

Sommaire

REVUES

| | |
|---|----|
| | 2 |
| Produits financiers perçus par les Caisses autonomes de règlements pécuniaires des avocats : <i>un petit pas pour le régime fiscal des OSBL, mais un grand pas pour les CARPA (1)</i> | 2 |
| Questions prioritaires de constitutionnalité et droit des entreprises en difficulté | 16 |
| Les nouveaux territoires du droit de la preuve | 26 |
| La loi "Taubira" ou la nouvelle approche de la sanction pénale — Questions à Monsieur Pierre Bricard, ancien magistrat | 31 |
| Mise en place d'une norme mondiale par l'OCDE en faveur de l'échange automatique de renseignements — Questions à Pascal Saint-Amans, Directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE | 38 |
| La grève ne justifie pas la séquestration d'un cadre | 42 |

Revue

01

Lexbase La lettre juridique n°581 du 4 septembre 2014

[Avocats/Statut social et fiscal] Jurisprudence

Produits financiers perçus par les Caisses autonomes de règlements pécuniaires des avocats : un petit pas pour le régime fiscal des OSBL, mais un grand pas pour les CARPA (1)

10428573

N° Lexbase : N3537BUK



par Gilles-Robert Lopez, Ancien Bâtonnier, Président de la CARPA Rhône-Alpes et Gilles Vidal, Avocat au barreau de Lyon, Droit fiscal — IACF

Réf. : CE Contentieux, 4 juillet 2014, n° 361 316, Publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A3121MU7)

Par une décision topique concernant la CARPA (2) Lyon-Ardèche (devenue Carpa Rhône-Alpes), le Conseil d'Etat a jugé (3), dans un syllogisme administrativiste exemplaire, qu'un OSBL (4) réalisant des opérations non lucratives et indissociables de l'accomplissement de ses buts statutaires est fondé à ne pas acquitter l'impôt sur les sociétés, ni au taux de l'impôt de droit commun des entreprises du secteur lucratif, ni au taux réduit spécialement applicable aux revenus patrimoniaux des OSBL. Cet arrêt règle, en faveur du contribuable, le principe d'un contentieux fiscal vieux de plus de sept années, qui a fait l'objet successivement de trois décisions contradictoires :

- une décision de rejet prononcée par l'Administration fiscale pour écarter la demande du contribuable ;
- un jugement du tribunal administratif de Lyon (5), infirmant la thèse de l'Administration ;
- un arrêt en sens contraire de la cour administrative d'appel de Lyon (6), faisant droit au pourvoi présenté par le ministre, contre la décision des premiers juges.

Mais l'intérêt de cet arrêt va bien au-delà du simple règlement d'un litige fiscal. Il réside notamment dans le fait que la décision a été rendue par quatre sous-sections spécialisées du Conseil d'Etat, réunies en Plénière du Contentieux fiscal et qu'elle peut être présentée comme l'aboutissement d'une jurisprudence relative à la définition de l'"indissociabilité" des opérations relevant d'un but non lucratif. Dans ce sens, cet arrêt peut être vu comme un petit pas pour le régime fiscal des OSBL et comme constituant un grand pas pour les CARPA.

I — L'arrêt "CARPA Lyon-Ardèche" est un petit pas pour le régime fiscal des OSBL

A — L'état du droit positif antérieur à 1981

Comme chacun le sait, il n'a pas fallu attendre 2014 et l'arrêt de l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat pour avoir une idée précise de la fiscalité applicable aux activités lucratives des OSBL, lorsque de telles activités sont exercées à la fois dans un but désintéressé et dans le cadre d'une activité indissociable des autres moyens mis en œuvre par l'OSBL pour remplir son objet de caractère non-lucratif.

En effet, la doctrine administrative s'y est employée d'abord dans une instruction du 27 mai 1977 (Droit fiscal, 1977, n° 25, I, D. 5417), qui indiquait que peuvent échapper à l'impôt sur les sociétés, à taux plein, mais aussi à taux réduit de l'article 206-5 du CGI (N° Lexbase : L0111IKC), les OSBL qui, bien que ne poursuivant pas un but lucratif, effectuent des opérations lucratives lorsque cette activité est exercée de façon tout à fait désintéressée.

Cette analyse a été confirmée dans son principe en 1981, par voie de réponse ministérielle, au sujet d'un OSBL, qui gérait un centre d'aide par le travail, et utilisait une ferme prise en location pour rééduquer professionnellement des travailleurs handicapés dont elle avait la charge.

Le ministre (7) a, en effet, admis, d'une part, que l'exploitation directe d'un domaine agricole pouvait concourir directement à la réalisation même de l'objet désintéressé en vue desquels de tels organismes ont été constitués et être, de ce fait, indissociable des autres moyens qu'ils mettent en œuvre pour remplir leur objet propre, et, considéré, d'autre part, que de tels centres pouvaient échapper à l'imposition à taux réduit, sous réserve que la situation de fait confirme cette analyse que l'exploitation agricole ne soit pas regardée comme distincte et que ses résultats ne soient pas considérés comme des produits de placement pour l'application de l'article 206-5 du CGI.

Cette doctrine administrative est conforme à la décision du Conseil d'Etat du 22 octobre 1980 (8) concernant précisément un OSBL gérant un centre d'aide par le travail.

La Haute juridiction a considéré, en effet, que l'exploitation agricole était indissociable des autres moyens mis en œuvre par l'association pour remplir son objet de caractère non lucratif et que l'association ne pouvait être imposée à raison des résultats de cette exploitation agricole.

Les termes de cette solution plus que trentenaire, pour ne pas dire historique, valent d'être cités.

"Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'association requérante est un organisme à but non lucratif qui gère un centre d'aide par le travail ; qu'elle utilise la ferme qu'elle loue à N... pour assurer la rééducation professionnelle de travailleurs handicapés dont elle a la charge ; que le prix de journée qu'elle reçoit du service de l'aide sociale tient compte des produits de cette ferme ; que, dans ces conditions, l'exploitation agricole, concourant directement à l'exécution même de l'activité à but non lucratif de l'association, est indissociable des autres moyens que l'association requérante met en œuvre pour remplir son objet propre, de caractère non lucratif, et ne peut pas être regardée comme une exploitation agricole distincte, dont les résultats doivent être assujettis à l'impôt sur les sociétés en vertu des dispositions précitées de l'article 206-5 ; que, par suite, l'association requérante est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de ... a rejeté celles des conclusions de sa demande en décharge des impositions à l'impôt sur les sociétés établies au titre des années 1971 et 1972 [...]"

A l'époque, la portée de l'arrêt n'avait pas échappé au chroniqueur de la RJF qui la commentait dans les termes suivants.

"Dans l'espèce ci-dessus [...] l'exploitation agricole n'avait pas pour objet de fournir à l'association des revenus qu'elle aurait utilisés aux fins qui sont les siennes, mais de procurer aux personnes handicapées accueillies par l'association à l'occasion de participer à des travaux agricoles et d'acquérir ainsi la formation professionnelle, objet même poursuivi par l'association".

Assurément, le Conseil d'Etat n'a pas posé un critère conjoncturel, mais, au contraire, un critère organique.

Le critère organique de la réalisation de l'objet même de l'OSBL, au-delà de son mode de financement.

La doctrine administrative et la jurisprudence du Conseil d'Etat ne semblaient pas diverger et l'arrêt poser une véritable clef de voûte du système de la fiscalité des OSBL.

Reste à expliquer comment la jurisprudence postérieure et même la doctrine (9) sont venues perturber un dispositif qui paraissait solidement établi.

B — La jurisprudence postérieure à 1981 : de l'arrêt "Association Saint Anne" (10) à la décision de la cour administrative d'appel de Lyon du 24 mai 2012 (11) en passant par la jurisprudence relative aux Comités interprofessionnels du logement, dits CIL

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 24 mai 2012 a donné l'occasion à ceux qui s'y sont intéressés (12) de faire le point sur l'état de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Il n'est pas question ici de paraphraser les commentateurs, mais seulement de faire le rappel des solutions qui ont retenu leur attention, en procédant à un classement thématique.

1 — L'arrêt "Association Saint Anne" du 24 février 1986 : l'IS à taux réduit et les revenus fonciers

Cet arrêt revêt une importance particulière, moins par les solutions classiques qu'il contient, eu égard à la jurisprudence et à la doctrine administrative précitées, que par les qualités de clarté et de pédagogie des conclusions du Président Fouquet, alors Commissaire du Gouvernement.

– Cet arrêt est rapporté comme suit à la RJF (citation)

"1° La location d'immeubles par une association dont l'objet est social et l'activité sans but lucratif, à d'autres associations dont l'objet, également social, et l'activité sans but lucratif complètent les siens, s'intègre à son activité désintéressée dès lors qu'en consentant des loyers d'un montant très inférieur à la valeur locative des immeubles, l'association bailleuse entend permettre aux associations locataires de poursuivre leur activité désintéressée. L'association n'est pas imposable à raison des loyers ainsi perçus.

2° La location par l'association d'un immeuble, moyennant un loyer normal, à une autre association, ne s'intègre pas, en revanche, à son activité désintéressée, alors même qu'elle a consenti un abandon partiel du loyer, dès lors que cet abandon n'était pas nécessaire pour permettre à l'association locataire de poursuivre son activité. L'association est imposable à l'impôt sur les sociétés au taux de 24 % sur le loyer stipulé même s'il n'a été que partiellement perçu".

– Les conclusions du Président Fouquet opéraient la distinction suivante (citation)

"Votre jurisprudence distingue trois cas correspondant aux trois secteurs possibles d'activités d'un organisme à but non lucratif :

1. Le premier secteur comprend les activités lucratives exercées par l'organisme parallèlement à ses activités désintéressées. Leur produit est imposable à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun, en application de l'article 206-1 du CGI qui vise "toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou des opérations de caractère lucratif" (CE 26 juillet 1982, n° 22 206 (13), RJF 10/82 p. 450 ; CE 14 décembre 1984, n° 41 139 N° Lexbase : A7832ALN, RJF, 2/85 p. 119).

2. Le deuxième secteur comporte les activités patrimoniales qui, sans constituer le moyen de réaliser l'objet désintéressé de l'organisme, lui procurent des ressources. Ces ressources lorsqu'elles proviennent de la location d'immeubles, de l'exploitation de propriétés agricoles ou forestières et de revenus de capitaux mobiliers, sont passibles de l'impôt sur les sociétés au taux de 24 %, en application des articles 206-5 et 219 bis du CGI.

3. Le troisième secteur correspond aux activités qui concourent à l'exécution de l'objet non lucratif de l'organisme, et leur produit n'est pas imposable. Vous avez ainsi jugé que n'était pas imposable le bénéfice agricole produit par une exploitation appartenant à une association qui l'utilisait pour procurer aux personnes handicapées qu'elle accueillait, l'occasion de participer à des travaux agricoles et d'acquérir ainsi la formation professionnelle, que l'association avait pour objet de dispenser : CE 22 octobre 1980, n° 4906 (14), RJF 12/80 p. 515.1.22".

2 — La jurisprudence concernant les CIL : les produits financiers sont exonérés de l'impôt sur les sociétés à taux réduit -ISTR dans la suite du texte— ou non selon qu'ils résultent d'un emploi de fonds fidèle à leur affectation ou non

Dans un souci de clarté et seulement pour les besoins des développements qui suivent on distinguera entre les CIL selon que les CIL fonctionnent dans le strict respect des conditions pour lesquels ils ont été constitués ou non : ceux qui fonctionnent dans le strict respect de celles-ci seront dit "CIL purs".

a) Lorsque le CIL est "pur" il est exonéré de l'ISTR sur les produits financiers générés par les prêts liés à la construction de logement

Le Conseil d'Etat a en effet jugé en 1988 (15) (16) que, si un CIL fonctionne conformément à la réglementation en vigueur, il n'est pas imposable à l'impôt sur les sociétés à raison des intérêts des prêts qu'il a accordés ou de ses excédents de gestion.

De même, il été jugé en 1990 (17) que les intérêts des avances consenties par un comité de coordination des organismes d'aide au logement à divers comité interprofessionnels du logement ou a des organismes de construction, dans la mesure où les avances consenties s'inscrivent dans le cadre de l'activité même de l'OSBL.

Les produits financiers correspondants sont la conséquence spontanée, naturelle et directe de l'activité de l'OSBL. Ils bénéficient pleinement de l'exonération.

b) Le CIL est imposable à l'ISTR sur les produits financiers générés par les prêts qui ne sont pas liés à la construction de logement, mais simplement placés dans l'attente de leur emploi dans la destination prévue

Le Conseil d'Etat a été amené à jugé que, si un CIL ne fonctionne pas conformément à la réglementation en vigueur, pour ne pas avoir accordé des prêts dans les conditions prévues par celle-ci, il est imposable à l'Impôt sur les sociétés.

Il en a été ainsi en 1993 (18) pour les produits des sommes en attente d'emploi qui ont fait l'objet de placement dans un établissement financier.

A ce stade, il apparaît très clairement que :

- la frontière entre revenus imposables et revenus non imposables ne tient pas à la nature de l'activité ;
- la frontière tient à l'existence du lien entre les revenus et la mission principale de l'OSBL, telle qu'elle fixée par la loi ou ses statuts, et plus encore à la force de ce lien ;
- le **critère organique** dégagé plus haut est la clef du dispositif d'exonération de l'ISTR.

Ce constat est corroboré par l'analyse des décisions relative à des OSBL autres que les CIL.

c) Les OSBL qui se sont pris à tort pour des "CIL purs" ne sont pas exonérés de l'ISTR

Cette rubrique fournit les plus nombreux exemples. On retiendra les trois suivants en raison de la diversité des statuts juridiques et des buts poursuivis par les OSBL concernés.

– *L'arrêt "Groupement national interprofessionnel des semences et plants"*

Le Conseil d'Etat a considéré, en 1989 (19), à propos de ce groupement, que la circonstance que pour remplir sa mission non lucrative il était tenu de constituer des réserves financières ne permettait pas de regarder les produits financiers, qu'il tirait du placement de ces réserves, comme indissociables du but lucratif poursuivi.

– *L'arrêt "Office franco-québécois pour la jeunesse"*

La cour administrative d'appel de Paris a jugé 1990 (20) que les revenus constitués par le placement des subventions reçues d'avance doivent être considérés comme des produit de placements de sommes en attente d'emploi, que de tels produits ne sont pas indissociables du but désintéressé poursuivi par l'office franco-québécois pour la jeunesse et que par suite, ces revenus sont imposables à l'IS au taux réduit (CGI, art. 206-5).

– *L'arrêt "Association œuvres hospitalières de nuit"*

Le Conseil d'Etat a refusé en 1993 (21) le pourvoi dirigé contre l'arrêt du 25 septembre 1991 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a jugé qu'une association à but non lucratif était imposable à l'impôt sur les sociétés au taux de 24 %, en application de l'article 206-5 du CGI, sur les produits retirés du placement des subventions d'équipement reçues et en attente d'emploi, dès lors que ces recettes lui avaient été procurées par une activité dissociable du but non lucratif qu'elle poursuivait par ailleurs.

