, la jurisprudence considère qu'il appartient à l'employeur de mettre en œuvre la procédure visant à solliciter l'avis du médecin du travail sur l'aptitude de son subordonné à la reprise du travail. En pratique, à l'issue de l'arrêt de travail du salarié, il incombe donc à l'employeur de prendre contact avec la médecine du travail, de faire convoquer l'intéressé à l'examen médical, etc.,

Ce principe, selon lequel l'employeur a donc la charge d'initier la procédure de visite de reprise ne connaît jusqu'à présent qu'un aménagement : la

jurisprudence admet que le salarié lui-même puisse demander à passer la visite de reprise (soit auprès de l'employeur, soit directement auprès du médecin du travail (à condition d'en avertir au préalable l'employeur) (Cass. soc., 12 novembre 1997 n° 94-40.912, Morchoisne c/ Imprimerie Siraudeau).

Cette exception au principe restera pour le moment la seule, puisque la Cour de cassation vient de dénier le droit au médecin du travail d'endosser à son tour la charge d'organiser la visite de reprise.

...Dont le médecin du travail ne saurait prendre l'initiative

Dans cette affaire, un salarié avait été examiné par le médecin du travail, pendant un arrêt de travail pour maladie, dans le cadre d'une visite de pré-reprise. Lors de cette visite, le médecin du travail avait tout planifié : en effet, il avait d'ores et déjà envisagé la date de la future visite de reprise (à passer 8 jours après la fin de l'arrêt de travail). Puis il avait notifié cette date à l'employeur et, le salarié avait été avisé de cette décision. Or, à l'issue de son arrêt de travail, le salarié n'avait pas repris son poste. Il ne s'était pas, non plus, présenté à la visite médicale planifiée par le médecin du travail.

Au bout d'un mois et demi, l'employeur avait licencié l'intéressé pour faute grave, en lui reprochant à la fois, son absence à son poste de travail (à l'issue de son arrêt maladie) et son défaut de présentation à la visite de reprise (prévue 8 jours plus tard).

Mais pour la Cour de cassation, bien au contraire, aucune faute ne pouvait être reprochée au salarié.

En effet, s'agissant, en premier lieu, de l'absence du salarié à la visite de reprise à laquelle il avait été convoqué, la Haute Cour a confirmé qu'« il incombe à l'employeur de prendre l'initiative de cette visite médicale et de convoquer le salarié ». En conséquence, « dès lors que l'employeur n'avait pas organisé lui-même la visite de reprise (.), le salarié n'avait pas commis un manquement en ne se présentant pas à une visite seulement envisagée par le médecin du travail ».

Ainsi, puisque seul l'examen médical initié par l'employeur (ou par le salarié, v. ci-avant) a valeur de visite de reprise, la Cour de cassation refuse de faire entrer dans ce cadre les examens médicaux pratiqués à la seule demande du médecin du travail. Car cela reviendrait à accepter que la médecine du travail se substitue à l'employeur dans ses obligations. Une éventualité à laquelle la Haute Cour oppose donc un refus catégorique.

La gestion de l'absence du salarié (et de son retour) reste à la charge de l'employeur

En second lieu, s'agissant de la non-reprise du travail par le salarié, la Cour de cassation ne reconnaît pas, non plus de faute justifiant un licenciement : « en l'absence de visite de reprise à l'issue de l'arrêt de travail (...), le contrat de travail

demeurant suspendu, le salarié qui ne s'était pas présenté à son poste (...) n'avait pas commis de faute ».

Car dès lors que la visite médicale initiée par le seul médecin du travail ne pouvait avoir valeur de visite de reprise, le contrat de travail devait être considéré comme étant toujours suspendu. Bien sûr, il ne s'agissait plus d'une suspension du contrat liée à un arrêt maladie (puisque l'arrêt de travail prescrit par le médecin traitant avait pris fin). Mais il n'en reste pas moins qu'il n'y avait pas eu « reprise » du travail, au sens juridique du terme.

Dans une telle situation, le salarié qui ne reprend pas son poste à l'issue de son arrêt de travail (et qui ne renvoie pas de nouveau justificatif médical) se trouve *de facto* en absence injustifiée. Pour autant, ce motif ne peut d'emblée justifier un licenciement pour faute grave. car, il faut savoir que dans un tel cas, la jurisprudence ne reconnaît pas automatiquement la faute du salarié. Au contraire, en cas de prolongation d'une absence suite à un arrêt de travail pour maladie, les juges considèrent généralement que l'employeur connaît le motif de l'absence, et que donc, si le salarié n'envoie pas de justificatif médical, cela ne suffit *a priori* pas pour caractériser l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-42.541, Beyaert c/ Sté Annabelle). Habituellement, les tribunaux exigent de l'employeur qu'il prenne contact avec le salarié en lui demandant de justifier de son absence, avant toute sanction. C'est le défaut de réponse du salarié à la demande de l'employeur qui peut éventuellement, dans un tel cas, servir de fondement à un licenciement (Cass. soc., 30 mai 2007, n° 06-41.385, El Amrani c/ Sté Timing). Mais dans l'affaire ici commentée, l'employeur n'avait, semble-t-il, pas sollicité d'explications auprès du salarié, et s'était contenté d'attendre pendant un mois et demi, avant de conclure qu'il s'était écoulé assez de temps pour procéder à un licenciement. Un tel manque de prudence ne pouvait qu'être sanctionné par la Cour de cassation.

Poursuite du voyage impossible : responsabilité de la SNCF

► Civ. 1^{re}, 28 avr. 2011, n° 10-15.056

Dans un arrêt du 28 avril 2011, la Cour de cassation statue sur la notion de dommage prévisible, mesure de la responsabilité contractuelle.

Une fois n'est pas coutume, c'est une décision plutôt favorable à la SNCF que la Cour de cassation a rendu dans cet arrêt du 28 avril 2011.

Des voyageurs avaient pris place à bord d'un train dont l'arrivée était prévue à la gare Montparnasse à 11 h 15. Ils devaient ensuite rejoindre l'aéroport de Paris Orly où ils devaient embarquer à 14 h 10 à destination de l'île de Cuba. Leur train était finalement arrivé à la gare de Massy Palaiseau à 14 h 26, ce qui avait rendu la poursuite de leur voyage impossible.

La juridiction de proximité, retenant que « d'une manière générale, les voyageurs qu'elle transporte ne sont pas rendus à destination quand ils sont en gare d'arrivée, notamment quand il s'agit de gares parisiennes, et que, dès lors, la SNCF ne saurait prétendre que le dommage résultant de l'impossibilité totale pour les demandeurs de poursuivre leur voyage et de prendre une correspondance aérienne prévue était totalement imprévisible lors de la conclusion du contrat de transport », a accordé aux voyageurs le remboursement des frais exposés ainsi qu'une somme à titre de réparation du préjudice moral.

Sur pourvoi de la SNCF, la Cour de cassation a dû répondre à la question de savoir si le dommage dont il était demandé réparation était ou non prévisible.

Aux termes de l'article 1150 du code civil, « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». L'exclusion du dommage imprévisible, propre à la matière contractuelle, permet ainsi de mesurer la responsabilité du débiteur. En d'autres termes, pour accorder des dommages-intérêts au créancier, on ne tiendra compte que de ce qui avait pu être prévu lors du contrat.

La difficulté est alors d'identifier les prévisions des parties lors de la conclusion du contrat. En l'espèce, le juge de proximité avait estimé que, si le transporteur ne peut être tenu d'indemniser toutes

les conséquences dommageables qu'un retard dans l'arrivée des trains peut avoir pour ses clients, il ne peut affirmer que le dommage résultant de l'impossibilité totale de poursuivre leur voyage et de prendre une correspondance aérienne prévue était totalement imprévisible lors de la conclusion du contrat de transport. Cette appréciation de la prévisibilité du dommage pouvait partiellement se réclamer d'un arrêt de la cour d'appel de Paris (Paris, 31 mars 1994, D. 1994. IR 134 ; Gaz. Pal. 1994. 1. 407) dans lequel celle-ci avait estimé que « le dommage résultant pour un voyageur de l'impossibilité où il s'est trouvé, à la suite d'un retard très important à l'arrivée du train, de poursuivre son voyage comme il l'avait prévu et organisé et de la nécessité corrélative d'avoir dû racheter d'autres titres de transport n'est pas imprévisible pour la SNCF ; mais il ne peut être alloué aux intéressés des dommages-intérêts supplémentaires pour la perte d'une journée de vacances, dès lors que la SNCF ne connaissait pas l'objet du voyage et qu'elle ne pouvait pas prévoir cette conséquence particulière ».