A ce stade, on peut conclure avec le Professeur Martial Chadeaux (22) à la cohérence de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Cette affirmation se trouve corroborée par l'examen des deux décisions évoquées ci-après : elles sont sensiblement postérieures à celles examinées ci-dessus et donnent un éclairage particulier sur la notion d'indissociabilité des

produits financiers des OSBL.

3 — Les deux exceptions appelées au soutien de l'exonération de l'ISTR au nom de l'universalité du caractère indissociable

a) L'exception relative aux Chambres de commerce et d'industrie

Il a été jugé en 2009 (23) qu'une chambre de commerce et d'industrie qui exerçait, comme le lui permettait la loi, une mission de collecte de la participation des employeurs à l'effort de construction, a constitué en 1953, dans le cadre de cette activité, une société anonyme immobilière, qui avait pour objet la construction et la location de logements à des étudiants et a alors acquis des actions de cette société. Après avoir décidé en 1980 de ne plus assurer la gestion de la collecte de cette participation qu'elle a confiée à un comité interprofessionnel du logement en transférant à cet organisme le montant de l'actif net des participations antérieurement collectées mais sans apporter ces actions qu'elle a conservées dans son patrimoine, elle a, après avoir ultérieurement accru sa participation par le rachat d'actions auprès de petits porteurs, cédé en 1990 sa participation majoritaire dans le capital de la société.

Dans ce contexte, la détention des actions de la société entre 1953 et 1980 était indissociable de l'activité de collecte de la participation des employeurs à l'effort de construction et relevait donc d'une gestion désintéressée de la chambre de commerce et d'industrie. En revanche, à partir de 1980, les actions de la société constituaient un élément d'actif susceptible de générer des profits imposables pour leur détenteur.

Cette décision doit être rapprochée de celle de 20 avril 1988, citée ci-dessus concernant l'organisation d'un Comité du logement par une Chambre de commerce, qui a jugé que les produits financiers réalisés ne constituaient pas des revenus imposables à l'impôt sur les sociétés à taux réduit.

Dans ce sens, la décision de 2009 constitue une référence très efficiente en tant qu'elle fait une application stricte et différenciée du **critère organique** dégagé plus haut.

b — L'exception relative au régime fiscal des produits financiers des entreprises nouvelles du secteur de la grande distribution

S'agissant de l'application de l'article 44 sexies du CGI (N° Lexbase : L1678I28), relatif aux entreprises nouvelles (24), il a été considéré en 1998 (25) que les bénéfices provenant pour partie d'activités financières peuvent relever du régime d'exonération dans la mesure où le montant de ces produits financiers n'excède pas les besoins de la gestion de la trésorerie nécessaire à l'exercice de l'activité exonérée.

Dans sa note précitée à la revue Droit fiscal de mars 2013, le Professeur Martial Chadeaux (26) a fait observer que *"la jurisprudence rendue en la matière, considère que la réalisation de placements financiers n'est pas de nature à empêcher l'application du régime d'exonération dans la mesure où elle constitue le complément indissociable de l'activité principale éligible"*.

Il continuait ainsi :

"Dès lors, pourquoi ne pas s'interroger sur une transposition éventuelle de la théorie du complément indissociable aux revenus de placements retirés des excédents de trésorerie de OSBL s'il peut être établi que le placement financier est le complément indissociable de l'activité désintéressée de l'association ?"

Cette exception ne nous paraît pas efficiente en tant qu'elle se rapporte à une entité autre qu'un OSBL, d'une part, et que, d'autre part, elle ne fait pas application du **critère organique** dégagé plus haut ; elle paraît plutôt se rattacher à un critère strictement conjoncturel, fondé sur les besoins de la gestion de la trésorerie nécessaire à l'exercice de l'activité exonérée.

Au terme de cette revue du droit applicable aux revenus du patrimoine des OSBL on comprend parfaitement le sens de la décision de non-imposition résultant de l'arrêt commenté, tel que rappelé ci-dessus en tête des développements.

Tout naturellement, cela conduit à revenir aux CARPA et à rappeler à la fois quel est leur régime juridique et fiscal, de sa genèse aux péripéties de leur existence, et comment le **critère organique**, dégagé ci-dessus, a été mis en œuvre dans le dossier de la CARPA Lyon-Ardèche.

II — L'arrêt "CARPA Rhône-Ardèche" est un grand pas pour le régime fiscal des CARPA

A — Rappel du régime des CARPA

1 — Régime juridique

a) Genèse et évolution législative et réglementaire des CARPA

L'histoire de la création des CARPA a été faite par le Bâtonnier Claude Lussan et reprise sur le site de l'UNCA sous le titre "*La Carpa — Une œuvre collective du Barreau*" (27).

Les premières CARPA ont été créées en 1956.

Aux termes de l'article 237 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 modifié organisant la profession d'avocat (N° Lexbase : L8168AID), la forme juridique qui a été retenue par le législateur est celle de l'association sans but lucratif de la loi de 1901.

Aux termes du même article, les CARPA sont placées sous la responsabilité du ou des barreaux qui les ont instituées.

Ce sont néanmoins des organismes juridiquement distincts de barreaux, dotés d'une personnalité morale distincte.

Les CARPA ne sont pas des banques, ni des établissements financiers (28).

Les CARPA sont investies de missions légales, touchant au fonctionnement du service de la Justice, en application des dispositions légales et réglementaires qui les ont instaurées et qui en ont réglé les modalités de constitution et de fonctionnement.

Ces missions sont les suivantes.

1. Mission de dépositaire des fonds, effets ou valeurs reçus par les avocats pour le compte de leurs clients

Les fonds concernés sont notamment, mais non exclusivement ceux par les avocats dans le cadre des affaires dont ils ont la charge, tels que le produit de la cession d'un fonds de commerce ou de parts sociales, les dommages et intérêts alloués à une partie par décision de justice ou encore le montant d'un accord transactionnel.

Aux termes du 9° de l'article 53 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques (N° Lexbase : L6343AGZ), les avocats sont tenus à l'obligation de déposer ces fonds "*dans une caisse créée obligatoirement à cette fin par chaque barreau ou en commun par plusieurs barreaux*", c'est-à-dire la CARPA.

Aux termes de l'article 235-2 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 modifié, les avocats ne peuvent procéder aux règlements pécuniaires concernés que par l'intermédiaire de la CARPA.

A ce titre, ledit décret précise l'étendue des obligations des avocats et la mission des CARPA.

- Article 235-2 : "*Les avocats ne peuvent procéder aux règlements pécuniaires mentionnés au 9° de l'article 53 de la loi du 31 décembre 1971 [...] que par l'intermédiaire de la caisse prévue au même article. Il [leur] est interdit [...] de recevoir une procuration ayant pour objet de leur permettre de disposer de fonds déposés sur un compte ouvert au nom de leur client ou d'un tiers, autre que l'un des sous-comptes mentionnés à l'article 240-1*".

- Article 240 : "*Les fonds, effets ou valeurs mentionnés à l'article 53-9° de la loi du 31 décembre 1971 précitée, reçus par les avocats, sont déposés à un compte ouvert au nom de la caisse des règlements pécuniaires des avocats dans les écritures d'une banque ou de la caisse des dépôts et consignations*".

- Article 240-1 : "*les écritures afférentes à l'activité de chaque avocat sont retracées dans un compte individuel ouvert à son nom ;*

Chaque compte individuel est lui-même divisé en autant de sous-comptes qu'il y a d'affaires traitées par l'avocat ;

Tout mouvement de fonds entre sous-compte est interdit....

Aucun sous-compte ne doit présenter de solde débiteur".

- Article 241 : "*Aucun retrait de fonds du compte mentionné à l'article 240-1 ne peut intervenir sans un contrôle préalable de la caisse [...] effectué selon des modalités définies par l'arrêté mentionné à l'article 241-1*".

Il en résulte explicitement que la mission première des CARPA est donc de sécuriser et de contrôler l'usage et la

manipulation par les avocats des fonds qu'ils reçoivent de leurs clients.

Pour assurer la sécurité juridique et financière de l'institution, il est également instauré :

- une obligation de représentation des fonds placés — Article 4 de l'arrêté du 5 juillet 1996 modifié, les placements devant "*répondre aux exigences de liquidité suffisante au regard des flux constatés et des échéances prévisibles*";
- un organisme de contrôle des CARPA — Article 241-3 du décret, une commission "*chargée de veiller au respect par les CARPA de l'ensemble des règles et obligations prévues*", laquelle est dotée de pouvoirs importants l'autorisant à suspendre le fonctionnement de la caisse et à en organiser l'administration provisoire (art. 241-6).

2. Missions d'emploi des produits financiers tirés du placement des sommes déposées auprès des CARPA

Ces missions sont définies à l'article 235-I du décret précité, qui instaure une double affectation obligatoire des produits financiers des fonds, effets ou valeurs concernés par la réglementation.

Ainsi, les produits financiers doivent-ils être "*affectés exclusivement : — au financement d'une part, des services d'intérêts collectifs de la profession et notamment des actions de formation, d'information et de prévoyance, ainsi qu'aux œuvres sociales des barreaux ; — à la couverture des dépenses de fonctionnement du service de l'aide juridictionnelle et ; — au financement de l'aide juridictionnelle et au financement de l'accès au droit*".

3. Mission de lutte contre le blanchiment

Selon les dispositions de l'article 17-13° de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, modifiée par l'ordonnance du 30 janvier 2009 (N° Lexbase : L6934ICS) : les conseils de l'Ordre ont pour mission "*de vérifier le respect par les avocats de leurs obligations prévues par le chapitre 1er du titre VI du livre V du Code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de se faire communiquer, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations*".

L'article 8 de l'arrêté du 5 juillet 1996 impose aux CARPA de contrôler les opérations réalisées par les avocats, en ce qui concerne la provenance des fonds crédités, l'identité du bénéficiaire des règlements, notamment la justification du lien entre les règlements pécuniaires des avocats et les actes juridiques ou judiciaires accomplis par ceux-ci dans le cadre de leur activité professionnelle.

L'importance du dispositif existant a été renforcée en 2014 (29) par la création de la Commission nationale de régulation des Caisses des règlements pécuniaires des avocats et notamment par la modification des pouvoirs de la Commission nationale de contrôle, chargée de veiller au bon fonctionnement des CARPA.

b) Eclairage apportés par deux décisions spécifiques relatives aux CARPA

– *L'arrêt du 17 mai 1999 (30) concernant le régime juridique des produits financiers des CARPA*

Saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret du 5 juillet 1996 modifiant le décret du 27 novembre 1991, le Conseil d'Etat a été amené à préciser le régime juridique des intérêts résultant des placements de fonds gérés par les CARPA.

Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement François Lamy a précisé que, d'un point de vue civiliste, les intérêts appartiennent aux CARPA, par application de la théorie du "dépôt irrégulier", et considéré que les intérêts générés par de tels intérêts de placements "*sont le produit d'une activité d'intérêt général pour l'exercice de laquelle le législateur a confié aux CARPA un monopole*".

Ni l'arrêt, ni les conclusions précitées n'ont considéré qu'il y aurait lieu de distinguer, dans les missions dévolues aux CARPA, entre des activités relevant précisément de l'accomplissement de leurs missions et des activités distinctes de placement des fonds reçus.

– *L'arrêt de la Chambre criminelle du 23 mai 2013 (31) définissant la sanction applicable aux avocats en cas de manquement aux obligations de dépôt en CARPA des fonds reçus*

Cet arrêt est rapporté à la revue Lexbase dans les termes suivants.

"La Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré qu'entre dans les prévisions de l'article 314-1 du Code pénal (N° Lexbase : L7136ALU), et est donc constitutif d'un abus de confiance le fait, pour un avocat, de déposer les fonds reçus pour le compte de ses clients sur un compte autre que celui ouvert au nom de la CARPA, en violation de

l'article 240 du décret du 27 novembre 1991, organisant la profession d'avocat, peu important qu'un accord existe ou non sur ce point avec l'auteur de la remise.

La Cour précise que, pour déclarer l'avocat coupable d'abus de confiance au préjudice de la CARPA, l'arrêt énonçait, à juste titre, que la prévenue, qui n'était pas propriétaire des fonds, qui ne lui avaient été remis qu'à charge pour elle de les verser au compte ouvert auprès de ladite caisse, les a détournés au préjudice de cette dernière et qu'il importe peu qu'elle ne les ait pas utilisés à son profit dès lors que les sommes ont généré, au seul bénéfice de sa société civile professionnelle, des produits financiers, qui n'ont pas été affectés à l'usage auxquels ils sont destinés, en application du décret précité. Les juges ajoutent que ces agissements résultent d'une volonté consciente de la prévenue, avocate d'expérience, qui ne pouvait ignorer la nature et l'étendue de ses obligations en matière de maniement de fonds".

2 — Définition administrative du régime fiscal

Le législateur n'a pas défini le régime fiscal applicable aux CARPA, ni en 1971, ni en 1991, ni en 1996.

C'est l'Administration centrale qui a défini le régime qui lui paraissait être applicable, par la note fiscale du 3 juillet 1981.

A la lumière de la jurisprudence rapportée ci-dessus, il apparaît sans conteste que cette note n'était pas conforme aux principes applicables aux OSBL et qu'elle ne pouvait pas s'imposer au juge fiscal.

a) Une note fiscale contraire à la doctrine administrative

Les éléments de cette note de service ne peuvent manquer d'être rappelés.

"Les Caisses de règlements pécuniaires des avocats, associations à but non lucratif régies par la loi de 1901, ont en règle générale considéré qu'elles entraient dans le champ d'application des articles 206-5 et 219 bis du CGI et elles ont acquitté à ce titre des cotisations calculées au taux de 24 % sur les produits qu'elles tirent de placements financiers, sauf en ce qui concerne les intérêts de bons de caisse pour lesquels elles ne supportent que la retenue à la source.

Or, l'application de ce régime d'imposition a donné lieu à certaines hésitations, les services ayant parfois estimé que ces organismes relevaient de l'article 206-1 du Code et devaient dès lors être assujettis à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun.

Après examen par l'Administration centrale des conditions de fonctionnement des CARPA, le caractère non lucratif a été reconnu à leurs activités de formation professionnelle et d'information des justiciables, ainsi qu'à leur action en vue de l'octroi d'allocations de bourses d'études aux avocats stagiaires et de secours exceptionnels aux anciens avocats.

Quant aux activités d'intérêt collectif facilitant l'exercice des missions des avocats, il a paru possible de les considérer comme n'étant pas de nature à remettre en cause le caractère non lucratif de l'activité des CARPA, à la triple condition que les ressources de ces dernières demeurent constituées pour leur quasi-totalité par les produits des placements financiers qu'elles effectuent, qu'elles ne perçoivent pas de leurs membres de cotisations autres que symboliques et, enfin, qu'elles ne leur fournissent pas, sauf de manière accessoire et à tarif réduit, des services rémunérés que des entreprises à caractère lucratif seraient également susceptibles de rendre.

En conséquence, sous réserve que ces conditions soient respectées, il conviendra de considérer que les CARPA doivent être assujetties à l'impôt sur les sociétés en application des articles 206-5 et 219 bis du CGI".

On n'imagine sans peine que, forte d'une telle instruction de service, l'Administration fiscale ne pouvait pas envisager de ne pas soumettre les produits financiers générés par les CARPA à l'ISTR.

Pour autant, cette note commise par l'Administration fiscale centrale faisait fi à la fois de sa propre doctrine, exprimée en 1977 et 1981, telle que rappelée ci-dessus, et du **critère organique** dégagé et précisé par le Conseil d'Etat à compter de 1980.

b) Une note administrative de service qui ne liait pas le juge fiscal

Par son jugement précité du 25 janvier 2011, le tribunal administratif de Lyon a su s'affranchir de cette note de service, pour revenir aux principes, en recherchant les éléments du **critère organique**, dans une analyse du régime juridique gouvernant la constitution et le rôle des CARPA.

La référence au **critère organique** dégagé plus haut résulte du rappel des textes, et spécialement dans la référence à l'article 235-I du décret 27 novembre 1991, dont il ressort que :

- le dépôt des fonds en carpa est obligatoire pour tout avocat qui reçoit des fonds ;
- les CARPA qui gèrent ses fonds perçoivent des produits financiers ;
- les produits financiers perçus par les CARPA doivent être affectés à un usage défini par la loi.

Pour mesurer la portée de cette décision remarquable, on doit souligner qu'elle a été rendue dans un sens contraire aux conclusions du Rapporteur public (non publiées), et que lesdites conclusions ont pu être écartées parce qu'elles ne prenaient pas en compte la force du **critère organique**, comme cela résulte de la citation qui suit.

"Si la requérante tente de se placer dans la lignée de la jurisprudence du CIL, vous pourrez souligner que l'obligation faite à la CARPA d'utiliser les fonds exclusivement pour les missions d'intérêt général n'a pas pour effet de rendre indissociables les placements financiers qu'elle réalise du maniement et de la conservation des fonds collectifs provenant des séquestres amiables et judiciaires et des ventes immobilières, du contrôle de ces opérations, de l'organisation de tous les services destinés à faciliter l'exercice de la profession d'avocat ou de la gestion des besoins et intérêts généraux du public dans les domaines judiciaire et juridique.

Les produits financiers que la CARPA tire de ses placements procèdent certes d'une bonne gestion. Pour autant, comme le souligne à juste titre l'administration, la perception des revenus financiers n'a pas de lien direct et automatique avec l'organisation d'une caisse à la différence des revenus perçus à raison des prêts consentis par les CIL dont la réalisation découle directement de la réalisation de l'activité d'aide au financement du logement social assignée à ces organismes".

On peut également faire observer que le Rapporteur public devant la cour administrative d'appel de Lyon (conclusions publiées, références précitées) a conclu en 2012 dans le même sens que son collègue du tribunal administratif.

D'autre part, on doit faire observer que les premiers juges ont également mis en œuvre, sans même l'évoquer, la décision spéciale précitée du Conseil d'Etat du 17 mai 1999 (32), décision qui valide rappelons-le, à la fois, l'attribution faite aux CARPA des produits financiers générés par elles, sur la base d'une analyse civiliste fondée sur le "dépôt irrégulier", et l'affectation obligatoire desdits fonds fixée par le pouvoir réglementaire.

Et ce, sans même connaître la décision précitée de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (33), qui condamne pour abus de confiance au détriment de la CARPA un avocat qui n'a pas cru devoir déposer en CARPA les fonds perçus par lui, pour le compte de ses clients, dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Dans ce contexte, on pourrait s'interroger, pour ne pas dire s'étonner, devant le constat que l'analyse des premiers juges n'ait pas été partagée par le ministre, qui a interjeté appel de la décision du tribunal administratif de Lyon, et par les juges du second degré qui ont fait droit à cet appel.

Une telle interrogation paraît aujourd'hui sans objet puisque la décision de la cour administrative d'appel a été cassée et annulée pour erreur de droit.

Dans ce sens, pour reprendre la formule du Bâtonnier Bernard Vatier, ancien président de l'UNCA, l'arrêt commenté doit être présenté, après les arrêts précités des 17 mai 1999 et celui du 23 mai 2013, comme le troisième pilier du système carpalien.

B — L'arrêt fondateur du régime fiscal des CARPA

1 — Considérations générales

Les éléments de la cause ont été déjà détaillés dans la présente publication, comme cela a été rappelé dans une note en renvoi (34).

Ils ne seront donc pas repris dans les développements qui suivent.

L'arrêt topique a été rendu en Plénière du contentieux fiscal, par quatre sous-sections spécialisées du Conseil d'Etat.

Il s'agit d'un fait assez rare pour être signalé et qui donne l'importance de la portée de l'arrêt.

L'arrêt procède d'un syllogisme administrativiste implacable qui vaut d'être rapporté intégralement.

– *Majeure : la loi fiscale*

"Considérant qu'il résulte de ces dispositions que doivent être compris dans les bases d'imposition à l'impôt sur les sociétés au taux réduit les revenus de capitaux mobiliers dont une association dispose, notamment les produits des placements en attente d'emploi, alors même que l'association n'en aurait la disposition qu'à titre de dépositaire ; que doivent, en revanche, être exceptées de ces bases celles des recettes de l'association qui lui ont été procurées par une activité indissociable du but non lucratif poursuivi par elle et dont la perception découle, non de la mise en valeur d'un patrimoine ou du placement de sommes disponibles, mais de la réalisation même de la mission désintéressée qui correspond à son objet social"

– *Mineure : les faits*

"Considérant qu'il résulte de ces dispositions, d'une part, que la création des CARPA a été rendue obligatoire avec pour objet de recevoir, de conserver et de manier les fonds, effets ou valeurs reçus par les avocats pour le compte de leurs clients avant qu'ils ne soient reversés à leurs bénéficiaires et, d'autre part, que le financement des missions d'intérêt collectif de la profession et des missions d'intérêt général prévues par l'article 235-1 du décret du 27 novembre 1991 entre dans l'objet assigné aux CARPA ; qu'en conséquence, les produits financiers qu'elles perçoivent dans le cadre de leur mission de conservation de ces fonds ne procèdent pas d'une activité de gestion patrimoniale mais sont inhérents à la réalisation même de leur objet social, tel qu'il est défini par les textes qui les régissent".

– *Décision : erreur de droit*

"Considérant qu'après avoir relevé que la CARPA Lyon-Ardèche pouvait procéder au placement des fonds qui lui étaient confiés par les avocats pour le compte de leurs clients, la cour a jugé que les produits ainsi obtenus rentraient, comme les produits de placement de fonds propres, dans le champ d'application du 5 de l'article 206 du Code général des impôts dès lors qu'ils découlaient d'une activité complémentaire de placement des fonds ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que la perception de ces sommes découlait de la réalisation même de la mission désintéressée assignée à la CARPA par les dispositions mentionnées au point 5, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, la CARPA Rhône-Alpes est fondée à demander l'annulation des articles 1er et 2 de l'arrêt qu'elle attaque".

2 — Premiers commentaires

Les premiers commentaires ont résumé et présenté l'arrêt dans les termes suivants (35) :

"En l'espèce, une CARPA a été imposée, sur les revenus qu'elle a déclarés, issus de placements de fonds, à l'impôt sur les sociétés au taux réduit de 10 % (CGI, art. 219 bis), ce qu'elle conteste. Le juge, se fondant sur les articles 206 et 219 bis du CGI, indique que doivent être compris dans les bases d'imposition à l'impôt sur les sociétés au taux réduit les revenus de capitaux mobiliers dont une association dispose, notamment les produits des placements en attente d'emploi, alors même que l'association n'en aurait la disposition qu'à titre de dépositaire. En revanche, sont exclus de l'assiette du taux réduit, les revenus procurés à l'association par une activité indissociable du but non lucratif qu'elle poursuit et dont la perception découle de la réalisation même de la mission désintéressée qui correspond à son objet social, et non de la mise en valeur d'un patrimoine ou du placement de sommes disponibles.

La Haute juridiction rappelle que la création des CARPA a été rendue obligatoire avec pour objet de recevoir, de conserver et de manier les fonds, effets ou valeurs reçus par les avocats pour le compte de leurs clients, avant qu'ils ne soient reversés à leurs bénéficiaires. Le financement des missions d'intérêt collectif de la profession et des missions d'intérêt général entre dans l'objet assigné aux CARPA. Le Haut Conseil en déduit que les produits financiers perçus par les CARPA, dans le cadre de leur mission de conservation des fonds, ne procèdent pas d'une activité de gestion patrimoniale, mais sont inhérents à la réalisation même de leur objet social. Dès lors, les produits financiers issus de la gestion des fonds déposés au sein de la CARPA ne sont pas imposables".

Il n'est pas question ici de voir sanctionner une quelconque prétendue rente (36). Bien au contraire, il s'agit plutôt de consolider un dispositif juridique et fiscal, légal ou jurisprudentiel, comme cela résulte des éléments apportés par l'étude de la jurisprudence antérieure et de la genèse du système carpalien.

3 — Considérations particulières

Parvenant au terme de cette note, on ne peut pas manquer de tenter de préciser les éléments qui paraissent de

nature à avoir déterminé la Haute juridiction à annuler la décision d'appel.

1) Les CARPA ont été fondées pour assurer des missions légales dans un système non subventionné

Il en résulte que les CARPA doivent trouver, dans leur existence même et dans l'accomplissement de leur objet, les moyens des missions légales qui leur sont dévolues, comme cela a été rappelé ci-dessus.

Le législateur de 1996 a décidé de l'affectation obligatoire des produits financiers qu'elles peuvent générer par leurs placements et le juge de 1999 a acté qu'elles sont propriétaires des produits financiers résultant des fonds placés.

Le juge fiscal n'a pas confondu le caractère financier des revenus des placements avec des revenus imposables par nature.

2) Le placement des fonds des CARPA participe de leur gestion désintéressée

Les CARPA ont été constituées sous la forme d'association de la loi de 1901, le dépôt des fonds en CARPA est obligatoire, à peine de sanction pénale pour l'avocat qui n'entendrait pas s'y soumettre, et les cotisations des avocats doivent être symboliques, comme cela avait été précisé par la note fiscale de 1981.

Les principes mêmes qui doivent gouverner les placements des CARPA ont été fixés par le pouvoir réglementaire (arrêté du 5 juillet 1996, art. 4 précité).

L'obligation de réinvestissement des intérêts perçus est commandée par l'affectation légale obligatoire desdits produits et l'absence de distribution de tout excédent d'exploitation n'est pas discutée.

Plus encore, dans deux domaines spécifiques des missions légales des CARPA, le législateur a instauré des dispositifs spécifiques, qui ne sont pas exclusifs du placement des dotations reçues, ni des contributions propres des CARPA.

– Produits financiers des dotations de l'aide juridictionnelle

Suivant l'article 11 de l'annexe au décret n° 96-887 du 10 octobre 1996 (37) modifié relatif au financement de l'Aide juridictionnelle "*Les produits financiers perçus par la CARPA pour les fonds reçus au titre de l'aide juridictionnelle et des autres aides à l'intervention de l'avocat sont exclusivement utilisés pour couvrir en tout ou partie les charges de gestion du service de l'aide juridictionnelle et des aides à l'intervention de l'avocat exposées par la CARPA ou l'Ordre et, le cas échéant, les charges exposées au titre de l'organisation de la défense, conformément au protocole conclu en application des articles 91 et 132-6 du décret du 19 décembre 1991 susvisé*";

– Contributions des CARPA au financement de l'accès au droit

Suivant l'article 68 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 (38) relative à l'aide juridique "*Le financement de l'aide à l'accès au droit est notamment assuré par : — les participations de l'Etat, du département et des autres membres du groupement d'intérêt public prévues par la convention constitutive dans les conditions de l'article 55; — les contributions des caisses des règlements pécuniaires des barreaux du ressort;*

[...]"

C'est dire combien le législateur, qui, rappelons-le, n'a pas défini spécifiquement les ressources des CARPA, avait parfaitement connaissance de l'origine que ces ressources pouvaient avoir et de la capacité des CARPA, et des barreaux dont elles sont l'émanation, à les gérer.

3) La corrélation institutionnelle entre les produits financiers des CARPA et leur affectation exclusive aux missions légales dont celles-ci sont investies procède du rattachement à l'objet social

Depuis 1980, la force du rattachement nécessaire à l'objet social procède du **critère organique** dégagé ci-dessus.

Celui-ci ne s'embarrasse pas de la nature financière ou non de l'activité. Au contraire, il la transcende.

C'est la constante même de l'examen de la jurisprudence depuis l'arrêt de 1980 relatif à un centre d'aide par le travail, qui définissait les produits tirés de l'exploitation d'une ferme, non pas comme des revenus agricoles ou patrimoniaux, mais comme ceux "*d'une exploitation agricole, concourant directement à l'exécution même de l'activité à but non lucratif de l'association, indissociable des autres moyens que l'association requérante met en œuvre pour remplir son objet propre, de caractère non lucratif, et ne pouvant être regardée comme une exploitation agricole distincte,*

dont les résultats doivent être assujettis à l'impôt sur les sociétés en vertu des dispositions précitées de l'article 206-5".

La solution retenue en 2014 par le Conseil d'Etat pour la CARPA Lyon-Ardèche n'en diffère pas : "les produits financiers qu'elles perçoivent dans le cadre de leur mission de conservation de ces fonds ne procèdent pas d'une activité de gestion patrimoniale mais sont inhérents à la réalisation même de leur objet social, tel que définie par les textes qui les régissent" sauf en ce qu'elle se rapporte à des produits financiers et qu'elle fait référence à un objet social défini par des dispositions légales et réglementaires.

Ainsi, l'arrêt commenté est bien fondateur du régime fiscal des Carpa, en ce qu'il pose (enfin pourrait-on dire) les principes du régime fiscal applicable aux produits financiers qu'elles perçoivent.

La portée exacte de cet arrêt devrait encore être précisée à la lumière de l'application des principes qu'il fixe.

Il n'entre pas dans l'objet du présent commentaire d'anticiper sur ce point, fût-ce même seulement au titre d'une analyse prospective.

Tout au plus peut on souligner que le système carpalien est complexe, qu'il a fait l'objet d'un rapport d'enquête de la Cour des comptes, déposés depuis lors (39) et que, dans une conjoncture où les dépenses des missions légales augmentent constamment, quand les produits de placement subissent une lourde baisse conjoncturelle, la fiscalité apparaît désormais comme une nouvelle donne de l'équilibre financier des CARPA et de leur pérennité.