Au visa de l'article 1150, la Cour de cassation censure le jugement. Elle estime « qu'en se déterminant par des motifs généraux, sans expliquer en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale des voyageurs et que ces derniers avaient conclu des contrats de transport aérien, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Plusieurs enseignements s'évincent de cet arrêt. Tout d'abord, l'appréciation du caractère prévisible ou non du dommage relève bien du contrôle de la Cour de cassation, puisqu'il s'agit de déterminer le contenu des obligations d'une partie (Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2010-2011, n° 1042, par le Tourneau). Ensuite, si l'appréciation de la prévisibilité se fait *in abstracto*, cela ne signifie pas pour autant que le juge ne doit pas tenir compte des circonstances. Autrement dit, il doit prendre en compte l'économie du contrat, voulue par les parties. De fait, c'est pour avoir statué par des motifs trop généraux que le juge de proximité est sanctionné, alors qu'il aurait dû apprécier les éléments de prévisibilité dont disposait la SNCF en l'espèce. Enfin, il est traditionnellement admis que la prévisibilité résulte de la normalité : les conséquences doivent être « normalement » prévisibles (Droit de la responsabilité et des contrats, préc., n° 1041). En l'espèce, le juge de proximité avait, quant à lui, estimé que le dommage dont il était demandé réparation n'était pas « totalement imprévisible ».

Si cet arrêt contribue à clarifier la notion de dommage prévisible, toute difficulté n'est pas pour autant supprimée. Il y a fort à parier, en effet, que la mise en œuvre de la distinction entre « le terme du voyage » et « la destination finale » des voyageurs donnera lieu à de redoutables difficultés d'application...

Promesse de porte-fort : admission de la ratification tacite

➤ Ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-16.008

Dans cet important arrêt, l'assemblée plénière de la Cour de cassation rappelle que la ratification de la promesse de porte-fort peut être tacite et revient sur l'enjeu de la distinction défense au fond-demande reconventionnelle.

Cet arrêt d'assemblée plénière intéresse tant le fond du droit que la procédure, mais c'est ce second aspect qui justifie que la présente affaire, dont la Cour de cassation a déjà eu à connaître (Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 07-12.597, Dalloz jurisprudence), soit portée devant la plus haute formation de la cour régulatrice. Il est question de cession d'actions.

Un actionnaire, agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de porte-fort de cinq autres actionnaires, s'engage, dans un protocole, à céder à un acquéreur une partie des actions – c'est-à-dire à la fois les siennes et celles des tiers pour lesquels il s'est porté fort de la cession de leurs titres – composant le capital social d'une société anonyme pour un prix global de 400 000 francs. En d'autres termes, par la technique du porte-fort, il s'oblige à indemniser le cessionnaire dans l'hypothèse où les cédants pressentis viendraient à ne pas céder leurs actions, autrement dit, ne ratifieraient pas la promesse. Pour autant la cession a lieu, mais le cessionnaire ne s'est pourtant acquitté, auprès du seul promettant, que d'une fraction du prix prévu (soit 300 000 F), si bien que les cédants n'ont perçu du promettant qu'une partie de ce qui leur est dû (le promettant, ne leur a même rétrocédé, semble-t-il, qu'une infime partie des 300 000 francs, conservant la plus grosse partie de ce qui lui a été versé par le cessionnaire). D'où une action, contre le promettant, émanant de deux des cédants sur les cinq, visant à obtenir le paiement de la totalité du prix des actions leur revenant personnellement. Selon le promettant, pourtant, la cession est caduque – et donc la demande en paiement des prétendus cédants induite – faute, pour ces derniers, d'avoir ratifié la promesse de porte-fort, ces deux actes – cession et ratification – ne faisant en réalité qu'un. Pour la Cour de cassation, approuvant la cour d'appel, la ratification a bien eu lieu. Elle affirme même, dans un attendu de principe tout à fait conforme à sa jurisprudence – au demeurant critiquée (Aubert de Vincelles, V. Rép. civ., v° Porte-fort, n° 11) – que la « ratification de la promesse de porte-fort peut être

tacite ». La ratification de l'engagement pris par le promettant pour le compte d'un tiers n'obéit donc à aucune condition de forme particulière, dès lors qu'elle résulte d'une manifestation de volonté non équivoque de ce tiers de ratifier ledit engagement. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il a connaissance du contrat et a adopté un comportement conforme à l'exécution de la promesse (Com. 22 juill. 1986, RTD civ. 1987. 306, obs. J. Mestre ; Soc. 24 févr. 2004, n° 01-47.108, Dalloz jurisprudence). En l'occurrence, la ratification résulte du fait que les cessionnaires désignés par l'acte de cession avaient, sans ambiguïté aucune, acquis cette qualité, notamment en ce qu'ils étaient devenus dirigeants de la société dont les titres ont été cédés. L'assemblée plénière montre ici sa volonté de ne pas totalement abandonner aux juges du fond l'appréciation du comportement du tiers (ici les cédants) à la promesse de porte-fort, en ce qu'il révèle ou non, de sa part, une intention de ratifier. Elle procède à un contrôle des motifs, exigeant des juges du fond qu'ils précisent les éléments de fait qui permettent d'en déduire une pareille intention. Selon M. Frouin, conseiller rapporteur, rien n'interdit toutefois aux parties de convenir, dans l'acte contenant la promesse de porte-fort, que la ratification de la promesse résulte que de la réalisation d'une condition qu'elles déterminent, excluant alors toute idée de ratification tacite. En l'occurrence, précisément, le demandeur au pourvoi, le promettant, prétendait que la ratification devait être subordonnée à la signature des bordereaux de transfert des actions par les cessionnaires, laquelle n'avait pas eu lieu. En réalité, tout dépend s'il s'agit là d'un élément « dérisoire », ou, au contraire, d'un fait érigé en élément constitutif de la ratification. De jurisprudence, en présence de ce type de problématique, cet élément repose sur la volonté des parties, que les juges du fond sont invitées à rechercher (Civ. 1^{re}, 15 janv. 1963, Bull. civ. I, n° 32 ; Com. 16 avr. 1991, Bull. civ. IV, n° 148 ; RTD civ. 1992. 78, obs. Mestre). Ce qu'ils ne semblent pas avoir fait ici, d'où le reproche, à juste titre selon nous, formulé par le pourvoi.

Pour échapper à son engagement, le porte-fort a également soulevé la nullité de l'acte de cession d'actions et a même demandé aux deux cédants le remboursement d'une somme représentant le prix des actions qu'il leur avait versé (l'idée est, en effet, que si la vente est nulle, il faut revenir au *statu quo ante*, autrement dit que les parties restituent ce qu'elles ont reçu de l'autre). Il s'agit de savoir si le moyen ici invoqué s'analyse en une défense au fond ou une demande reconventionnelle. *A priori*, la frontière entre ces deux voies procédurales est nette : l'une évoque la tentative de rejet de la prétention de son adversaire, l'autre la recherche d'un avantage. En réalité, la distinction est parfois subtile. Or, la qualification adoptée n'est pas neutre, car ces voies procédurales n'obéissent pas, sur bien des points, au même régime. En particulier, la demande reconventionnelle étant une demande incidente, elle doit, pour être recevable, être formée

non seulement à l'encontre des parties dans l'instance, mais également de toutes les personnes, quoique non parties à celle-ci, mais qui sont concernées par son issue. Si cette qualification doit être retenue, il importe, en application de l'article 68, alinéa 2, du code de procédure civile, que le porte-fort, dans sa demande reconventionnelle, mette en cause l'ensemble des cédants, y compris les trois cédants (sur les cinq) non parties à l'instance dont il s'était porté fort, ce qu'il a précisément omis de faire. Pour l'assemblée plénière, il s'agit bien ici d'une demande reconventionnelle, dans la mesure où le porte-fort « ne se bornait pas à invoquer la nullité du protocole mais entendait voir tirer les conséquences de cette nullité en sollicitant la remise des parties dans l'état antérieur à la signature de l'acte et la condamnation des demanderessees à lui payer une certaine somme en restitution du prix déjà payé ». D'où l'irrecevabilité de celle-ci.

CIVIL

Expropriation : la Cour européenne des droits de l'homme se penche sur l'indemnisation du locataire

➤ CEDH 26 avr. 2011, n° 32521/05

Le locataire d'un terrain subit une charge spéciale et exorbitante contraire au droit au respect de ses biens s'il n'obtient pas une indemnisation raisonnablement et concrètement en rapport avec le préjudice effectivement subi du fait de l'expropriation.

Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est relatif à l'indemnisation du locataire qui subit l'expropriation du bien loué.

En l'espèce, un entrepreneur italien exploitait un commerce sur un terrain qu'il louait à une commune. Ce terrain fit l'objet d'une procédure d'expropriation intentée par l'Etat aux fins de construire une route. Le locataire contestait devant le juge européen les modalités de l'indemnisation qui lui avait été octroyée, soutenant que la faiblesse de son montant constituait une atteinte au droit au respect de ses biens. Il soulignait en particulier que, de par le refus de compenser la perte de son outil de travail, l'indemnité d'expropriation qui lui avait été consentie n'était pas raisonnablement en rapport avec la valeur de son bien (§ 38).

Mais de quel bien s'agissait-il au juste ?