(1) Formule inspirée de la phrase prononcée le 21 juillet 1969 par l'astronaute Neil Armstrong, chef de la mission Apollo XI, à l'occasion des premiers pas de l'Homme sur la lune.

(2) Caisse autonome de règlements pécuniaires des avocats soit en termes abrégés CARPA, abréviation qui sera utilisée dans la suite du texte.

(3) Lire Lexbase Hebdo n° 579 du 17 juillet 2014 — édition fiscale (N° Lexbase : N3207BUC), Droit fiscal, n° 29, 17 juillet 2014, commentaire 395 ; Editions Francis Lefebvre, Actualité, 16 juillet 2014.

(4) Organismes sans but lucratif, soit en termes abrégés OSBL, abréviation qui sera utilisée dans la suite du texte.

(5) TA Lyon, 22 février 2011, req. n° 0 802 466 (décision classée C+), non reproduite.

(6) CAA Lyon, 24 mai 2012, 5ème ch., n° 11LY01 141 (décision classée C+) (N° Lexbase : A8185INH) ; Droit fiscal, 7 mars 2013, n° 10, commentaire 186, avec conclusions P. Monnier et note M. Chadeaux ; RJF, 02/2013, n° 137.

(7) Rép. min., n° 36 485, JO, Ass. nat., 9 mars 1981, p. 973 ; Droit fiscal, 20 avril 1981, n° 17, commentaire 906.

(8) CE, 7° et 8° s-s-r., 22 octobre 1980, n° 4906 (N° Lexbase : A8120AIL), Droit fiscal, 26 janvier 1981, n° 5 commentaire 204 ; RJF, 11/1980, n° 946.

(9) B. Thévenet, *Assujettissement à l'IS des revenus mobiliers tirés du placement des sommes déposées dans les caisses des CARPA : la sanction de la rente*, Lexbase Hebdo n° 491 du 28 juin 2012 — édition fiscale (N° Lexbase : N2635BTR).

(10) CE 7° et 8° s-s-r., 24 février 1986, n° 54 683 (N° Lexbase : A3833AMW), Droit fiscal, 1986, n° 22, comm.1065 ; RJF, 4/1986, n° 354, concl. O. Fouquet, p.200.

(11) Préc..

(12) Préc..

(13) Cas d'une congrégation exploitant une clinique dans des conditions qui la rendent passible de l'impôt sur les sociétés à ce titre : la cession d'un immeuble inscrit à l'actif au bilan de la clinique (ou la reprise de cet immeuble dans le patrimoine civil de la congrégation) dégage des plus ou moins-values imposables selon les prévisions de l'article 39 duodecies du CGI (N° Lexbase : L5787I3Q).

(14) Décision citée ci-dessus avec conclusions O. Fouquet.

(15) CE Section, 12 février 1988, n° 50 368 (N° Lexbase : A6585APL), avec conclusions Th. Le Roy ; RJF, 4/88 n° 409.

(16) CE, 20 avril 1988, n° 58 323 (N° Lexbase : A6692APK), RJF, 6/88 n° 716 .Une chambre de commerce qui a créé un service dénommé "comité du logement" pour collecter le "0,77 % construction" n'a pas enfreint la réglementation applicable en prélevant sur les prêts consentis une "participation pour frais de gestion" qui avait en fait le caractère d'un intérêt. Si les intérêts ainsi perçus, ajoutés aux autres prélèvements autorisés par le décret du 27 décembre 1975 ont permis au "comité du logement" de réaliser des excédents de gestion, le fait que ceux-ci n'ont pas été utilisés à des fins autres que celles qui sont prévues par la loi et que les dirigeants n'en ont pas retiré d'avantage matériel suffit à exclure que l'activité ainsi déployée ait revêtu un caractère lucratif. Les intérêts des prêts consentis pour financer les logements sont indissociables de la réalisation de l'objet social désintéressé d'un comité du logement créé par une Chambre de commerce et d'industrie et leur perception découle, non de la mise en œuvre d'un patrimoine ou du placement de sommes disponibles, mais de la réalisation même de la mission désintéressée qui correspond à l'objet social de l'établissement. Ils ne peuvent donc être assujettis à l'impôt sur les sociétés au taux réduit de 24 % prévu à l'article 206-5 du CGI.

(17) CE, 7° et 9° s-s-r., 26 janvier 1990, n° 91 423 (N° Lexbase : A4894AQC) : RJF, 3/1990, n° 266.

(18) CE, 9° et 8° s-s-r., 1er octobre 1993, n° 9642 (N° Lexbase : A1026ANC) : Droit fiscal, 1994, n° 12, comm. 555 ; RFF, 11/1993, n° 1433.

(19) CE 9° et 8° s-s-r., 25 janvier 1989, n° 58 877 (N° Lexbase : A0848AQH) : Droit fiscal, 1989, n° 43, comm. 1962 ; RFF, 3/1989, n° 282.

(20) CAA Paris, 3ème ch., 6 décembre 1990, n° 908, Office québécois pour la jeunesse : RJF, 2/1991, n° 154.

(21) CE CAPC, 6 octobre 1993, n° 131 950, Association œuvre hospitalière de nuit ; CAA Nantes, 25 septembre 1991 : RJF, 12/1993, n° 1530.

(22) Préc..

(23) CE, 9° et 10° s-s-r., 31 juillet 2009, n° 294 303 (N° Lexbase : A1233EKU) : RJF, 11/2009, n° 915.

(24) Pour les entreprises créées du 1er janvier 1995 au 31 décembre 2013, le dispositif prévu à l'article 44 sexies du CGI, prorogé en dernier lieu par l'article 129 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 (N° Lexbase : L9901INZ), consiste en une exonération des bénéfices réalisés à compter de la date de création de l'entreprise jusqu'au terme du vingt-troisième mois suivant celui de sa création et en un abattement de 75 %, 50 % ou 25 % de leur montant selon que les bénéfices sont réalisés respectivement au cours de la première, de la seconde ou de la troisième période de douze mois suivant la période d'exonération.

(25) CE 8° et 9° s-s-r., 8 juillet 1998, n° 186 279 (N° Lexbase : A8024AYT) : Droit fiscal, 1998, n° 44, comm. 959, concl. G. Bachelier ; RJF, 1998, n° 921. Voir aussi CE 8° et 3° s-s-r., 9 juillet 2003, n° 230 999 (N° Lexbase : A1945C9W) : RJF, 11/03 n° 1223, concl. G. Bachelier ; BDCF, 11/03 n° 134 ; CE 8° et 3° s-s-r., 7 juillet 2006, n° 277 456 (N° Lexbase : A3559DQU) ; CE 8° et 3° s-s-r., 7 juillet 2006, n° 277 455 (N° Lexbase : A3558DQT) : RJF, 10/06, n° 1162, concl. L. Olléon ; BDCF, 10/06, n° 114.

(26) Préc..

(27) Gaz. Pal., 19 au 21 janvier 1997.

(28) [http ://www.unca.fr/](http://www.unca.fr/).

(29) Décret n° 2014-796 du 11 juillet 2014, relatif au contrôle des caisses des règlements pécuniaires des avocats (N° Lexbase : L7103I3H).

(30) Préc..

(31) Cass. crim., 23 mai 2013, n° 12-83.677, F-P+B (N° Lexbase : A1795KHX), Lexbas Hebdo n°153 du 11 juillet 2013 — édition professions (N° Lexbase : N8003BTL).

(32) CE ,17 mai 1999, préc. avec conclusion F. Lamy : Gaz. Pal., 16 mai 2001, p. 19.

(33) Cass. crim., 23 mai 2013, n° 12-83.677, F-P+B, préc..

(34) Voir les commentaires déjà cités.

(35) Voir les commentaires préc. ; voir aussi Droit fiscal, 2014, n° 29, comm. 395 et JCP éd. E, 24 juillet 2014, n° 30, act. 554.

(36) Voir les commentaires déjà cités.

(37) Décret n° 96-887 du 10 octobre 1996, portant règlement type relatif aux règles de gestion financière et comptable des fonds versés par l'Etat aux caisses des règlements pécuniaires des avocats pour les missions d'aide juridictionnelle et pour l'aide à l'intervention de l'avocat prévue par les dispositions de la troisième partie de la loi du 10 juillet 1991 (N° Lexbase : L9431AXL).

(38) Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, relative à l'aide juridique, art. 10 et 68 (N° Lexbase : L8607BBE).

(39) Le 9 octobre 2007, la Commission des finances du Sénat a décidé la publication du rapport d'information sur l'aide juridictionnelle ("réformer un système à bout de souffle") établi par le sénateur du Luart. Dans la foulée, à la demande de la commission et par courrier en date du 10 octobre 2007, le Président de la Commission des finances du Sénat a saisi le Premier président de la Cour des comptes d'une demande d'enquête sur les caisses de règlements pécuniaires des avocats (CARPA) en application de l'article 58-2 de la loi du 1er août 2001. Celle-ci a été publiée en 2008 sous le titre *La gestion et l'efficacité des CARPA*.

Revue

02

Lexbase La lettre juridique n°581 du 4 septembre 2014

[Entreprises en difficulté] Doctrine

Questions prioritaires de constitutionnalité et droit des entreprises en difficulté

10428548

N° Lexbase : N3467BUX



par *Pierre-Michel Le Corre*, Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis, Directeur du Master 2 Droit des difficultés d'entreprises

Apparaissant souvent, aux yeux des plaideurs, comme une machine infernale à broyer le droit commun, le droit des entreprises en difficulté est logiquement l'occasion de nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité. Mais les règles de cette discipline, souvent dictées par un impératif supérieur d'intérêt général, autorisent le plus souvent les atteintes au droit commun et à certains principes essentiels, dès lors que l'atteinte n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif qu'elles s'assignent.

Aussi, le plus souvent, les questions prioritaires de constitutionnalité sont-elles rejetées pour absence de sérieux. Pour autant, ces rejets peuvent contribuer, parfois, à la consécration de solutions nouvelles, même s'il ne peut être parlé de droit nouveau. L'illustration de ces propos peut être trouvée avec la question du délai allongé pour présenter une demande de relevé de forclusion. On sait que, en droit commun, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans les délais peut demander, dans les six mois de la publication au Bodacc du jugement d'ouverture, à être relevé de la forclusion. La réforme issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 (ordonnance n° 2008-1345 N° Lexbase : L2777ICT) a ajouté un second délai, qui est d'un an, pour les créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance avant l'expiration du délai de six mois précité (1). L'expiration du délai de relevé de forclusion enlève, par principe, au juge-commissaire le pouvoir de se prononcer sur la demande (2). La Cour de cassation a cependant rejeté une question prioritaire de constitutionnalité, fondée sur l'atteinte substantielle au droit à un recours juridictionnel effectif, en considérant qu'un créancier placé dans l'impossibilité de connaître l'existence de sa créance au-delà d'un an de la publication au Bodacc du jugement d'ouverture -délai maximal de l'action en relevé de forclusion— pouvait introduire sa demande de relevé de forclusion nonobstant le dépassement de ce délai (3). Il s'agit d'une application de la règle *contra non valentem...*, principe qui sous-tend l'article

2234 du Code civil (N° Lexbase : L7219IAM), depuis la loi du 17 juin 2008 ayant réformé la prescription (loi n° 2008-561 N° Lexbase : L9102H3I), qui interdit de faire courir un délai contre une personne placée dans l'impossibilité d'agir. En rejetant la question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation s'est livrée à une interprétation toute particulière des textes, écartant la lettre de ceux-ci pour faire prévaloir un principe général du droit, dont la méconnaissance aurait constitué la violation du droit à un recours effectif à un juge.

L'article 29 de l'ordonnance du 12 mars 2014 (ordonnance n° 2014-326 N° Lexbase : L7194IZH) a consacré la solution prétorienne dégagée par la Cour de cassation en posant à l'alinéa 3 de l'article L. 622-26 du Code de commerce (N° Lexbase : L8103IZ7) la règle selon laquelle le délai de relevé de forclusion court à compter de la date à laquelle il est établi que le créancier, qui justifie avoir été placé dans l'impossibilité de connaître l'obligation du débiteur avant l'expiration du délai de six mois précité -délai classique de l'action en relevé de forclusion-, ne pouvait ignorer l'existence de sa créance. Ainsi, du rejet d'une question prioritaire de constitutionnalité, on aboutit à l'adoption d'un texte nouveau.

Parfois, au contraire, les questions prioritaires de constitutionnalité font mouche et conduisent à la suppression, dans l'arsenal juridique du livre VI du Code de commerce, de certaines normes jugées par trop attentatoires à nos normes constitutionnelles, et tout spécialement aux règles énoncées dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, déclaration qui fait corps avec notre Constitution.

Si l'on s'essaie à une classification des questions prioritaires de constitutionnalité intéressant le droit des entreprises en difficulté, on constate qu'elles ont pour objet de répondre soit à des atteintes aux règles du procès (I), soit à des atteintes à des règles substantielles (II).

I — Atteintes aux règles constitutionnelles régissant le procès

Le droit des entreprises en difficulté se caractérise, notamment, par la recherche de l'efficacité. Cette quête conduit le législateur à essayer d'accélérer les procédures et c'est ce qui explique, par exemple, une certaine fermeture des voies de recours, qui pourrait être analysée en une violation du droit à un recours juridictionnel effectif (A). Brutal dans son pragmatisme, le droit des entreprises en difficulté, pendant longtemps, ne s'est guère préoccupé des questions d'impartialité du juge et il n'est pas étonnant que des questions prioritaires de constitutionnalité aient pu porter sur la question de la violation du droit à un juge impartial (B).

A — Violation du droit à un recours juridictionnel effectif

La sécurité commande, en droit des entreprises en difficulté, que les décisions intéressant le sort de l'entreprise ne soient pas trop facilement remises en cause et c'est ce qui justifie que les voies de recours sur les décisions statuant sur la cession d'entreprise soient restrictivement ouvertes. Ainsi, les institutions représentatives du personnel - comité d'entreprise et délégués du personnel— ne peuvent relever appel du jugement arrêtant ou rejetant le plan de cession (4), pas plus que le représentant des salariés, investi, sur le terrain des voies de recours, des prorogatives ouvertes à ces institutions. L'appel nullité a cependant parfois été admis (5). Mais il faut alors caractériser un excès de pouvoir.

Dans une décision du 2 juillet 2013 (6), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à statuer sur la constitutionnalité de l'article L. 661-6, III, du Code de commerce (N° Lexbase : L3486IC4) qui dispose que "*ne sont susceptibles que d'un appel de la part soit du débiteur, soit du ministère public, soit du cessionnaire ou du contractant mentionné à l'article L. 642-7 (N° Lexbase : L7333IZM) les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise*". La question prioritaire de constitutionnalité a été posée à propos de la fermeture de l'appel aux institutions représentatives du personnel. La question n'a pas été jugée sérieuse. La question reposait sur la violation alléguée des principes constitutionnels du droit à un recours effectif ainsi que sur celle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (N° Lexbase : L1363A9D).