La cour rappelle à cette occasion l'autonomie de la notion de bien visée par l'article 1^{er} du premier protocole, qui recouvre non seulement les biens matériels, mais également les valeurs patrimoniales, y compris les créances « en vertu desquelles un requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété » (§ 49). Il semble toutefois qu'il faille, en dépit de cette formulation, distinguer la créance proprement dite de l'espérance légitime d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété. Il est en effet hors de doute qu'une créance née et actuelle, « certaine, liquide et exigible » est un bien protégé par l'article 1^{er} du premier protocole (Comm. EDH, 5 oct. 1978, *De Napoles Pacheco c. Belgique*, req. n° 7775/77). En comparaison, la notion d' « espérance légitime » relève davantage de l'espoir de créance que de la créance proprement dite. L'affaire *Pressos Compania Naveria SA et autres c. Belgique* (CEDH 20 nov. 1995, req. n° 17849/91, § 31), dans laquelle des victimes d'accidents de navigation avaient été privées de leur créance de responsabilité civile par une loi rétroactive, en fournit une bonne illustration. Ici, les requérants avaient selon le droit commun de la responsabilité civile belge une espérance légitime d'obtenir une indemnisation dont la loi les avaient privés : il ne s'agissait pas d'une véritable créance, mais d'un espoir de créance particulièrement consistant. Dans son dernier état, la jurisprudence européenne exige que pour constituer un intérêt substantiel protégé par le droit au respect des biens, l'espérance de créance doit avoir une base suffisante en droit interne, ce qui est le cas par exemple « lorsqu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux » (CEDH 28 sept. 2004, *Kopecný c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, § 52 ; V. aussi, 6 oct. 2009, *Assoc. nationale des pupilles de la Nation c. France*, req. n° 22718/08).

Au cas d'espèce, la Cour relève que le contrat de bail avait vocation à se poursuivre encore cinq ans et demi et que ce droit personnel conférait au requérant l'espérance légitime de pouvoir continuer à exercer l'activité de son entreprise pendant cette durée. Elle en déduit que cette espérance légitime, rattachée à des intérêts patrimoniaux tels que l'exploitation du terrain et l'exercice d'une activité commerciale, « était suffisamment importante pour constituer un intérêt substantiel, donc un bien ». Le raisonnement n'est pas particulièrement simple. Pourquoi ne pas considérer d'emblée que le preneur commercial possédait un droit de nature personnelle, une créance contre le bailleur opposable aux tiers, qu'il convenait de protéger au titre du droit au respect des biens ? Il y avait ici, semble-t-il, une créance déjà née qui était susceptible de protection autonome. L'appel à la notion d'espérance légitime est peut-être superflu. Encore une fois, la question n'était pas ici celle de savoir si un droit personnel existait : l'existence du bail le démontrait *ab initio*. Or ce droit pouvait tout à fait être protégé pour lui-même. Les « intérêts liés

à l'exploitation du terrain et l'exercice d'une activité commerciale » (§ 53) et « la possibilité de continuer à jouir jusqu'à son échéance du contrat de location » (§ 54), visés par la Cour, se rattachaient d'ailleurs en logique au droit du preneur. Et c'est de ce droit que tout découlait, dans la mesure où le terrain loué était le support indispensable de l'exploitation de l'entreprise du requérant.

Une fois l'existence d'un bien reconnue, la Cour se penche sur la conventionalité de l'atteinte portée à celui-ci par l'expropriation. Pour elle, le requérant a subi une « privation de propriété » en ce qui concerne les biens de son entreprise (matériaux et ouvrages bâtis) tandis la cessation de son contrat de location relève d'une simple « mesure destinée à réglementer l'usage des biens ». Bien que privée de portée dans la mesure où la Cour reconnaît que les principes applicables aux deux mesures litigieuses sont « en substance » semblables (§ 54), la distinction ne convainc pas véritablement. Quel est, en effet, le bien en cause dans la cessation du contrat de location ? Est-ce le terrain lui-même ? L'affirmative paraît difficile à soutenir : en tant que bien, le terrain appartient à son propriétaire, pas au requérant qui n'en est que locataire. Partant, celui-ci ne se voit pas à proprement parler imposer une restriction à l'usage de l'un de ses biens. Le bien dont il est question ne peut donc être que l'« espérance légitime » identifiée par la Cour, laquelle, on l'a vu, ne se distingue pas véritablement du droit personnel issu du contrat de location lui-même. Sauf que l'expropriation fait au cas d'espèce plus que réglementer l'usage de ce bien particulier : elle l'éteint. La qualification de privation de propriété paraît dès lors plus opportune.

Quoiqu'il en soit, on sait que pour qu'une privation de propriété soit légitime au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, il faut que celle-ci ait été prévue par la loi nationale, qu'elle soit justifiée par une cause d'utilité publique et qu'elle ménage un « juste équilibre » entre l'intérêt général poursuivi par l'expropriant et les impératifs de la sauvegarde du droit de propriété de l'individu. Les deux premières conditions, en l'espèce réunies sans difficulté, n'appellent pas de commentaire.

Le contrôle de l'exigence du juste équilibre aboutit en revanche au constat d'une violation de l'article 1^{er} du premier protocole. Les principes appliqués en la cause sont classiques. Pour que l'atteinte au droit de propriété de l'individu soit acceptable, il faut que celui-ci ne supporte pas une charge exorbitante du fait de l'expropriation. L'équilibre entre l'intérêt général et le sacrifice de l'intérêt particulier serait en ce cas rompu. A ce titre, une indemnisation raisonnablement en rapport avec la valeur des biens expropriés est normalement le critère de ce juste équilibre : l'atteinte aux droits de l'exproprié est disproportionnée si l'indemnité qu'il reçoit est sans rapport avec la valeur du bien dont il est privé. Ici, l'indemnité servie au locataire, de plus de six fois et demie inférieure au préjudice effectivement subi, n'était pas raisonnablement en rapport avec la

valeur du bien. La Cour relève en outre que les autorités italiennes n'avaient pas pris en compte le fait que l'expropriation a entraîné la perte de l'outil de travail du requérant (alors que sa jurisprudence l'exige pourtant : CEDH 11 avr. 2002, *Lallement c. France*, req. n° 46044/99, §§ 20-24). Au-delà, elle reproche à la méthode italienne d'évaluation de l'indemnité de ne pas avoir cherché à examiner *in concreto* la situation de l'exproprié pour déterminer le préjudice effectivement subi (§ 65). Il en résulte que ce dernier a, du fait de l'expropriation, subi une charge spéciale et exorbitante incompatible avec le droit au respect des biens.

Quel impact sur le droit français ? Selon le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, le locataire a le droit d'être indemnisé du préjudice que lui cause l'expropriation en provoquant, dès l'ordonnance prononcée, l'extinction de son droit personnel (C. expr., art. L. 12-2). C'est en ce sens que l'exproprié a l'obligation de signaler l'existence de tout preneur à bail à l'expropriant (C. expr., art. L. 13-2). Cette indemnité prend en compte, lorsqu'un bail commercial est en cause, la valeur du fonds de commerce dont le preneur est privé (V. par ex., Civ. 3e, 3 oct. 1979, Bull. civ. III, n° 166) ainsi que, le cas échéant, le préjudice lié au trouble commercial subi du fait de l'expropriation (V. par ex., Civ. 3e, 24 mai 2006, AJDI 2007. 46, obs. Morel). Une indemnité de perte d'exploitation agricole est de la même manière accordée lorsqu'il s'agit d'un bail à ferme. La présente décision de la Cour de Strasbourg n'a donc rien de structurellement menaçant pour le droit interne... sous réserve, au cas d'espèce, que l'indemnisation soit à la hauteur du préjudice subi.

PENAL

Effet de la conversion d'une peine d'emprisonnement sur la révocation d'un sursis antérieur

➤ Crim. 28 avr. 2011, n° 10-87.481

Une peine d'emprisonnement ferme convertie en peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ne peut entraîner la révocation du sursis accordé par une condamnation antérieure.

Lorsqu'une peine d'emprisonnement ferme se voit convertir, en application de l'article 132-57 du code pénal, en peine d'emprisonnement avec sursis

assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, le sursis simple accordé en vertu d'une condamnation antérieure se trouve-t-il révoqué ? C'est sur cette délicate question que la chambre criminelle a dû se pencher, dans un arrêt du 28 avril 2011.

En l'espèce, un individu est condamné par le tribunal correctionnel de Paris à un mois d'emprisonnement avec sursis et à un an d'interdiction de pénétrer dans une enceinte sportive, pour avoir introduit des fusées et artifices dans une telle enceinte lors d'une manifestation sportive et jeté des projectiles présentant un danger pour la sécurité des personnes. Quelques mois plus tard, il viole l'interdiction judiciaire de pénétrer dans une enceinte sportive et, en conséquence, se voit condamné à une peine de deux mois d'emprisonnement ferme. Cependant, le juge de l'application des peines décide de convertir cette condamnation, comme l'y autorise l'article 132-57 du code pénal, en deux mois d'emprisonnement avec sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général et considère, dès lors, que le sursis simple prononcé dans la première condamnation n'est plus révoqué. Un tel raisonnement est d'ailleurs entériné par la chambre de l'application des peines de la cour d'appel. Celle-ci écarte l'argumentation du procureur général, lequel estimait que la conversion de la peine devait être sans effet sur la révocation du sursis, puisque, selon lui, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 novembre 2009, une telle conversion ne devait plus s'interpréter que comme un simple aménagement de peine. Elle décide au contraire qu'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ne peut entraîner la révocation du sursis accordé par une condamnation antérieure.

C'est ce raisonnement que valide la Cour de cassation : « il résulte de l'article 132-35 du code pénal que seule une peine ferme d'emprisonnement peut révoquer un sursis simple antérieurement prononcé. » Une telle solution se comprend aisément. Elle est conforme à la lettre de l'article 132-35 précité, lequel dispose que « la condamnation pour crime ou délit assortie d'un sursis simple est réputée non avenue si le condamné qui en bénéficie n'a pas commis, dans le délai de cinq ans à compter de celle-ci, un crime ou un délit de droit commun suivi d'une nouvelle condamnation sans sursis qui emporte révocation ». Il se déduit de ces dispositions que toute nouvelle condamnation assortie d'un sursis n'emporte pas révocation du sursis antérieurement accordé, quand bien même le sursis affectant cette nouvelle condamnation procéderait de la conversion d'une peine d'emprisonnement ferme. Du reste, une telle solution n'est pas inédite en jurisprudence, ce dont témoigne un arrêt déjà ancien : « il résulte de l'article 735 du code de procédure pénale que seule une peine ferme d'emprisonnement peut révoquer un sursis simple antérieurement prononcé ; il ne saurait donc être reproché aux juges du fond de

considérer que des sursis ne sont pas révoqués par le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme pour des faits de même nature, dès lors que cette peine ferme a été convertie en peine d'emprisonnement avec sursis assortie de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général » (Crim. 19 déc. 1991, Bull. crim. n° 491 ; D. 1992. IR 86).

PENAL

Confusion des peines et comparution du détenu

➤ Crim. 30 mars 2011, n° 10-88.016

La chambre criminelle impose la comparution de droit, en matière de confusion de peines, du requérant détenu qui en a fait la demande.

L'arrêt du 30 mars 2011 rendu par la chambre criminelle représente incontestablement une avancée pour les droits de la défense du condamné. Si les procédures d'exécution des peines ont été, en grande partie, juridictionnalisées – notamment pour ce qui concerne l'application des peines – ce n'est pas le cas des incidents contentieux qui, ne tranchant pas sur une accusation en matière pénale, demeurent en dehors du champ d'application de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (Crim. 11 juin 1991, Gaz. Pal. 1992. 1. 35 ; 21 oct. 1997, Bull. crim. n° 344 ; Procédures 1998. Comm. 45, obs. Buisson ; 20 juin 2000, Bull. crim. n° 235 ; D. 2000. IR 244 ; 3 févr. 2004, Bull. crim. n° 27 ; JCP 2004. IV. 1596). La comparution personnelle de l'intéressé y était ainsi, jusque récemment, présentée comme facultative. L'article 711 du code de procédure pénale énonce en effet que « la partie elle-même » n'est présente que « s'il échet ». Il en était donc déduit par la jurisprudence que la comparution du requérant était facultative (Crim. 31 mars 1965, n° 64-93.192, Bull. crim. n° 97 ; D. 1965. 563 ; 9 mai 2001, n° 00-88.024, Dalloz jurisprudence).

Mais pour le requérant détenu, les textes sont un peu plus confus. La seconde phrase de l'article 711, issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 indique ainsi que : « Lorsque le requérant est détenu, sa comparution devant la juridiction n'est *de droit* que s'il en fait la demande expresse dans sa requête ». Dans son dernier alinéa, également issu de la loi précitée, l'article 712 permet à la juridiction de procéder par visioconférence. Ces deux textes semblent donc indiquer que, dès lors qu'il l'a expressément demandé, le requérant détenu a le droit de comparaître en personne. Mais, d'un autre

côté, les textes antérieurs, en particulier le début de l'article 712 – prévoyant la possibilité d'une commission rogatoire pour entendre le détenu – démontrent que dans l'esprit du législateur, la comparution personnelle du requérant n'était qu'une simple faculté soumise au pouvoir d'appréciation des juges, puisque le texte s'applique : « dans toutes les hypothèses où il paraît nécessaire d'entendre un condamné qui se trouve détenu ». Et c'est bien en ce sens qu'avait tranché la jurisprudence (Crim. 29 nov. 2000, n° 00-82.766, Dalloz jurisprudence).

Il semblait donc acquis que seul l'avocat de l'intéressé – et à la condition qu'il en fasse la demande – devait être entendu (Crim. 20 mai 2003, Bull. crim. n° 99 ; D. 2003. IR 1945 ; JCP 2003. IV. 2268).

Un arrêt du 23 juin 2009, passé relativement inaperçu, avait pourtant déjà semé quelques doutes, jugeant que la juridiction saisie en rectification d'une erreur matérielle contenue dans sa décision devait statuer après avoir entendu la partie si elle le demandait (Crim. 23 juin 2009, n° 08-84.189, D. 2009. 1901 ; AJ pénal 2009. 419).

Ici, c'est dans un arrêt de cassation, après avoir rappelé en chapeau que « la juridiction saisie d'une requête en confusion de peines statue après avoir entendu le ministère public, l'avocat de la partie s'il le demande et s'il échet la partie elle-même ; et que, lorsque le requérant est détenu, sa comparution devant la juridiction n'est de droit que s'il en fait la demande expresse dans sa requête », que les magistrats de la chambre criminelle censurent la chambre de l'instruction qui avait rejeté la requête en confusion de peines d'un condamné incarcéré au centre de détention d'Argentan en l'absence de celui-ci, alors même qu'il avait précisé dans sa requête vouloir comparaître personnellement à l'audience.

Le visa, général, des articles 710 et 711 semble signifier que la Cour de cassation ne souhaite pas limiter le principe aux requêtes en confusion de peines, mais au contraire l'appliquer à tous les incidents contentieux de l'exécution des peines. En revanche, la rédaction de l'article 711 semble interdire de l'étendre aux requérants qui ne sont pas détenus, ce qui aboutit à une rupture d'égalité difficilement justifiable, les condamnés incarcérés qui en font la demande devant être entendus par la juridiction statuant sur l'indigent – avec ce que cela implique en termes d'extraction : coût, mobilisation de personnel, sécurité des établissements – tandis que les condamnés non incarcérés ne le seraient pas obligatoirement.

La preuve de la vente de bons anonymes permet d'écarter la taxation d'office devant le juge

➤ CE 30 mars 2011, n° 334895

Il est toujours possible au contentieux de contester l'imposition d'office de revenus d'origine indéterminée en faisant état de la vente de bons anonymes.

1. L'alinéa 3 de l'article L 16 du LPF interdit au contribuable, en réponse à une demande de justifications de l'administration, de faire état de la vente ou du remboursement de bons anonymes, lorsqu'il n'a pas autorisé l'établissement payeur, au moment du paiement, à communiquer son identité et son domicile fiscal à l'administration fiscale.

Le Conseil d'État en conclut qu'un contribuable qui invoque ce type d'opérations en réponse à une demande de justifications doit être **regardé comme s'étant abstenu de répondre**. L'administration est alors en droit, en vertu de l'article L 69 du même Livre, de le **taxer d'office**.

Les dispositions précitées ne font, en revanche, pas obstacle à ce que l'intéressé apporte ensuite, devant la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires et, en cas de réclamation, devant l'administration puis le juge de l'impôt, la **preuve** qui lui incombe du **caractère exagéré de l'imposition** en démontrant la réalité de la vente ou du remboursement de ces bons.

La décision du 30 mars 2011 met fin aux divergences des juges du fond sur la portée de l'alinéa 3 de l'article L 16 du LPF. Elle confirme la position adoptée par certains (CAA Lyon 10-4-2003 n° 98-326) et écarte la thèse défendue par d'autres qui refusaient au titulaire de bons anonymes la possibilité d'alléguer du remboursement de ces bons, quel que soit le stade de la procédure, pour expliquer l'origine de certains de leurs revenus (CAA Nancy 1-4-1993 n° 92-157).

2. En laissant la possibilité au contribuable d'apporter la preuve du caractère exagéré de l'imposition, le présent arrêt semble mettre l'alinéa 3 de l'article L 16 du LPF à l'abri de toute critique sur sa **constitutionnalité**. En effet, le Conseil constitutionnel, interrogé récemment sur le régime de taxation forfaitaire d'après certains éléments du train de vie prévu par l'article 168 du CGI, a validé ce texte sous la réserve que le contribuable puisse

échapper à la taxation forfaitaire s'il prouve que ses revenus ont suffi à financer les éléments de son patrimoine (Cons. const. 21-1-2011 n° 2010-88 QPC, Boisselier). Cette décision laisse supposer qu'un texte qui autoriserait l'imposition d'office d'une personne en lui interdisant toute preuve contraire risquerait d'être déclaré inconstitutionnel au regard du principe d'égalité devant les charges publiques.