La Cour de cassation va considérer comme non sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité. Le droit effectif à un recours juridictionnel n'implique pas le double degré de juridiction, dès lors que la décision est prise par le tribunal qui statue après avoir convoqué et entendu le représentant du comité d'entreprise. La limitation du droit d'appel répond à des impératifs d'efficacité et de célérité de la procédure collective et ne porte pas une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Ainsi, le respect du recours effectif à un juge est assuré dès lors que l'intéressé peut être entendu, sans qu'il soit nécessaire de lui ouvrir le double degré de juridiction. Mais la possibilité de supprimer le double degré de juridiction apparaît cantonnée aux questions qui doivent être traitées avec célérité, compte tenu de l'impératif d'efficacité. Il en

est assurément ainsi du sort de l'entreprise, qui conditionne aussi celui de ses salariés. Et c'est pourquoi, la même réponse serait vraisemblablement donnée à la fermeture à tous, sauf au ministère public, du pourvoi en cassation sur les arrêts statuant sur la cession de l'entreprise.

Tel ne serait pas le cas s'il était question d'un litige s'inscrivant dans le cadre de la procédure collective sans qu'il soit nécessaire pour des impératifs d'efficacité de la traiter rapidement. On pense au contentieux des revendications ou encore des déclarations de créances.

Si le recours effectif à un juge n'a pas été sanctionné, en droit des entreprises en difficulté, il n'en a pas été de même de la violation du droit à un juge impartial.

B — Violation du droit à un juge impartial

Le droit des entreprises en difficulté ne s'est ouvert que récemment à la préoccupation de garantir au plaideur un juge impartial. Pour édifier le lecteur, on citera l'extrait du grand traité de droit de la faillite de 1935, le "Percerou et Desserteaux" (7). Les éminents auteurs se posaient la question suivante : le juge-commissaire peut-il connaître du recours formé devant le tribunal à l'encontre de l'une de ses ordonnances ? *"Dans des cas de ce genre, où l'ordonnance du juge-commissaire est déférée au tribunal de commerce, ce juge peut-il prendre part au jugement ? Des auteurs lui refusent ce droit. L'opinion contraire est préférable. Parce qu'il a rendu une ordonnance sujette à recours, le juge-commissaire ne cesse pas de faire partie du tribunal"*. Etonnants propos, au travers desquels on perçoit que la question de l'impartialité n'effleure même pas l'esprit des grands auteurs. *O tempora, o mores !*

Il faut attendre la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 [N° Lexbase : L5150HGT](#)) pour que la prise en compte de cette question de l'impartialité du juge commence à innover la matière. L'ordonnance du 18 décembre 2008 va continuer sur le même chemin et l'ordonnance du 12 mars 2014 paraît être le parachèvement de ce travail.

Il n'est dès lors guère étonnant que les textes anciens aient pu être l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité portant sur la violation du droit à un juge impartial. Au centre des débats, la question de la saisine d'office du tribunal.

Les premières séries de questions prioritaires de constitutionnalité ont intéressé la saisine aux fins d'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire.

Règles emblématiques du droit des entreprises en difficulté, la saisine d'office du tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure collective témoigne de cet héritage historique de la recherche d'efficacité de la matière. L'intérêt général commande en effet de ne pas laisser dans le circuit économique des sujets porteurs de maladies économiques contagieuses, la défaillance de l'un, si elle n'est pas endiguée juridiquement, pouvant entraîner celles de plusieurs autres. On comprend bien l'intérêt général commandant la solution. Mais, dans les démocraties, l'intérêt général doit savoir céder le pas lorsque les libertés individuelles sont en danger. Or la protection de ces dernières passe notamment par la forme, c'est-à-dire la procédure civile, le respect de la forme constituant un rempart contre l'arbitraire. Ne reconnaît-on pas une dictature à l'imprécision des infractions figurant dans son code pénal et de ses règles de procédure ? De là à dire qu'on mesure une démocratie à la précision de ses règles procédurales, il n'y a qu'un pas que nous franchissons bien volontiers !

On comprend, dès lors, que le droit à un procès équitable fasse partie de nos règles à valeur constitutionnelle. Et c'est donc sans surprise que l'on a vu se développer des questions prioritaires de constitutionnalité mettant en jeu cette problématique du droit à un juge impartial. La saisine d'office en a été le théâtre privilégié.

La première question prioritaires de constitutionnalité intéressait l'article L. 631-5 du Code de commerce ([N° Lexbase : L3168IMB](#)) prévoyant la possibilité pour le tribunal de s'auto-saisir aux fins d'ouverture d'un redressement judiciaire. La Cour de cassation a jugé sérieuse la question de la constitutionnalité de la saisine d'office par le tribunal de commerce en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Elle estime que *"la faculté pour une juridiction de se saisir elle-même en vue de l'ouverture d'une procédure collective peut apparaître contraire au droit du débiteur à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, dès lors que le juge, en prenant l'initiative de l'introduction de l'instance, peut être perçu comme une partie"*. La disposition invoquée, ajoute la Cour de cassation, *"est susceptible de constituer une atteinte aux principes d'impartialité et d'indépendance, en ce qu'elle ne comporte pas, par elle-même, un mécanisme permettant d'assurer la pleine effectivité des droits du débiteur"* (8).

Le Conseil constitutionnel a suivi cette position et a déclaré non conforme à la Constitution l'article L. 631-5 du Code de commerce, qui rend possible la saisine d'office du redressement judiciaire (9).

Le Conseil fonde son analyse sur le constat qu'aucune disposition ne fixe, en cas de saisine d'office aux fins d'ouverture du redressement judiciaire, les garanties légales ayant pour objet d'assurer qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge pas sa position. Dès lors, les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne sont pas respectées, et spécialement le principe d'impartialité.

A compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel au Journal officiel, aucun jugement d'ouverture de redressement judiciaire ne pourra plus intervenir sur saisine d'office, en application de l'article L. 631-5 du Code de commerce, dans la rédaction que lui donne la loi de sauvegarde. L'inconstitutionnalité n'est pas rétroactive et ne permet donc pas d'invalidier des décisions d'ouverture intervenues avant cette publication (10).

Saisi d'une seconde question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a identiquement statué à propos des articles L. 621-2 (N° Lexbase : L6854AIP) et L. 622-1 (N° Lexbase : L6996AIX) du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 25 janvier 1985 (loi n° 85-98 N° Lexbase : L7852AGW), modifiée par celle du 10 juin 1994 (loi n° 94-475 N° Lexbase : L9127AG7), et applicable en Polynésie française (11).

Une autre question prioritaire de constitutionnalité intéressant cette fois l'article L. 640-5 (N° Lexbase : L3169IMC), applicable en métropole a été transmise par la Cour de cassation (12). Il s'agit de la saisine d'office aux fins d'ouverture d'une liquidation judiciaire. Elle a fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel déclarant la disposition non-conforme à la Constitution (13).

Il importe de souligner que tout le mécanisme de la saisine d'office est concentré entre les mains du président du tribunal et l'on doit évidemment sourire lorsque la jurisprudence exige que la note annexée à la citation à comparaître soit impartiale. Comment cela serait-il possible si ce n'est par le jeu d'une mascarade consistant pour le président à utiliser, dans sa note, le mode conditionnel au lieu de l'indicatif, qui vaudrait par trop affirmation ?

Aucun garde-fou n'est prévu. En d'autres termes, aucune règle ne vient ici garantir au plaideur que le tribunal ne suivra pas l'opinion déjà forgée -sinon à quoi bon se saisir d'office— du président du tribunal, dont l'autorité sur ses juges est chose bien naturelle. Or, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 7 décembre 2012, vient préciser que la saisine d'office par une juridiction, hormis le cas des sanctions, n'est possible que sous deux conditions cumulatives : celle d'un motif d'intérêt général et celle de l'existence de "*garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité*".

Ce n'est donc pas le principe même de la saisine d'office qui est en cause, mais l'absence de garantie procédurale qui l'entoure, permettant d'assurer au plaideur un gage d'impartialité. Quoi qu'il en soit, l'ordonnance du 12 mars 2014 a préféré supprimer la saisine d'office aux fins d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, pour la remplacer par une technique d'information du ministère public par le président du tribunal, lorsqu'il a été porté à sa connaissance des éléments faisant apparaître que le débiteur est en état de cessation des paiements. Le second lui fait parvenir une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal. L'article R. 662-12-1 du Code de commerce (N° Lexbase : L6235I3C), dans la rédaction que lui donne l'article 122 du décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 (N° Lexbase : L5913I3E), précise que la note du président est communiquée au ministère public par le greffier du tribunal. Le cas échéant, elle est jointe à l'assignation délivrée par le ministère public.

Cette remarque permet d'expliquer pourquoi, dans d'autres domaines, la saisine d'office n'a pas été jugée contraire à la Constitution et au droit à un juge impartial. Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée à propos de la saisine d'office aux fins de conversion du redressement en liquidation judiciaire, en application de l'article L. 631-15, II du Code de commerce (14). Le Conseil constitutionnel a jugé (15) que le tribunal saisi du redressement judiciaire doit se prononcer au plus tard à l'issue de la période d'observation sur la possibilité d'un plan de redressement. En mettant un terme à la période d'observation pour ordonner la liquidation judiciaire lorsque le redressement est impossible, le tribunal ne se saisit pas d'une nouvelle instance. En outre, le Conseil a relevé que la faculté pour le juge d'exercer certains pouvoirs d'office dans le cadre de l'instance dont il est saisi ne méconnaît pas le principe d'impartialité, dès lors que cette faculté est justifiée par un motif d'intérêt général et exercée dans le respect du contradictoire. Dès lors, cette saisine d'office est conforme à la Constitution.

Une autre question prioritaire de constitutionnalité a été présentée à propos de l'article L. 611-2, II du Code de commerce (N° Lexbase : L8841INR, rédaction loi de sauvegarde des entreprises), texte qui prévoit que le président du tribunal de commerce ou de grande instance peut procéder directement, sans qu'une demande lui soit présentée en ce sens (16), à une injonction au dirigeant d'avoir à déposer ses comptes annuels au greffe, et cela sous astreinte. Cette QPC était fondée sur la violation du droit à un procès équitable, la violation des droits de la défense et des règles d'encadrement de l'auto-saisine. Elle a été jugée non sérieuse. Cette injonction répond à un double motif d'intérêt général de transparence économique et de détection des difficultés des entreprises. Le risque de préjugement est exclu s'agissant de déterminer si les comptes annuels ont été ou non déposés. En outre, la procédure garantit aux dirigeants sociaux un débat contradictoire au stade de la liquidation de l'astreinte et leur offre un recours

en réformation ou en cassation, selon le montant de l'astreinte prononcée, à l'encontre de la décision de liquidation de celle-ci de nature à garantir les droits de la défense (17).

Si un certain nombre de questions prioritaires de constitutionnalité ont porté sur des atteintes aux règles du procès, plus nombreuses sont celles ayant eu pour objet des atteintes à des règles substantielles.

II — Atteintes aux règles constitutionnelles intéressant le droit substantiel

Trois séries d'atteintes à des droits constitutionnellement protégés ont été soulevées par le biais de questions prioritaires de constitutionnalité. Il est question d'atteintes au droit de propriété (A) ou d'atteintes au principe d'égalité devant la loi (B).

Evacuons une autre atteinte invoquée, intéressant l'injonction du président du tribunal aux fins de dépôt des comptes sociaux sous astreinte (C. com., art. L. 611-2, II). Une question prioritaire de constitutionnalité portant sur ce texte, invoquant les principes de liberté du commerce et de l'industrie, de libre concurrence et de liberté d'entreprendre a été jugée comme non sérieuse, les restrictions imposées par cette possibilité offerte au président du tribunal de délivrer une injonction de dépôt des comptes sous astreinte répondant à un motif d'intérêt général de transparence économique. Il en résulte que l'atteinte n'est pas disproportionnée (18).

A — Atteintes au droit de propriété

Trois questions prioritaires de constitutionnalité méritent ici d'être exposées, mettant en jeu la violation alléguée du droit de propriété.

Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée à propos de la combinaison des articles L. 642-3 (N° Lexbase : L8857IND) et L. 642-20 (N° Lexbase : L7336IZQ) du Code de commerce, textes qui interdisent à des proches du débiteur, au dirigeant social ou à des proches de celui-ci d'acquérir les biens de la personne placée sous procédure collective, que ce soit dans le cadre de la réalisation d'actifs isolés ou dans celui de la cession d'entreprise. Elle a été rejetée par la Cour de cassation (19). Les dispositions qui interdisent à des proches d'acquérir les biens du débiteur ont pour objet d'éviter les fraudes et de garantir une vente au meilleur prix. Le but ainsi recherché, d'intérêt général, conserve sa pertinence en présence de biens étrangers à l'activité professionnelle du débiteur. Ces dispositions n'affectent pas en elles-mêmes le droit de propriété du conjoint commun en biens et autorisent le tribunal ou le juge-commissaire à décider la levée de l'interdiction, sauf au profit des contrôleurs, de sorte qu'elles ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du débiteur ou de son conjoint au regard de l'objectif poursuivi.

Une deuxième question prioritaire de constitutionnalité a été soumise à la Cour de cassation à propos de l'article L. 624-9 du Code de commerce (N° Lexbase : L3492ICC), selon lequel la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture. L'absence d'équivalence entre l'inopposabilité du droit de propriété à la procédure et sa perte a conduit la Cour de cassation à rejeter la question prioritaire de constitutionnalité qui lui a été posée, à propos de la sanction du rejet d'une action en revendication, dans un redressement judiciaire. La Cour a jugé que "*les dispositions de l'article L. 624-9 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, se bornent à unifier le point de départ du délai de l'action en revendication en le faisant courir, dans tous les cas, à compter de la publication au Bodacc du jugement d'ouverture sous peine de rendre inopposable à la procédure collective le droit de propriété du revendiquant ; que les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter de ce texte répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe de valeur constitutionnel invoqué*" (20), à savoir l'atteinte au droit de propriété constitutive d'une violation de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (N° Lexbase : L1364A9E).

Dans une autre décision, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que la forclusion instituée par l'article L. 624-9 du Code de commerce répond à un motif d'intérêt général et ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété (21).

Si les deux premières questions prioritaires de constitutionnalité n'ont pas été transmises par la Cour de cassation, tel n'est pas le cas de la troisième.

Au centre de la question, l'article L. 624-6 du Code de commerce (N° Lexbase : L3852HBB). Selon ce texte, "*le mandataire judiciaire ou l'administrateur judiciaire peut, en prouvant par tous les moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif*". Il s'agit là d'une règle permettant d'écarter le jeu classique des règles des régimes matri-

moniaux, classiquement dénommée action en rapport. Cette règle est la conséquence directe de la suppression de la présomption mucienne, laquelle permettait, jusqu'à la loi du 13 juillet 1967, de présumer que les biens acquis l'avaient été grâce aux revenus du commerce de l'époux en procédure collective.