3. La solution retenue pour les bons anonymes nous paraît transposable à l'autre hypothèse mentionnée à l'alinéa 3 de l'article L 16 du LPF, c'est-à-dire aux **ventes d'or** monnayé ou d'or en barres ou en lingots, lorsque l'identité et le domicile du vendeur n'ont pas été enregistrés par l'intermédiaire ou lorsque ces ventes ne sont pas attestées par la comptabilité de l'intermédiaire.

PUBLIC

Le juge administratif maîtrise la hausse du contentieux

► Tableau de l'activité contentieuse des juridictions administratives en 2009 et 2010

En 2010, tous les niveaux de la juridiction administrative ont rendu plus de décisions qu'ils n'ont vu arriver de dossiers.

« Jusqu'au début de la décennie, nous courions après la hausse du contentieux ; aujourd'hui, nous parvenons à une certaine maîtrise. Mais je me garderai bien de dire que c'est la fin de l'histoire ». C'est avec une très grande prudence que le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé a commenté les statistiques d'activité de la juridiction administrative, qu'il a rendues publiques le 5 mai 2011 (V. tableau). Certes, Vprès une stabilisation en 2009, le nombre des recours devant les tribunaux administratifs n'a connu qu'une faible croissance en 2010. Mais « quand on regarde l'évolution de la demande de justice administrative, on assiste à une succession de phases de très forte hausse et de stabilisation ». Et Jean-Marc Sauvé de confier que les trois premiers mois de 2011 font apparaître une reprise marquée des recours, même si elle n'atteint pas les niveaux qu'on a pu constater par le passé. C'est pourquoi, le vice-président a réaffirmé le souhait du Conseil d'État de voir se développer les modes alternatifs de règlement des conflits, comme les recours administratifs préalables obligatoires ou la médiation, sur laquelle il a rendu un rapport à la demande du premier ministre.

En outre, a relevé le président de la section du contentieux du Conseil d'État, Bernard Stirn, au-delà des chiffres, la charge de travail n'a pas forcément été allégée. Ainsi, si le Conseil d'État a vu diminuer ses entrées, c'est essentiellement sous l'effet du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 (V. AJDA 2010. 605, étude D. Chauvaux et J. Courtial ; AJDI 2010. 441, obs. H. Heugas-Darraspen ; RFDA 2010. 387, étude J. Arrighi de Casanova et J.-H. Stahl). Mais ce sont des affaires relativement simples qui ont été transférées aux tribunaux administratifs (not. les refus de visa au tribunal administratif de Nantes), tandis que se sont accrues les affaires complexes. Ainsi, la cassation, qui représentait 53 % des entrées en 2009, a atteint les 61 % en 2010.

Dans un contexte moins simple que les chiffres ne pourraient le laisser croire, les responsables du Conseil d'État se félicitent donc d'un bilan très positif. Tous les niveaux de juridiction ont rendu plus de décisions qu'ils n'ont reçu de nouveaux recours. Le délai prévisible moyen de jugement est, fin 2010, de onze mois et trois jours devant les tribunaux administratifs, de un an et quatorze jours devant les cours et de neuf mois devant la section du contentieux du Conseil d'État. Le stock est « un des meilleurs observés dans l'histoire », selon Bernard Stirn : 90 % des affaires sont en attente depuis moins de deux ans, 65 % depuis moins d'un an.

Plus de 80 % des QPC ne passent pas le premier filtre

La situation la plus difficile reste celle de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA). Celle-ci a encore connu une hausse de près de 10 % des recours. Ainsi, même si le nombre de décisions rendues a augmenté de 19 %, grâce notamment aux moyens supplémentaires qui ont été attribués à la CNDA, leur nombre (23 934) reste inférieur à celui des recours (27 500). Le volume des affaires en instance a augmenté de 15 % et le délai moyen de jugement, quoiqu'en légère baisse, reste élevé : quatorze mois et vingt-huit jours.

L'autre sujet de satisfaction pour le Conseil d'État est le fonctionnement de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Celle-ci « s'est mise en œuvre de manière sereine et harmonieuse », a insisté Jean-Marc Sauvé. « Toutes les questions posées ont trouvé une réponse cohérente avec la loi et la jurisprudence constitutionnelle et sans hiatus avec la jurisprudence des cours européenne ». Et ceci alors que le nombre des QPC a largement dépassé les prévisions.

L'année dernière, 490 QPC ont été posées devant les tribunaux administratifs, 242 devant les cours administratives d'appel et 158 présentées directement au Conseil d'État. La juridiction administration a clairement joué son rôle de filtre. Sur les 300 QPC examinées par les tribunaux administratifs, à peine plus de 20 % (61) ont été transmises au Conseil d'État. Les cours

administratives d'appel, pour leur part, ont reçu 242 questions, en avaient traité 216 au 31 décembre dernier et en ont transmis 31, soit 14,3 %.

Ce sont au total 256 QPC qui sont parvenues au Palais-Royal : aux 92 transmises par les juges du fond s'ajoutent en effet 6 provenant de juridictions administratives spécialisées et surtout 158 mémoires présentés directement au Conseil d'État. Sur les 230 examinées par les juges administratifs suprêmes, 60, soit 26 %, ont été transmises au Conseil constitutionnel.

L'activité consultative a poursuivi sa croissance, avec l'examen de 128 projets de loi, 2 propositions de loi, 26 ordonnances et 810 décrets. Le Conseil d'État déplore à nouveau (V. l'interview de Jean-Marc Sauvé, AJDA 2010. 924) le raccourcissement des délais d'examen qui lui sont laissés pour des textes de plus en plus complexes.

PUBLIC

Le fonctionnaire démissionnaire ne peut pas être laissé dans l'incertitude

▶ CE 27 avr. 2011, n° 335370

Si l'administration n'a pas répondu à l'offre de démission du fonctionnaire dans le délai de quatre mois, elle est censée avoir refusé de statuer, refus qui est susceptible de recours.

Le délai de quatre mois, imparti à l'administration pour répondre à la demande de démission présentée

par un fonctionnaire de l'État par le décret du 16 septembre 1985, est impératif, a jugé la section du contentieux du Conseil d'État. À l'issue de ce délai, l'administration ne peut plus accepter cette démission.

C'est la démission, présentée le 17 octobre 2008 mais acceptée seulement par décret du 11 mars 2009, d'un administrateur civil qui a amené la haute juridiction à revenir sur la jurisprudence *Sieur Mériol* (CE 24 oct. 1962, req. n° 53604, Lebon p. 563). Saisi d'un recours contre ce décret tardif, la section juge en effet « que, eu égard à la portée d'une démission et à l'exigence, posée par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, qu'elle soit régulièrement acceptée, il résulte des dispositions précitées du décret du 16 septembre 1985 que, si l'autorité investie du pouvoir de nomination dispose d'un délai de quatre mois pour notifier une décision expresse d'acceptation ou de refus, sans que puisse naître, à l'intérieur de ce délai, une décision implicite de rejet, elle se trouve dessaisie de l'offre de démission à l'expiration de ce délai, dont le respect constitue une garantie pour le fonctionnaire, et ne peut alors se prononcer légalement que si elle est à nouveau saisie dans les conditions prévues par l'article 58 du décret précité ».

Le Conseil d'État précise par ailleurs « que, dans l'hypothèse où l'autorité compétente ne s'est pas prononcée dans le délai de quatre mois, elle doit être regardée comme ayant refusé de statuer sur l'offre de démission du fonctionnaire ; que celui-ci est recevable à contester devant le juge de l'excès de pouvoir cette décision de refus de statuer ».

On notera que dans ses conclusions, le rapporteur public, Édouard Geffray, avait estimé que la solution devrait s'appliquer aux fonctions publiques territoriale et hospitalière pour lesquelles le délai imparti à l'administration est d'un mois.

Étude en avant-première

Dissimulation du visage dans l'espace public :
l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des
circulaires ?

✉ Par **Olivier Cayla**, Directeur d'études à l'Ecole des hautes études en sciences sociales (EHESS)

- ✉ Circ. du 2 mars 2011, NOR n° PRMC1106214C
- ✉ Circ. 31 mars 2011, NOR n° IOCD1109134C
- ✉ Loi n° 2010-1192 du 11 oct.2010, JO du 12 oct. p. 18344
- ✉ Cons. const. 7 oct. 2010, n° 2010-613

Depuis le 11 avril 2011, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public, introduite par la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, est effective. Une circulaire a été édictée le 2 mars 2011 par le premier ministre et une seconde le 31 mars 2011 par le ministre de l'intérieur, s'efforcent de définir ce qui constitue une dissimulation du visage et ce qui peut être qualifié d'espace public. Mais, précisément, cette circulaire, supposée avoir intégré les éléments retenus par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 octobre 2010, comporte quelques indications qui tendent à obscurcir davantage plutôt qu'à éclairer les perspectives déjà fort complexes dégagées par le juge constitutionnel.



Depuis le 11 avril 2011, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public, introduite par la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, est effective, et donne par conséquent lieu à l'application de sanctions pénales aux contrevenants⁽¹⁾. Or, comme s'en sont d'ailleurs émus certains syndicats de policiers⁽²⁾, il est permis de penser qu'une assez grande incertitude affecte toujours le point de savoir quels sont les cas précis dans lesquels il sera possible de sévir sur le fondement de cette loi, ainsi que la détermination de la teneur même de la sanction qu'il sera possible d'administrer.

Certes, une circulaire a été édictée le 2 mars 2011 par le premier ministre⁽³⁾ et une seconde le 31 mars 2011 par le ministre de l'intérieur⁽⁴⁾, en vue d'apporter les précisions nécessaires quant à l'étendue du champ d'application de la loi, en s'efforçant de définir ce qui constitue une dissimulation du visage et ce qui peut être qualifié d'espace public. Mais, précisément, cette circulaire, supposée avoir intégré à sa compréhension de la loi les éléments retenus par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010⁽⁵⁾ pour attester de sa conformité à la Constitution, comporte quelques indications qui tendent à obscurcir davantage plutôt qu'à éclairer les perspectives déjà fort complexes dégagées

par le juge constitutionnel.

Par exemple, dans son introduction, la circulaire du premier ministre commence par réaffirmer ce que les débats parlementaires ainsi que la motivation de la décision du Conseil constitutionnel avaient nettement établi : c'est en vue de la protection de la société que la dissimulation du visage est officiellement interdite par la loi, car une telle dissimulation est incompatible avec « les exigences du vivre ensemble » et porte

« atteinte aux exigences minimales de la vie en société ». C'est pourquoi, insiste la circulaire, « la République se vit à visage découvert. Parce qu'elle est fondée sur le rassemblement autour de valeurs communes et sur la construction d'un destin partagé, elle ne peut accepter les pratiques d'exclusion et de rejet, quels qu'en soient les prétextes ou les modalités ». De ce point de vue, la circulaire semble s'harmoniser avec le choix du Conseil constitutionnel de n'admettre une possible restriction de la liberté d'exprimer ses opinions, même religieuses (art. 10 DDH de 1789), qu'au nom d'un ordre public qui protège les intérêts d'autrui (art. 4), en permettant de défendre les actions nuisibles à la société (art. 5) ou de nature à porter atteinte au principe d'égalité entre l'homme et la femme (3^e alinéa du Préambule de 1946). Ainsi que le Conseil constitutionnel l'a rappelé, la circulaire caractérise donc logiquement la loi comme ayant proscrit la dissimulation du visage dans l'espace public parce que celle-ci serait « incompatible avec les principes de liberté et d'égalité ».

Mais pourquoi donc la circulaire du premier ministre ajoute-t-elle alors que la dissimulation du visage est également incompatible avec le « principe de dignité humaine », s'en remettant dès lors à un argument que le Conseil constitutionnel, ainsi que les parlementaires eux-mêmes, avaient précisément entendu éviter ? Comment concilier cette référence à la dignité qui conduit alors à interdire à une femme la dissimulation de son visage, non seulement parce qu'elle porterait ce faisant atteinte à autrui, mais aussi à sa propre dignité, avec le principe éminemment libéral d'autonomie de l'article 4 de la DDH de 1789, que le Conseil constitutionnel privilégie sans doute – sous l'influence probable du Conseil d'État dans son étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral du 25 mars 2010 – pour harmoniser sa jurisprudence avec les exigences les plus récentes de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *KA et AD c/ Belgique* du 17 février 2005⁽⁶⁾) ?

L'initiative de la circulaire du premier ministre ne se limite d'ailleurs pas à l'invocation de l'argument de la dignité de la personne humaine sur le terrain des principes, mais va même jusqu'à prévoir qu'une des modalités de la sanction en cas d'infraction à la loi consistera à effectuer un stage obligatoire de citoyenneté – certes prévu par la loi dans son principe – mais ici présenté comme ayant pour objet de « rappeler aux personnes concernées les valeurs républicaines d'égalité et de respect de la dignité humaine ». De ce point de vue, la circulaire prend à radical contrepied la décision du Conseil constitutionnel, en réduisant à néant l'effort de ce dernier de ne rattacher aucunement la prohibition du voile intégral à l'exigence de respect de la dignité humaine, afin d'échapper aux critiques du type de celles qui avaient été adressées il y a quinze ans au Conseil d'État dans son arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* du 27 octobre 1995⁽⁷⁾.

Par ailleurs, la circulaire du premier ministre prend aussi l'initiative d'une définition de l'objet de la prohibition, c'est-à-dire des « tenues destinées à dissimuler le visage », selon l'expression retenue par le législateur, en les caractérisant comme étant celles qui « rendent impossible l'identification de la personne ». Non seulement nulle part dans la loi, ni dans la décision du Conseil constitutionnel, il n'est fait mention du moindre lien entre dissimulation du visage et impossibilité d'identifier la personne, mais de surcroît la circulaire va même jusqu'à préciser paradoxalement que, pour qu'une tenue soit réputée être « destinée à dissimuler le visage », « il n'est pas nécessaire que le visage soit intégralement dissimulé ». Curieusement, la « dissimulation du visage » se définit donc pour le premier ministre, non pas comme une dissimulation du visage à proprement parler (ce qui dépend de l'existence objective d'un objet qui le masque⁽⁸⁾), mais comme une impossibilité de l'identifier même quand il n'est pas tout à fait dissimulé (ce qui dépend des capacités subjectives de l'observateur, qui peut être plus ou moins physionomiste). Dès lors, on peut se poser sérieusement la question de savoir ce qu'il est exactement interdit de porter dans l'espace public : puisque apparaît comme étant « destinée à dissimuler le visage » au sens de la loi une tenue qui rend impossible l'identification de la personne sans forcément dissimuler pour autant le visage intégralement, est-ce que le port de simples lunettes – de soleil, par exemple – ne pourrait pas entrer dans le champ d'application de la loi, d'après les critères fournis par la circulaire du premier ministre, dès le moment où le policier qui constate l'infraction considère pour sa part que le port de telles lunettes l'empêche d'identifier la personne ? A vrai dire, une telle hypothèse n'est nullement exclue par la circulaire du 31 mars 2011 du ministre de l'intérieur, qui dispose que « l'interdiction ne vise pas le port d'un foulard, d'un couvre-chef, d'une écharpe ou de lunettes, dès lors que ces accessoires n'empêchent pas d'identifier la personne ». Donc, *a contrario*, cette deuxième circulaire affirme bien quant à elle que, dès le moment où le port de lunettes peut apparaître comme empêchant l'identification, il suffit à constituer une « tenue destinée à dissimuler le visage » au sens de la loi.

Si l'on combine ce résultat avec celui produit par le fait – reconnu d'ailleurs expressément par les deux circulaires – que « les véhicules qui empruntent les voies publiques sont considérés comme des lieux privés », on peut donc imaginer que le passager d'une voiture particulière décapotable (et non pas le conducteur, lequel pourrait être astreint à maintenir son visage découvert non pas en vertu de la présente loi mais plutôt d'une certaine interprétation du code de la route), qui serait porteur de lunettes ne permettant pas son identification, ne pourrait pas être poursuivi sur le fondement de la présente loi, bien que son visage à l'air libre dans la décapotable soit en contact immédiat avec l'espace de la rue, alors qu'il serait pénalement fautif s'il arpentait la même rue, mais comme piéton cette fois-ci ! *A fortiori* s'il s'agit d'une burqa : la femme qui l'arbore en déambulant benoîtement sur le trottoir nuit gravement à l'ordre

public, mais ne le froisse plus aucunement si elle se réfugie en tant que passagère dans le havre privé d'une voiture, d'où la dissimulation de son visage est pourtant tout aussi nettement perceptible dans l'espace public si le véhicule est décapotable et décapoté !

Bien entendu, on pourrait percevoir ces initiatives des deux circulaires, soit comme insinuant des modifications tout à fait contraires à la décision du Conseil constitutionnel, soit comme introduisant des hypothèses relatives au champ d'application manifestement insusceptibles de correspondre à l'intention du législateur, si bien qu'il ne serait sans doute pas difficile d'apporter la démonstration de l'illégalité de ces circulaires devant le juge administratif. Mais on peut aussi percevoir ces maladresses des circulaires moins comme étant la conséquence d'un écart de leur part à l'égard de la loi ou, du moins, de la lecture qu'en a faite le Conseil constitutionnel, que comme étant plutôt le reflet d'une assez grande confusion conceptuelle commise par ces dernières. S'il y a, dans l'application de l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public, le risque d'une certaine obscurité, ou à tout le moins de contradiction interne, cela pourrait être aussi et surtout en raison d'une loi particulièrement difficile à cerner dans ses intentions normatives précises, ainsi que d'une décision du Conseil constitutionnel manifestement embarrassée dans la recherche du bon argument pour la valider. On pourrait en effet se demander si les choix interprétatifs de la circulaire du premier ministre ne sont pas finalement le fruit d'une sincérité (maladroite) dont ni le législateur ni le juge constitutionnel n'ont pu ou voulu faire preuve, en préférant l'hypocrisie d'une argumentation juridique factice, destinée à masquer (justement !) la réalité d'une intention politique inavouable, ou au moins juridiquement incorrecte.