Une question prioritaire de constitutionnalité a été jugée sérieuse et, en conséquence, transmise par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, au sujet de l'article L. 624-6 du Code de commerce, qui prévoit l'action en rapport. La question posée est de savoir si la disposition en cause est contraire au droit de propriété garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (N° Lexbase : L1366A9H), ainsi qu'au principe d'égalité devant la loi, protégé par l'article 6 de cette même Déclaration (N° Lexbase : L1370A9M). La Cour de cassation, qui ne discute pas du fait que le but de la disposition est d'intérêt général, s'interroge sur le moyen utilisé, consistant non en un rapport à la procédure collective des valeurs fournies par le débiteur, mais en la reprise en nature du bien acquis grâce à elles, moyen qui peut apparaître disproportionné à l'objectif assigné par le texte, en privant le conjoint de tout droit réel sur le bien litigieux (22).

Le Conseil constitutionnel (23) a répondu que l'article L. 624-6 du Code de commerce a pour objet *"de désigner comme le véritable propriétaire du bien, non pas celui que les règles du droit civil désignent comme tel, mais celui qui a fourni des valeurs permettant l'acquisition. Elles n'entraînent pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789"*. La disposition poursuit un but d'intérêt général, en permettant, selon le cas, la continuation de l'entreprise ou le désintéressement des créanciers. Toutefois, *"les dispositions contestées permettent de réunir à l'actif en nature tous les biens acquis pendant la durée du mariage avec des valeurs fournies par le conjoint quelle que soit la cause de cet apport, son ancienneté, l'origine des valeurs ou encore l'activité exercée par le conjoint à la date de l'apport. En l'absence de toute disposition retenue par le législateur pour assurer un encadrement des conditions dans lesquelles la réunion à l'actif est possible, les dispositions de l'article L. 624-6 du Code de commerce permettent qu'il soit porté au droit de propriété du conjoint du débiteur une atteinte disproportionnée au regard du but poursuivi. Par suite, elles doivent être déclarées contraires à la Constitution"*.

Ainsi, la disposition de l'article L. 624-6 du Code de commerce se trouve abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel (24), ce qui évidemment vaut pour les procédures en cours.

Le législateur aurait dû revoir sa copie, et encadrer les conditions de l'action, afin de supprimer le caractère disproportionné de l'atteinte par rapport au but poursuivi. Pour l'heure, cela n'a pas été fait, l'ordonnance du 12 mars 2014 ne s'étant pas préoccupée de la question.

Dans cette attente, la Cour de cassation a jugé que doit être cassé l'arrêt qui ordonne la réunion à l'actif de la liquidation judiciaire du débiteur de la totalité des parts sociales détenues par son conjoint dans le capital d'une société civile immobilière, alors que, selon la Cour de cassation, les parts sociales ne pouvaient être réunies à l'actif que proportionnellement au montant des valeurs fournies par le débiteur à son conjoint pour les acquérir (25). La cour d'appel de renvoi, dans le prolongement de la solution, juge que la réintégration à l'actif du débiteur sous procédure collective doit être limitée à la partie du bien réellement financée par l'époux en liquidation judiciaire (26).

B — Atteintes au principe d'égalité devant la loi

Le droit des entreprises en difficulté est une terre particulièrement accueillante pour soulever la violation du principe d'égalité des citoyens devant la loi, compte tenu des arbitrages auxquels le législateur doit se livrer entre des intérêts antagonistes. Il n'est dès lors pas étonnant que la violation de ce principe soit au cœur de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité.

Il en a d'abord été ainsi de la question des remises des pénalités de retard par le seul effet du jugement d'ouverture d'une procédure collective.

En matière de cotisations sociales, la remise des pénalités, majorations et intérêts de retard est prévue, pour les agriculteurs, par l'article L. 725-5 du Code rural et de la pêche maritime (N° Lexbase : L1983HWD). L'article L. 243-5 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L9707INT) pose la même règle pour les sommes dues par les commerçants, les artisans et les personnes morales de droit privé. Logiquement, la jurisprudence appelée à statuer sur la question a dû en tirer la conséquence qui s'imposait. Puisque, l'article 243-5 du Code de la Sécurité sociale ne vise que les sommes dues par les commerçants, les artisans et les personnes morales de droit privé, le texte ne concerne donc pas les personnes physiques exerçant une profession indépendante, autres que les commerçants et artisans. La solution a été posée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation pour un médecin (27) ou encore un masseur kinésithérapeute (28). La Chambre commerciale de la Cour de cassation, pour sa part, a identiquement statué à propos d'un infirmier libéral (29). La cour d'appel de Paris a posé la même règle pour un avocat (30) ou un orthophoniste (31).

Il y avait là, *a priori*, un oubli du législateur (32), car on ne comprenait pas pourquoi tous les professionnels libéraux n'auraient pas pu tirer de l'ouverture d'une procédure collective les mêmes avantages que tout professionnel indépendant. Le principe d'égalité des citoyens devant la loi semblait avoir été oublié par ces législations.

Sans surprise, une question prioritaire de constitutionnalité a été posée sur ce point. Logiquement, le Conseil constitutionnel relève que "*en étendant l'application des procédures collectives à l'ensemble des membres des professions libérales par la loi du 26 juillet 2005, le législateur a entendu leur permettre de bénéficier d'un régime de traitement des dettes en cas de difficultés financières, par suite des dispositions précitées des premiers et sixième alinéas de l'article L. 243-5 ne sauraient, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi, être interprété comme excluant les membres des professions libérales exerçant à titre individuel du bénéfice de la remise de plein droit des pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus aux organismes de sécurité sociale*" (33). Le principe d'égalité des citoyens devant la loi est en effet garanti par l'article de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, qui avait transmis la question au Conseil constitutionnel, en tire les conséquences (34). Il est fait interdiction aux juridictions de traiter différemment les débiteurs, au regard de la question de la remise de plein droit des intérêts, pénalités et majorations de retard dû sur des cotisations sociales impayées, au jour du jugement d'ouverture. Tous ces débiteurs doivent bénéficier de la même règle, à savoir la remise de plein droit de ces pénalités, majorations et intérêts de retard, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, sauf le cas de fraude. La solution vaut même si le débiteur s'est vu délivrer des contraintes définitives (35).

Signalons que la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 (N° Lexbase : L2893IQ9) réécrit l'article L. 243-5 du Code de la sécurité sociale (N° Lexbase : L3150IQQ) pour le mettre en harmonie avec la décision du Conseil constitutionnel (36).

Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée, ayant également pour fondement, notamment, la violation du principe d'égalité. La compensation pour dettes connexes va permettre à un créancier, qui, le plus souvent, sera chirographaire, d'être payé, parce qu'il ne paie pas ce qu'il doit à la personne placée sous procédure collective. Elle apparaît ainsi violer ouvertement le principe d'égalité des créanciers, en ce que, d'une part, elle assure un meilleur traitement à un créancier chirographaire que celui réservé aux autres, qui ne repose que sur le seul élément de fait que l'intéressé a la chance d'être tout à la fois créancier et débiteur, et, d'autre part, assure également un traitement meilleur à un créancier chirographaire que celui réservé à bien des créanciers qualifiés par la loi de "privilegiés". Il n'est dès lors pas étonnant qu'une question prioritaire de constitutionnalité ait été posée, en soutenant que la compensation pour dettes connexes portait atteinte aux principes d'égalité et de sécurité juridique. La Cour de cassation ne l'a toutefois pas jugée sérieuse (37), ce qui peut être discutée (38), car il nous apparaît bien délicat de dire en quoi la dératification au principe d'égalité est ici justifiée par un intérêt général ou par quelque autre règle que ce soit, si ce n'est la force de l'habitude.

Rappelons que nous avons fait déjà état d'une autre question prioritaire de constitutionnalité, qui invoquait, à propos de l'article L. 624-6 du Code de commerce, tout à la fois la violation du droit de propriété et celle du principe d'égalité devant la loi.

Une autre violation du principe d'égalité des citoyens figurait, il y a peu de temps encore, dans notre législation. Avant l'ordonnance du 12 mars 2014, des règles particulières étaient posées pour les agriculteurs. L'article L. 642-18, alinéa 6 (N° Lexbase : L5975HI7), dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde des entreprises, prévoit qu'en cas de liquidation judiciaire d'un agriculteur, "*le tribunal peut, en considération de la situation personnelle et familiale du débiteur, lui accorder des délais de grâce, dont il détermine la durée pour quitter sa résidence principale*". Cette solution, qui peut se comprendre sur un plan humanitaire, est en revanche difficile à justifier quant à son champ d'application (39). Elle n'intéresse en effet que les agriculteurs et il apparaît bien délicat de distinguer la situation malheureuse d'un artisan ou d'un commerçant qui habite sur les lieux de son exploitation, de celle d'un agriculteur. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'alinéa 6 de l'article L. 642-18 du Code de commerce (N° Lexbase : L7335IZP), tel qu'il résulte de la rédaction que lui a donnée l'article 74 de cette ordonnance, dispose que tout débiteur personne physique pourra bénéficier de délais de grâce pour quitter l'immeuble qui constitue sa résidence principale, en fonction de sa situation personnelle et familiale.

Au final, les questions prioritaires de constitutionnalité en droit des entreprises en difficulté font assez rarement mouche. Mais, lorsque c'est le cas, ce sont parfois des règles ancestrales qui en font les frais, règles si ancrées dans la matière que personne, parmi les spécialistes, n'y réfléchissait vraiment. Il est vrai que l'habitude est un puissant anesthésiant de l'esprit et il faut bien reconnaître que les questions prioritaires de constitutionnalité jouent le rôle d'agitateurs publics d'opinions.

Qu'il est agréable de se faire ainsi bousculer avec fraîcheur !

- (1) Amendement du Gouvernement, n° 380, déb. Sénat, JO 30 juin 2005, p. 4830.
- (2) CA Paris, 3ème ch., sect. A, 14 juin 2005, n° 04/19 425 (N° Lexbase : A1186DK7).
- (3) Cass. QPC, 5 septembre 2013, n° 13-40.034, FS-P+B (N° Lexbase : A5660KKT), Bull. civ. IV, n° 127 ; D., 2013, Actu. 2100, obs. A. Lienhard ; D., 2013, Chron. 2558, obs. J. Lecaroz ; Act. proc. coll., 2013/16, comm. 228, nos obs. ; Rev. sociétés, 2013, 726, note L. — C. Henry ; BJE, novembre 2013. 366, note L. Le Mesle ; JCP éd. E, 2014. chron. 1020, n° 7, obs. Ph. Pétel ; RTDCom., 2013, 807, n° 1, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll., janvier 2014, comm. 18, note F. Legrand et M. — N. Legrand ; Gaz. Pal., 12 janvier 2014, p. 27, nos obs. ; E. Le Corre-Broly *in Chronique mensuelle de droit des entreprises en difficulté — Octobre 2013* (1er comm.) Lexbase Hebdo n° 355 du 17 octobre 2013 — édition affaires (N° Lexbase : N8928BTT). Adde A. Hontebeyrie., *L'adage Contra non valentem... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ?*, D., 2014, 244.
- (4) CA Paris, 13 janvier 1987, Gaz. Pal., 1987, I, 199, note J. — P. Marchi ; CA Paris, 6 février 1987, D., 1987, IR 42 ; CA Amiens, 9 février 1989, D., 1990, somm. 3, obs. F. Derrida ; CA Paris, 22 février 1989, D., 1989, IR 91.
- (5) CA Rennes, 7 juillet 1993, D., 1996, somm. 7, obs. F. Derrida.
- (6) Cass. QPC, 2 juillet 2013, n° 13-40.020, F-D (N° Lexbase : A5602KIC), Gaz. Pal., 12 janvier 2014, p. 37, note Ch. Gailhbaud.
- (7) Percerou et Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Rousseau et Cie Editeurs, 2ème éd., 1935, t. 2, n° 1119.
- (8) Cass. QPC, 16 octobre 2012, n° 12-40.061, FS-D (N° Lexbase : A7201IUA), D., 2012, Actu. 2446, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll., 2012, comm. 266, note N. Fricéro.
- (9) Cons. const., décision n° 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, (N° Lexbase : A4918IYS), D., 2012, Actu. 2886, obs. A. Lienhard ; D., 2013, 338, note J. — L. Vallens ; Gaz. Pal., 18 janvier 2013, n° 18, p. 25, note N. Fricéro ; RTDCiv., 2013, 889, note Ph. Théry ; Act. proc. coll., 2013/1, comm. 1, note N. Fricéro ; JCP éd. E, 2013, 1048, note N. Fricéro ; BJE, janvier 2013, comm. 5, note Th. Favario ; Gaz. Pal., 23 décembre 2012, p. 14, note Robert ; Rev. sociétés, 2013, 177, note L. — C. Henry ; Dr. sociétés, 2013, comm. 35, note J. — P. Legros ; Rev. proc. coll., janvier 2013, Etudes 2, note B. Saintourens ; Gaz. Pal., 8 mars 2013, n° 67, p. 29, note J. Théron ; LPA, 15 avril 2013, n° 75, p. 5, note Ph. Roussel Galle ; LPA, 7 mai 2013, n° 91, p. 11, note C. Tabourot-Hyest ; JCP éd. E 2013, chron. 1216, n° 1, obs. Ph. Pétel ; Dr. et patr., septembre 2013, p. 50, note M. — H. Monsérié-Bon ; nos obs. *La non-constitutionnalité de la saisine d'office*, Lexbase Hebdo n° 321 du 20 décembre 2012 -édition affaires (N° Lexbase : N5001BTE). Adde F. — X. Lucas, *Retour sur la navrante condamnation de la saisine d'office*, BJE, 2013, éditorial 17 ; Ch. Lebel, *3 questions ouverture d'un redressement judiciaire : saisine d'office contraire à la Constitution*, JCP éd. E, 2013, Echos de la pratique 48 ; B. Rolland, *L'inconstitutionnalité de la saisine d'office*, Procédures, 2013, Etude 3.
- (10) CA Toulouse, ch. com., 2ème sect., 4 février 2014, n° 12/01 084 (N° Lexbase : A5015MD4).
- (11) Cons. const., décision n° 2013-352 QPC, 15 novembre 2013 (N° Lexbase : A3196KP3), D., 2013, Actu. 2640, obs. A. Lienhard ; LEDEN, janvier 2014, comm. 12, note Th. Favario.
- (12) Cass. QPC, 10 décembre 2013, n° 13-17.438, F-D (N° Lexbase : A0457KRD), Dr. sociétés, 2014, n° 35, note J. — P. Legros.
- (13) Cons. const., décision n° 2013-368 QPC, 7 mars 2014 (N° Lexbase : A3292MGZ), D., 2014, Actu. 604, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal., 11 avril 2014, n° 101, p. 11, note B. Fallon ; nos obs. *in Chronique de droit des entreprises en difficulté — Avril 2014* (2nd. comm.) Lexbase Hebdo n° 566 du 10 avril 2014 — édition affaires (N° Lexbase : N1709BUT).
- (14) Cass. QPC, 8 avril 2014, n° 14-40.011, F-D (N° Lexbase : A6874MIG) .
- (15) Cons. const., décision n° 2014-399 QPC, 6 juin 2014, (N° Lexbase : A0199MQG).
- (16) Rapport J. — J. Hyest, n° 335, p. 99.