Pour mesurer la pertinence de cette hypothèse, il serait bon de revenir à l'analyse de la loi et, surtout, de la lecture qu'en a proposée le Conseil constitutionnel, lorsqu'il a décidé, le 7 octobre 2010, de la valider. A cette fin, on se reportera au débat entre les professeurs Guy Carcassonne, Olivier Cayla, Jean-Louis Halpérin, Stéphanie Hennette-Vauchez, Anne Levade, Eric Millard et Dominique Rousseau, organisé par l'UMR 7074 du CNRS « Centre de théorie et analyse du droit », le 16 novembre 2010, à l'Ecole normale supérieure (Ulm), et consacré à l'analyse de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, « *loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ». Examinons les arguments les plus substantiels échangés lors de ce débat.

Résumé des principaux arguments échangés lors du débat⁽⁹⁾

Dans le cadre de cette rencontre entre six publicistes, l'unanimité s'est rapidement dégagée pour souligner le caractère fortement embarrassé de la décision du Conseil constitutionnel, voire son caractère hypocrite. Qu'il s'agisse de le déplorer ou au contraire de s'en féliciter, tous les participants ont en tout cas admis l'existence d'un certain écart entre le dit avancé par le Conseil constitutionnel dans ses considérants, et le non-dit quant à la nature et à la réelle portée de l'opération consistant à interdire officiellement le port de toute tenue destinée à dissimuler le visage, tout en visant en fait prioritairement le cas des femmes musulmanes portant – volontairement ou non – la burqa.

◆ Pour **Anne Levade**, cette décision embarrassée du Conseil constitutionnel, qui prend d'ailleurs soin de se mettre à l'abri d'une éventuelle censure de la Cour européenne des droits de l'homme par sa réserve d'interprétation relative au port de la burqa dans un lieu de culte, ne précise certes pas explicitement de fondement constitutionnel à l'interdiction de dissimuler le visage dans l'espace public, mais ce laconisme est satisfaisant car il serait inutile et même risqué de prendre une position définitive et claire, en reconnaissant expressément l'existence d'un ordre public immatériel, qui n'est d'ailleurs ici pas exclue non plus.

◆ **Guy Carcassonne** se félicite aussi de la stratégie d'évitement du juge constitutionnel au service d'une décision raisonnable. Comme il l'avait lui-même recommandé aux parlementaires, le Conseil constitutionnel s'est abstenu de recourir à l'argument de la dignité, ce qui est une bonne chose, étant donné les inconvénients d'un raisonnement comme celui du Conseil d'État dans l'affaire du *lancer de nains*. Guy Carcassonne note que le juge essaie aussi de donner à penser qu'il ne se prononce pas sur le concept d'ordre public immatériel, alors que, de toute évidence, il le fait, ce qui est raisonnable.

C'est pourquoi ce n'est qu'implicitement qu'il suggère, à bon droit, qu'on peut interdire le port public de la burqa, comme on admet déjà sans contestation de quiconque l'interdiction de la nudité, car la dissimulation du visage, à l'instar de la nudité, est une agression d'autrui : une femme masquée exprime en effet le rejet de celui qu'elle croise dans la rue, elle l'exclut. Ainsi, comme l'interdiction de l'inceste, des mères porteuses, de la polygamie, de la vente d'organes, l'interdiction de la dissimulation du visage répond à une exigence d'ordre public immatériel, même si ce n'est pas reconnu explicitement. Certes, la loi est également hypocrite en ne disant pas explicitement qu'elle s'en prend à la burqa revendiquée par certaines femmes musulmanes et en feignant de concerner tous les cas de dissimulation du visage, mais après tout l'hypocrisie peut être vertueuse (c'est le cas de la politesse par exemple).

◆ Pour sa part, **Stéphanie Hennette-Vauchez** déplore au contraire l'escamotage de la dimension religieuse de la question par le Conseil constitutionnel. Cette évacuation s'accompagne d'une argumentation particulièrement péremptoire par laquelle le juge se singularise dans le paysage du constitutionnalisme européen. La décision du Conseil constitutionnel n'indique nullement en quoi la dissimulation du visage nuit

à autrui. Mais elle conduit en revanche à réputer étonnamment un comportement volontaire être contraire au principe constitutionnel de liberté, puisque, dans son considérant 4, elle affirme qu'une femme qui dissimule son visage, volontairement ou non, se trouve placée dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité. Un tel paternalisme pauvrement argumenté dissimule mal en réalité la gêne que provoque une mesure discriminatoire à l'égard de l'Islam et qui concerne avant tout la partie de la population issue de l'immigration.

◆ Pour **Eric Millard**, c'est bel et bien cette discrimination à l'égard de l'Islam qui pose problème dans cette affaire. On pourrait parfaitement, dans son principe, admettre l'argument féministe de l'atteinte à l'image de la femme conduisant à l'interdiction d'un signe religieux dans l'espace public. Mais encore faudrait-il s'assurer que l'interdiction produise un résultat conforme aux objectifs affichés : en effet, l'interdiction du port de la burqa dans l'espace public conduira les femmes concernées à ne plus sortir de chez elles, ce qui renforcera donc leur enfermement contre lequel on prétend pourtant lutter. Quant à la réserve d'interprétation dans le cas des lieux de culte, elle ne fait au fond qu'accroître l'incompréhension à l'égard de l'Islam : le lieu de culte n'étant pas mixte, la femme musulmane n'a plus aucune raison d'y dissimuler le visage.

◆ **Jean-Louis Halpérin**, en plus de la perplexité que lui inspire la prétention du juge constitutionnel de vérifier que la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et des droits constitutionnellement protégés n'est pas « manifestement disproportionnée », tient également la réserve d'interprétation relative à « l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public » pour être le point le plus discuté de la décision du Conseil constitutionnel. Alors que la loi elle-même prend garde de ne mentionner aucune religion ni de viser aucun des deux sexes, le juge constitutionnel vise quant à lui particulièrement le cas des femmes qui dissimulent leur visage - volontairement ou non - dans les lieux de culte ! Le non-dit de la loi est donc explicité par le Conseil constitutionnel : l'interdiction vise bien sûr prioritairement, si ce n'est exclusivement, les femmes qui manifestent leurs convictions religieuses sur la base de traditions et interprétations de textes sacrés qui, selon elles, prescrivent de telles pratiques. Mais alors se pose la question de fond suivante : s'il est légitime, sur le fondement de l'article 10 de la DDH, d'interdire par la loi l'expression d'opinions, même religieuses, contraires à l'ordre public, comment se fait-il que l'ordre public soit caractérisé comme étant menacé par le port de la burqa dans la rue, mais ne le soit plus par le port de la burqa dans une mosquée ? Comment l'Etat peut-il imposer au port de la burqa dans la rue le sens d'une exclusion et d'une infériorité de la femme, alors que les porteuses y voient une expression religieuse reconnue par le même Etat dans la mosquée ? Par ailleurs, si les mosquées relèvent de l'espace public, comme l'établit le Conseil constitutionnel, faut-il alors comprendre que tous, musulmans ou non, peuvent y accéder, au risque d'y côtoyer des femmes entièrement voilées, qui font donc une « action nuisible à la société » ?

◆ Pour **Dominique Rousseau**, cette interdiction par la loi est également hypocrite. Alors qu'elle ne vise en fait que la burqa, elle feint de concerner de manière générale tous les cas de dissimulation du visage, introduisant pour ce faire un concept parfaitement impalpable et indéfinissable de « tenue destinée à dissimuler le visage ». Mais lui paraissent tout aussi problématiques les bases constitutionnelles minimum retenues par le Conseil constitutionnel pour en apprécier la validité, qui sont celles préconisées par Guy Carcassonne lors de son audition à l'Assemblée nationale (les art. 4, 5 et 10 de la DDH de 1789 et l'alinéa 3 du Préambule de 1946), tous les autres arguments possibles (dignité, laïcité) ayant été écartés. Car à aucun moment le juge n'explique en quoi la dissimulation du visage peut être nuisible à la société, plus que toute autre forme d'habillement. En réalité, ces bases identifiées par le juge constitutionnel sont impuissantes par elles-mêmes à justifier l'interdiction de la burqa.

◆ **Olivier Cayla** voit aussi de l'hypocrisie dans une décision qui feint d'éviter l'argument de la dignité, alors qu'elle ne fait qu'y recourir sur le mode implicite, en affirmant être totalement indifférent le point de vue d'une femme qui considère pour elle-même qu'il n'y a ni exclusion ni position d'infériorité par rapport à l'homme lorsqu'elle revêt la burqa : cette exclusion et cette infériorité la caractérisent malgré elle, et c'est elle qui est aperçue comme prenant l'initiative de son propre abaissement en portant volontairement la burqa. Puisque c'est elle en définitive la fautive, il est logique que ce soit sur elle d'abord que s'abatte la répression pénale (amende, stage de citoyenneté).

Bref, le juge constitutionnel a beau ne pas employer une seule fois le mot de dignité, il soumet la porteuse de burqa exactement au même régime juridique que celui appliqué au nain par le Conseil d'État dans l'arrêt *Cne de Morsang-sur-Orge*. Cette décision du Conseil constitutionnel n'est ainsi rien d'autre que le *Morsang-sur-Orge* de la jurisprudence constitutionnelle. Il en résulte une notion d'ordre public immatériel qui subvertit totalement le concept d'ordre public dans son rapport à la liberté selon l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933⁽¹⁰⁾, exactement comme l'a entraîné l'intégration de la dignité à l'ordre public dans *Morsang-sur-Orge*. En tout cas, ce n'est pas parce qu'il cherche à maquiller la réalité d'un raisonnement en termes de dignité que le Conseil constitutionnel peut espérer mettre la loi interdisant la dissimulation du visage à l'abri d'une invalidation éventuelle par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a semble-t-il convaincu le Conseil d'État de renoncer - dans son avis du 25 mars 2010 - à sa jurisprudence *Morsang-sur-Orge*, après

s'être elle-même départie de sa propre jurisprudence *Laskey* du 19 février 1997⁽¹¹⁾.

Après ces premières analyses, les participants à la table ronde ont entamé une discussion en s'arrêtant à quelques aspects particulièrement problématiques de la décision.

◆ D'abord, **S. Hennette-Vauchez** insiste sur la réalité d'une discrimination implicite à l'égard des femmes musulmanes qui est à l'œuvre avec cette opération législative. Pour elle, comme pour E. Millard, D. Rousseau et O. Cayla, cette réalité demeure malgré les efforts déployés en vue de donner à penser hypocritement que l'interdiction puisse sérieusement concerner d'autres catégories de la population, comme en particulier les motards, qui seraient pénalement astreints à une singulière gymnastique en étant tenus, sans s'emmêler les pinceaux, de revêtir un casque quand ils sont sur leurs motos (pour leur propre protection imposée par le code de la route), mais de l'ôter immédiatement dès qu'ils descendent de leur engin (pour protéger autrui du trouble à l'ordre public qu'occasionne un visage masqué).

◆ **A. Levade et G. Carcassonne** ne pensent pas qu'on puisse percevoir un tel effet discriminatoire, car il y a bien un ordre public immatériel dont le Conseil constitutionnel suggère l'existence, lequel est sans lien avec le concept de dignité, mais correspond bel et bien à la défense des intérêts de la société. De ce point de vue, G. Carcassonne reproche à O. Cayla de voir de la dignité partout et insiste sur le fait que, d'après la décision du Conseil constitutionnel, si le visage dissimulé par une burqa est contraire à l'ordre public, c'est non pas parce qu'un tel signe porterait atteinte à la dignité de la femme, mais parce qu'il opérerait une exclusion d'autrui. Pour O. Cayla, une telle interprétation est cependant douteuse, puisque le Conseil constitutionnel dit, semble-t-il, exactement le contraire, en affirmant que, par le port de la burqa, c'est la femme elle-même qui s'exclut, se place elle-même objectivement en position d'exclusion, et devient ainsi responsable d'un abaissement contraire à sa dignité dont elle est victime, malgré qu'elle en ait.

◆ **J.-L. Halpérin** n'est pas non plus convaincu par la comparaison de l'interdiction de la dissimulation du visage avec celle de l'inceste, de la polygamie ou de la nudité, et exprime ainsi des réserves sur la possibilité de théoriser l'existence d'un ordre public immatériel présentant un caractère spécifique. Par ailleurs, il refuse l'idée qu'une femme, en dissimulant son visage, pourrait être regardée comme nourrissant l'intention coupable d'exclure autrui, en se refusant manifestement à la communication avec lui. D'abord, rien n'indique qu'une femme voilée se refuse nécessairement à la communication ; ensuite, on voit mal comment le législateur pourrait nous forcer à communiquer.

◆ **O. Cayla** pense également qu'il y a en arrière-plan de cette loi l'effet d'une mode ou d'un engouement contemporain pour une vulgate renvoyant – de manière approximative – au slogan d'une « reconnaissance mutuelle » à la Ricœur, d'une considération pour « le visage de l'autre » à la Lévinas, des exigences d'une « éthique communicationnelle » à la Habermas, avec cette idée qu'il est non seulement moralement souhaitable, mais aussi juridiquement obligatoire de se plier aux conditions objectives – à la loi naturelle – de la communication, c'est-à-dire de la socialité. Une telle confusion entre droit et morale n'est assurément guère propice à la préservation de la liberté individuelle.

Conclusion

Ainsi, comme les échanges de cette table ronde l'ont illustré, la loi visant à interdire le port de la burqa et la décision du Conseil constitutionnel qui a entrepris de la valider se sont inscrites dès le départ dans une perspective d'insincérité normative, ne pouvant qu'engendrer la confusion la plus épaisse au stade de l'application.

La démarche de la loi est en effet tortueuse dans son principe : il s'agit à l'origine d'interdire la burqa parce qu'elle renvoie, comme signe, à l'idée d'assujettissement de la femme et contrevient donc à l'exigence d'égalité liée à la dignité humaine. Mais comme la burqa peut être volontairement portée, et comme la Cour européenne des droits de l'homme, depuis l'arrêt *KA et AD c/ Belgique*, semble vouloir désormais sanctionner les initiatives normatives qui, sur le modèle de *Morsang-sur-Orge*, tendent à imposer à un individu le respect de sa propre dignité, il faut pouvoir dire que le port de la burqa doit être interdit non pas parce qu'il porterait atteinte à la dignité de la porteuse, mais parce qu'il léserait les intérêts sociaux ou au moins le principe même de la socialité. Le parti a donc été pris par le législateur et le juge constitutionnel de tenir toute dissimulation du visage, quelle qu'elle soit, pour être répréhensible socialement, en suggérant l'idée qu'une telle dissimulation, étant nécessairement la marque d'un refus du contact, de la reconnaissance, de l'identifiabilité et de la communication, apparaît comme une pratique antisociale, et donc condamnable, par nature. Mais, bien entendu, ce raisonnement – obnubilé par l'idée d'éviter à tout prix l'argument illibéral de la dignité – ne peut se concevoir que dans le cadre de l'espace public, ce qui suppose d'admettre un certain relativisme conduisant à laisser chacun libre de dissimuler son visage dans l'espace privé. D'où le porte-à-faux dans lequel on retombe inmanquablement dès qu'il s'agit d'appliquer un tel régime juridique, soucieux de préserver la liberté qui est au cœur de l'esprit des droits de l'homme, au cas du port de la burqa, dont la réprobation française répond en réalité beaucoup plus à une exigence de dignité.

Autrement dit, cette confusion présente dans l'application de la loi antiburqa n'est finalement rien d'autre

que celle qui résulte de l'antagonisme foncier entre les concepts de « droits de l'homme » et de « dignité de la personne humaine », qui met sous tension croissante l'ensemble de l'ordre juridique français, comme ceux de la plupart des États de droit contemporains.

* *
*

(1) V. D. 2011. 1065, édito F. Rome.

(2) V. les déclarations du secrétaire général adjoint du Syndicat des commissaires de police, *Le Monde*, 11 avr. 2011, assurant que la loi allait être « infiniment difficile à appliquer et infiniment peu appliquée ».

(3) Relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO 3 mars, p. 4128.

(4) N° NOR IOC/D/11/09134/C, signée par M. Claude Guéant, ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, ayant pour objet l'application de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

(5) AJDA 2010. 2373, note M. Verpeaux ; D. 2010. 2353, édito. F. Rome.

(6) N° 42758/98, D. 2006. 1206, obs. J.-C. Galloux, et 2005. 2973, chron. M. Fabre-Magnan ; RTD civ. 2005. 341, obs. J.-P. Marguénaud.

(7) N° 136727, RFDA 1995. 1204, concl. P. Frydman ; AJDA 1995. 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; D. 1996. 177, note G.

Lebreton ; GAJA, 17^e éd., 2009, n° 98.

(8) Notons en passant qu'un tel masque dissimulant le visage se dirait justement en latin *persona*, ce qui aurait pu conduire notre législateur et nos auteurs de circulaires à réfléchir un peu plus au sens juridique de leur opération...

(9) Compte tenu de son format, il a été impossible de retranscrire ici le débat dans son intégralité. C'est pourquoi, il m'a été demandé de résumer la teneur de celui-ci. J'espère cependant ne pas avoir trahi la pensée des divers intervenants et j'invite le lecteur à se reporter prioritairement au texte de la transcription intégrale du débat, disponible sur le site internet du Dalloz Revues - O. C.

(10) S. 1934. 3. 1, concl. Michel, note Mestre ; D. 1933. 3. 354, concl. Michel.

(11) N° 21627/93, D. 1998. 97, note J.-M. Larralde ; RSC 1998. 385, obs. R. Koering-Joulin ; RTD civ. 1997. 1013, obs. J.-P. Marguénaud.