- (17) Cass. QPC, 3 septembre 2013, n° 13-40.033, F-D (N° Lexbase : A5664KKY), D., 2013, Actu 2396, note A. Lienhard ; Gaz. Pal., 12 janvier 2014, p. 13, note I. Rohart-Messenger ; Rev. proc. coll., novembre 2013, comm. 153, note Ch. Delattre ; BJS, janvier 2014, p. 17, note M. Roussille.
- (18) Cass. QPC, 15 janvier 2013, n° 12-40.086, F-D (N° Lexbase : A5072I3A), Rev. sociétés, 2013, 180, note Ph. Roussel Galle ; BJE, mars 2013, comm. 36, note N. Borga ; Dr. sociétés, avril 2013, comm. 69, note J. — P. Legros ; Rev. proc. coll., mars 2013, comm. 26, note Ch. Delattre ; Rev. sociétés, 2013, 338, note A. Reygrobellet ; BJS, avril 2013, comm. 116, note I. Parackévova.
- (19) Cass. QPC, 18 février 2014, n° 13-40.071, F-D (N° Lexbase : A7606MEG), D., 2014, 478.
- (20) Cass. QPC, 15 mars 2011, n° 10-40.073, FS-P+B (N° Lexbase : A6681HDS), Bull. civ. IV, n° 44 ; D., 2011, Actu. 815, obs. A. Lienhard ; D., 2011. 2689, note F. Arbellot ; Rev. sociétés, 2011, 387, note Ph. Roussel Galle ; Gaz. Pal., 8 juillet 2011, n° 189, note E. Le Corre-Broly ; BJE, 2011, 194, note M. Laroche ; RTDCom., 2011, 642, n° 7, obs. A. Martin-Serf ; E. Le Corre-Broly *in Chronique mensuelle de droit des entreprises en difficulté — Avril 2011* (1er comm.), Lexbase Hebdo n° 247 du 14 avril 2011 — édition affaires (N° Lexbase : N9647BRQ).
- (21) Cass. QPC, 1er avril 2014, n° 13-13.574, FS-P+B (N° Lexbase : A6295MIY), D., 2014, 1015, n° 7, note Y. Guillou ; Act. proc. coll., 2014/8, comm. 159, note P. Cagnoli.
- (22) Cass. QPC, 2 novembre 2011, n° 10-25.570, F-D (N° Lexbase : A5231HZR), Gaz. Pal., 21 janvier 2012, éd. sp. Dr. entre. en diff., n° 20, p. 44, note L. Antonini-Cochin ; Act. proc. coll., 2011, n° 303, note J. Leprovaux ; JCP éd. E, 2011, chron. 1 000, n° 1, obs. Ph. Pétel ; BJE, 2012, 120, concl. R. Bonhomme, note S. Becqué-Ickowicz et S. Cabrillac ; Rev. sociétés, 2011, 730, note Ph. Roussel Galle ; RTDCom., 2012. 198, n° 8, obs. A. Martin-Serf.
- (23) Cons. const., décision n° 2011-212 QPC, 20 janvier 2012 (N° Lexbase : A8706IAP), D., 2012, pan. 2198, note F. — X. Lucas ; Gaz. Pal., 28 avril 2012, n° 118, p. 41, note L. Antonini-Cochin ; Gaz. Pal., 16 mars 2012, p. 33, note J. Casey ; Act. proc. coll., 2012, n° 38, note Legrand ; JCP éd. E, 2012, n° 1194, note Ch. Lebel ; JCP éd. E, 2012, chron. 1227, n° 6, obs. Ph. Pétel ; LPA, 17 avril 2012, n° 77, p. 3, note D. Jacotot ; Dr. et proc., 2012, 96, note Fl. Reille ; Rev. sociétés, 2012, 192, note Ph. Roussel Galle ; Rev. proc. coll., 2012, Etude 8 ; Dr. et patr., 2012, n° 217, note C. Saint-Alary Houin ; LPA, 6 février 2013, n° 27, p. 5, note G. Yildirim. *Adde L. — C. Henry, L'article L. 624-6, une abrogation acquise, une réforme attendue*, JCP éd. E, 2012, Etude 1255.
- (24) En tirant la conséquence, Cass. com., 11 avril 2012, n° 10-25.570, FS-P+B (N° Lexbase : A5820IIE), Bull. civ. IV, n° 81 ; D., 2012, AJ 1122, obs. A. Lienhard ; D., 2012, pan., 2200, note F. — X. Lucas ; Act. proc., coll., 2012, n° 148, note J. Leprovaux ; BJE, juillet 2012, n° 114, note S. Becqué-Ickowicz ; Rev. proc. coll., mai 2013, comm. 94, note C. Lisanti.
- (25) Cass. com. 11 avril 2012, n° 10-27.235, FS-P+B (N° Lexbase : A6018IIQ), Bull. civ. IV, n° 79 ; D., 2012, Actu. 1122, obs. A. Lienhard ; D., 2012, pan. 2200, note F. — X. Lucas ; Gaz. Pal., éd. sp. Dr. entr. en diff., 3 août 2012, n° 216, p. 35, note L. Antonini-Cochin ; Act. proc. coll., 2012, n° 148, note J. Leprovaux ; Rev. sociétés, 2012, 397, note Ph. Roussel Galle ; BJE, 2012, n° 114, note S. Becqué-Ickowicz ; JCP éd. E, 2012, chron. 1508, n° 3, obs. Ph. Pétel ; BJS, juin 2012, n° 266, note I. Parackévova ; LPA, 9 mars 2013, n° 46, p. 9, note C. Bourdaire-Mignot ; Rev. proc. coll., mai 2013, comm. 94, note C. Lisanti.
- (26) CA Aix-en-Provence, 8ème ch., sect. C, 28 mars 2013, n° 13/00 162 (N° Lexbase : A0032KC8), Rev. proc. coll., mai 2013, comm. 94, note C. Lisanti.
- (27) Cass. civ. 2, 12 février 2009, n° 08-13.459, FS-D (N° Lexbase : A1368EDZ), D., 2009, AJ 1085, obs. A. Lienhard, Gaz. proc. coll., 2009/2, p. 28, n° 1, note Ph. Roussel Galle, LEDEN, 2009/4, p. 1, note crit. F. — X. Lucas, sur pourvoi contre CA Bordeaux, 2ème ch., 6 février 2008, n° 07/01 952 (N° Lexbase : A5080EC7), JCP éd. E, 2008, 2026 ; Cass. civ. 2, 17 décembre 2009, n° 08-22.081, F-D (N° Lexbase : A0853EQN) ; Cass. civ. 2, 4 février 2010, n° 09-11.602, F-D (N° Lexbase : A6152ERB) ; CA Paris, 7 avril 2009, n° 08/18 741.
- (28) Cass. civ. 2, 12 février 2009, n° 08-10.470, FS-D (N° Lexbase : A1319ED9), Gaz. proc. coll., 2009/2, p. 28, n° 1, note Ph. Roussel Galle ; Cass. civ. 2, 14 janvier 2010, n° 09-65.485, F-P+B (N° Lexbase : A3151EQR).
- (29) Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-70.173, F-D (N° Lexbase : A7231EPI), Gaz. Pal., 16 et 17 avril 2010, n° 106 et 107, p. 32, note Ph. Roussel Galle.
- (30) CA Paris, 1er octobre 2009, n° 08/20 989.
- (31) CA Paris, 3ème ch., sect. B, 30 avril 2009, n° 08/19 446 (N° Lexbase : A0399EHA).

(32) F. — X. Lucas préc., note sous Cass. civ. 2, 12 février 2009, no 08-13.459, FS-D préc..

(33) Cons. constit., décision n° 2010-101 QPC, 11 février 2011 (N° Lexbase : A9132GTE), D., 2011, AJ 513, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. éd. sp. Dr. entr. en diff., 1er et 2 avril 2011, p. 11, note Ch. Lebel ; Gaz. Pal. 20 à 22 février 2011, p. 8, note G. Teboul ; BJE, mai/juin 2011, § 71, p. 128, note Rétif ; BJS, mars 2011, p. 165, obs. F. — X. Lucas ; LPA, 16 juin 2011, n° 119, p. 21, note J. — P. Sortais ; LPA, 20 septembre 2011, n° 187, p. 3, note F. Dekeuwer ; Rev. sociétés, mai 2011, note Ph. Roussel Galle ; nos obs. *in Chronique mensuelle de droit des entreprises en difficulté — Février 2011* (1er comm.), Lexbase Hebdo n° 239 du 17 février 2011 — édition affaires (N° Lexbase : N4844BRT).

(34) Cass. QPC, 17 février 2011, n° 10-40.060, F-D (N° Lexbase : A1761GXI), D., 2011, AJ 673, obs. A. Lienhard ; Cass. civ. 2, 16 juin 2011, n° 10-14.398, F-D (N° Lexbase : A7523HTS), JCP éd. E, 2011, chron. 1596, n° 2, obs. Ph. Pétel ; Rev. proc. coll., novembre 2011, comm. 213, note Ch. Lebel.

(35) Cass. civ. 2, 12 juillet 2012, n° 11-19.861, F-P+B (N° Lexbase : A7999IQC), Bull. civ. II, n° 134, Rev. proc. coll., septembre 2012, comm. 161, note Ch. Lebel.

(36) J. — P. Sortais, *La suite heureuse d'une QPC*, LPA, 15 août 2011, n° 161, p. 6.

(37) Cass. QPC, 14 septembre 2010, n° 10-40.022, FS-D (N° Lexbase : A6845E9E), Act. proc. coll., 2010, comm. 226, note P. Cagnoli ; JCP éd. E, 2011, chron. 1030, n° 3, obs. approb. Ph. Pétel ; RTDCom, 2011, 798, n° 6, obs. A. Martin-Serf.

(38) Ainsi, J. — E. Kuntz et V. Nurit, *Le paiement de dettes connexes et le principe d'égalité des créanciers : l'éternelle incompatibilité*, BJE, mai/juin 2011, § 65, p. 160 et s., spéc. p. 162, n° 32 et s..

(39) J. Lemontey, *Redressement et liquidation judiciaires des exploitations agricoles*, RD rur., 1990, 210, spéc. 212.

Revue

03

Lexbase Hebdo édition privée n°581 du 4 septembre 2014

[Procédure civile] Doctrine

Les nouveaux territoires du droit de la preuve

10428629

N° Lexbase : N3464BUT



par *Etienne Vergès*, Professeur à l'Université de Grenoble, membre de l'Institut universitaire de France, Directeur scientifique de l'Encyclopédie "Procédure civile"

Le droit de la preuve a longtemps été une discipline juridique annexe, en marge des branches du droit que forment le droit civil et la procédure civile. Ecartelées entre les deux codes qui constituent les fondements de la justice civile, les règles de preuve n'ont pas trouvé leur identité propre. Pourtant, depuis le début des années 2000, le droit de la preuve connaît un essor remarquable. De nouveaux principes émergent, contribuant à découvrir de nouveaux territoires et à dessiner progressivement les frontières d'une discipline juridique à part entière.

– La marginalisation classique de la matière

Traditionnellement, les règles de preuve ne forment pas une discipline autonome, car elles ont été reléguées à une place secondaire dans le Code civil. Suivant la présentation de Pothier dans son traité des obligations (1), le Code civil a abordé la preuve civile comme si elle constituait une subdivision mineure du droit des obligations. La lecture du traité de Pothier montre que cet auteur est la source d'inspiration directe des rédacteurs du code. On y retrouve bien évidemment le principe relatif à la charge de la preuve des obligations, mais encore les articles du Code civil relatifs aux papiers domestiques (2) ou aux livres des marchands (3). Aujourd'hui encore, des règles de preuve, imaginées au 18^{ème} siècle, et usées par le temps constituent la base du droit de la preuve civile. Les textes ont connu très peu d'évolution (4) durant les 19^{ème} et 20^{ème} siècles. Les auteurs se sont peu intéressés à la preuve, si ce n'est pour commenter les articles du Code civil. Le résultat de cette marginalisation est très visible aujourd'hui. Les manuels de droit de la preuve sont pratiquement absents des collections juridiques et les enseignements universitaires, consacrés à la preuve, sont sporadiques. Les conséquences sont assez regrettables. On enseigne ainsi traditionnellement que la preuve civile est légale, alors qu'elle est très largement dominée par

le principe de liberté. L'enseignement se concentre également sur des modes de preuve secondaires, tel l'aveu et le serment, plutôt que les modes de preuve qui font désormais le quotidien des juridictions, comme l'expertise, le courriel, etc..

La doctrine est également touchée par ce phénomène. Si les thèses consacrées à la preuve sont de plus en plus nombreuses, il n'est pas possible de parler aujourd'hui d'une doctrine du droit de la preuve. Aucune théorie générale de la preuve ne fait consensus et des concepts aussi fondamentaux que l'intime conviction ne font pas l'objet de définitions standardisées. De surcroît, si l'on entre dans le vif de la matière, on constate qu'il est impossible de qualifier les règles de preuve comme appartenant au fond ou à la forme. Il n'est pas non plus possible d'expliquer rationnellement pourquoi et comment les règles de preuve se répartissent entre le Code civil et le Code de procédure civile. Enfin, pour parfaire ce tableau tout aussi flou qu'abstrait, on observe que les principes du droit de la preuve, qui paraissent les plus simples à comprendre, demeurent en pratique inapplicables et inappliqués. Il en est ainsi de l'article 1315 du Code civil (N° Lexbase : L1426ABG) qui semble poser une règle claire relative à la charge de la preuve. Dans la réalité, cette règle est obscure et son application jurisprudentielle a été très largement détournée, comme le reconnaît le rapport de la Cour de cassation consacré à cette question (5).

En définitive, la marginalisation du droit de la preuve tient, d'une part, au fait que le Code civil n'a connu aucune modernisation d'ampleur depuis les écrits de Pothier et, d'autre part, au fait que la communauté scientifique n'a pas apporté au droit de la preuve la considération qu'il devrait avoir, compte tenu, non seulement de son importance pratique, mais également de ses enjeux théoriques. Pourtant, ce désintérêt pour la preuve est un phénomène déclinant et on mesure en doctrine, comme en jurisprudence, un regain d'attention.

– L'essor des grands principes

Le droit de la preuve commence à devenir une discipline juridique autonome, car il se structure progressivement autour de grands principes qui émergent de la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce sont ces principes qui font défaut dans les Codes civil et de procédure civile. Déjà, au cours du 19^{ème} siècle, c'est la Haute juridiction qui a énoncé qu'en matière de faits juridiques, la preuve était libre. C'est encore elle qui a consacré le principe selon lequel nul ne peut se constituer une preuve à soi-même (6). Depuis le début des années 2000, ce mouvement jurisprudentiel s'est accentué autour de trois principes : la vie privée, la loyauté et le droit à la preuve. En apparence, ces trois principes n'entretiennent pas de liens. Mais en réalité, ils assurent un équilibre entre les deux impératifs fondamentaux du droit de la preuve : d'une part, la recherche de la vérité, et, d'autre part, le respect de la licéité.

Le droit au respect de la vie privée a fait une entrée progressive dans le domaine probatoire. Initialement conçue comme le support d'une action en responsabilité à travers l'article 9 du Code civil (N° Lexbase : L3304ABY), la vie privée n'avait pas vocation à s'immiscer dans la production des preuves en justice. Durant les années 1970/1980, on trouvait pourtant des traces du principe à travers le "motif légitime" qui permet à un tiers de s'opposer à la production forcée d'une pièce (7). Ces arrêts épars montraient que le respect de la vie privée était susceptible d'intéresser le droit de la preuve, mais la jurisprudence ne considérait pas que le respect de la vie privée pouvait faire obstacle, de façon générale, à la recevabilité des preuves en justice. Cette consécration vint d'abord du retentissant arrêt "Nikon" (8). Au triple visa des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (N° Lexbase : L4798AQR), 9 du Code civil et 9 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1123H4D), la Cour de cassation a posé le principe selon lequel la preuve recueillie par l'employeur en violation du droit au respect de la vie privée du salarié était illicite, et donc irrecevable. On aurait pu imaginer que cette jurisprudence demeurerait cantonnée au contentieux du droit du travail, car il s'agissait, en l'espèce, de protéger la vie privée des salariés contre les intrusions des employeurs. Au contraire, l'usage de la vie privée dans le contentieux probatoire s'est généralisé en jurisprudence. Par exemple, la Chambre commerciale a reconnu, en 2007, que la production des pièces en justice était encadrée par le droit au respect de la vie privée (9) et la première chambre civile a confirmé cette analyse l'année suivante (10). La production en justice d'une vidéo concernant la vie privée d'un justiciable a également été débattue devant la CEDH. Celle-ci a jugé que l'utilisation de ces images, à titre de preuve, pouvait constituer une ingérence dans la vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, mais elle a également admis que la nécessité du débat judiciaire pouvait justifier cette ingérence (11). Ces arrêts sont riches d'enseignement, car ils visent conjointement le droit au respect de la vie privée (12) et la licéité des preuves (13). Les deux principes sont ainsi placés face à face, et à un même niveau. Il en est de même s'agissant de la loyauté de la preuve.

La loyauté de la preuve est un principe qui a connu une longue maturation doctrinale (14) avant d'être consacré par la jurisprudence civile durant les années 2000 à propos d'enregistrement de conversations téléphoniques (15). De façon générale, la Cour de cassation a retenu qu'une preuve produite dans une instance civile était déloyale lorsqu'elle avait été recueillie à l'insu de la personne contre laquelle la preuve était invoquée. Dans certains arrêts, la Cour de cassation a ajouté que la preuve déloyale était celle qui résultait d'un stratagème (16).

La jurisprudence de plus en plus volumineuse consacrée à la vie privée et à la loyauté dans le contentieux probatoire a donné une contenance et une force particulière au concept de licéité de la preuve. Suggéré par l'article 9 du Code de procédure civile, ce principe impose que toutes les preuves soient recherchées et produites conformément au droit. La licéité se distingue nettement de la légalité de la preuve (encore appelé système des preuves légales), qui limite l'admission des modes de preuve et s'applique uniquement aux actes juridiques. La licéité des preuves prend deux formes différentes. Lorsque le régime juridique d'une preuve est prévu expressément par un texte (17), le respect du texte constitue une première forme de licéité. Par ailleurs, lorsqu'une preuve est innomée, et qu'elle est produite en dehors des textes, le cadre juridique qui s'impose est celui des principes du droit de la preuve, parmi lesquels figure le respect de la vie privée et de la loyauté.

Face à cette montée en puissance de principes généraux limitant la production des preuves en justice, la Cour de cassation a opéré un rééquilibrage en consacrant le principe du droit à la preuve (18), qu'elle a déduit de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (19). Sans définir précisément ce principe, la Cour de cassation a reconnu aux plaideurs le droit de produire tout élément de preuve susceptible de soutenir leurs allégations. Exprimé ainsi, le droit à la preuve semble aller de soi, et l'on peut s'étonner que la Haute juridiction ne l'ait pas consacré plus tôt. Cette reconnaissance récente montre précisément que la preuve conquiert de nouveaux territoires du droit positif et que la jurisprudence redessine actuellement les frontières de cette discipline qu'est le droit de la preuve. Toutefois, l'enrichissement de cette matière par de nouveaux principes a créé des situations conflictuelles qui obligent la Cour de cassation à concilier ces normes contradictoires.

– La conciliation des principes

La recherche et la production des preuves sont au cœur d'un conflit de normes qui doivent être conciliées. D'un côté, les parties disposent à la fois du droit à la preuve (20), mais encore de la liberté de prouver par tout moyen (21). D'un autre côté, les preuves produites par les parties (22) doivent répondre aux exigences de licéité. Cela signifie que les preuves doivent respecter la vie privée, ne pas être déloyales, mais également ne pas constituer la violation d'un secret protégé par la loi, ou encore ne pas violer les droits de la défense. La conciliation entre ces principes s'avère délicate et sans réelle cohérence. Par exemple, la Cour de cassation opère une conciliation entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée selon un critère de proportionnalité (23). Elle exige que les juridictions du fond motivent leurs décisions au regard des nécessités de la défense et de la protection des intérêts de la partie qui produit la preuve litigieuse. Elle examine encore la gravité de l'atteinte à la vie privée pour apprécier la recevabilité d'une preuve (24). Dans un arrêt très récent, la CEDH a tenu exactement le même raisonnement (25). Elle a admis la production en justice d'une vidéo qui représentait l'une des parties circulant en moto. Pour justifier sa décision, la Cour de Strasbourg a retenu que cette scène se déroulait sur la voie publique ; que les images étaient exclusivement destinées à des fins probatoires, et que l'agence de détectives privés qui avait réalisé la vidéo exerçait son activité en conformité avec les normes administratives liées à cette profession. Cette analyse met en avant la proportionnalité entre l'atteinte à la vie privée et la nécessité de prouver en justice afin d'assurer le caractère équitable du procès.

Cette analyse centrée autour de la proportionnalité semble assurer une conciliation raisonnable des principes antagonistes du droit de la preuve. Toutefois, la Cour de cassation en fait une application très partielle. Ainsi, à propos de la loyauté, la Cour de cassation n'a jamais recours à cette analyse. Par exemple, elle a affirmé en Assemblée plénière que "*l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve*" (26). Dans le même esprit, la Chambre sociale a jugé que "*l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu*" (27). Dans ces deux décisions, la Cour de cassation déclare que certains comportements probatoires sont illicites de façon abstraite et quelles que soient les circonstances. Elle opère le même raisonnement à propos de certains secrets professionnels. Ainsi, elle énonce "*que le droit à la preuve découlant de l'article 6 de la Convention européenne des droits de sauvegarde des droits de l'Homme ne peut faire échec à l'intangibilité du secret professionnel du notaire*" (28). Le terme d'intangibilité choisi dans cet arrêt montre que la Haute juridiction n'entend opérer aucune conciliation entre le droit à la preuve et le secret professionnel du notaire. Le premier cède inéluctablement devant le second.

En définitive, la jurisprudence qui opère une conciliation entre les principes antagonistes du droit de la preuve est en pleine effervescence. Toutefois, ce bouillonnement ne crée pas les conditions favorables à la construction d'une ligne d'arbitrage claire. Les juges ne semblent pas maîtriser les principes qu'ils ont créés et l'on ne perçoit pas quelle est la doctrine de la Cour de cassation à propos de ce problème épineux. On a ainsi le sentiment que les nouveaux territoires du droit de la preuve sont encore largement inexplorés et qu'ils forment des sortes de *no man's land* juridique. Pour sortir de cette situation faite d'aléas et d'incertitudes, nous proposons quelques pistes de réflexion.

– Perspective : quelques pistes pour réformer le droit de la preuve

La première piste consisterait à codifier les principes du droit de la preuve. Puisqu'ils constituent les fondements de la théorie générale de la preuve en droit privé, ces principes mériteraient de figurer dans le Code civil. Le code pourrait ainsi énoncer de façon générale que chacun dispose du droit d'établir la preuve des faits nécessaires au succès de son action en justice, mais également la liberté de prouver par tout moyen. Le système des preuves légales ne serait pas supprimé, mais il serait cantonné au domaine des actes juridiques, comme cela est prévu aujourd'hui en jurisprudence.

Pour établir un équilibre, le code devrait également prévoir que sont irrecevables en justice, les preuves qui violent le droit au respect de la vie privée, la loyauté, ou un secret juridiquement protégé. La consécration législative pourrait ici jouer un rôle essentiel si chaque principe bénéficiait d'une définition précise. En effet, une difficulté réside dans la distinction entre la loyauté et le respect de la vie privée. Très différents en apparence, ces deux principes tendent parfois à se confondre. Par exemple, la jurisprudence sur l'enregistrement de conversations téléphoniques ou sur les SMS (29) s'est développée sur le terrain de la loyauté alors que la production en justice des courriels des salariés a été examinée sous l'angle de l'atteinte à la vie privée. Autre exemple, la filature d'un justiciable par un huissier a été admise, car elle ne portait pas atteinte à la vie privée (30), alors même qu'il s'agissait d'une preuve qui avait été recueillie à l'insu de la personne surveillée, ce qui aurait dû en faire un moyen de preuve déloyal.

Ces différents exemples montrent que la ligne de démarcation entre les preuves licites et illicites n'est pas encore claire. Le critère de la preuve recueillie à l'insu de l'adversaire est insuffisant pour caractériser un comportement déloyal, car il condamne de très nombreux procédés probatoires, qui sont pourtant admis par la Cour de cassation et par la CEDH. Ainsi, les filatures, photos et vidéos réalisées à l'insu de la personne observée sont admises en justice. Cela montre que le fait de recueillir une preuve de façon dissimulée ne constitue pas un critère suffisant pour définir un comportement déloyal. En revanche, on pourrait considérer que le critère qui caractérise la preuve déloyale est celui du stratagème. Il a déjà été utilisé par la Cour de cassation à plusieurs reprises. Par exemple, la Chambre sociale a retenu cette qualification à propos de manœuvres d'un huissier destinées à établir la preuve de vols par des employés d'un magasin (31) ou encore à propos des lettres piégées destinées à prouver qu'un employé de la poste ouvrait le courrier qu'il était supposé délivrer (32). Le principe de loyauté de la preuve mérite ainsi une définition plus claire, qui le distinguerait nettement de la vie privée.

Une fois chaque principe défini dans le Code civil, la réforme du droit de la preuve devrait encore établir une méthode de conciliation entre les principes antagonistes. A cet égard, le critère de la proportionnalité utilisé par la Cour de cassation pour arbitrer le conflit entre le droit à la preuve et le respect de la vie privée mériterait d'être étendu aux autres conflits du même type. Qu'il s'agisse de la loyauté de la preuve ou des secrets juridiquement protégés, le juge devrait apprécier au cas par cas la balance des intérêts en présence. En effet, on comprend mal pourquoi la Cour de cassation considère que le secret professionnel du notaire est intangible (33) alors que le respect du secret lié à la vie privée est relatif. Face à l'objectif de recherche de la vérité qui sous-tend le droit à la preuve, de telles différences de traitement sont difficilement justifiables. Il n'est pas certain que ces divergences résistent à l'emprise croissante de la jurisprudence européenne sur le droit de la preuve.

Ainsi, depuis le début des années 2000, le droit de la preuve est parti à la conquête de nouveaux territoires. Certains principes de droit substantiels ont été transposés dans le contentieux probatoire et la Cour de cassation a développé une jurisprudence très innovante en créant tout à la fois le principe du droit à la preuve et en développant de nouveaux principes liés à la licéité des preuves. Toutefois, cet élan jurisprudentiel présente encore des lacunes et des imperfections. C'est pour cette raison qu'une réforme d'ampleur du Code civil s'impose aujourd'hui en matière probatoire. Les conditions semblent réunies pour tracer les nouvelles frontières du droit de la preuve et en définir le contenu avec plus de précision. L'esprit d'une telle réforme devrait être dominé par l'équilibre entre la recherche de la vérité (droit à la preuve et liberté de la preuve) et le respect des droits des parties (loyauté, vie privée, secret).

(1) R.J. Pothier, *Traité des obligations*, 1764.

(2) C. civ., art. 1331 (N° Lexbase : L1441ABY).

(3) C. civ., art. 1330 (N° Lexbase : L1440ABX).

(4) Deux réformes en 1980 et en 2000 ont eu pour objectif d'adapter la preuve écrite aux évolutions techniques (photocopie en 1980 et preuve numérique en 2000).

(5) Cour de cassation, Rapport annuel, 2012, p. 170 : "*L'attribution de la charge ou du risque de la preuve ne peut se réduire aux seules règles posées par l'article 1315 du Code civil, relatif à la preuve des obligations [...] L'attribution du fardeau de la preuve est l'objet de multiples règles de fond, complétées par le travail jurisprudentiel, pour déterminer la partie à laquelle imputer l'insuffisance des preuves produites*".

- (6) Cass. soc., 23 novembre 1972, n° 71-12.032 (N° Lexbase : A7494CIE), Bull. civ. V, n° 651.
- (7) Cass. civ. 1, 6 février 1979, n° 77-13.463 (N° Lexbase : A2848CGL); Cass. civ. 1, 21 juillet 1987, n° 85-16.436 (N° Lexbase : A7695AG4).
- (8) Cass. soc., 2 octobre 2001, n° 99-42.942 (N° Lexbase : A1200AWD).
- (9) Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, F-P+B (N° Lexbase : A2532DWP).
- (10) Cass. civ. 1, 16 octobre 2008, n° 07-15.778, FS-P+B (N° Lexbase : A8028EAL).
- (11) CEDH, 22 novembre 2011, Req. 10 764/09 (N° Lexbase : A8681MU3).
- (12) A travers l'article 8 de la CESDH ou l'article 9 du Code civil.
- (13) Qui s'exprime soit directement à travers l'article 9 du Code de procédure civile, soit indirectement à travers l'article 6 de la CESDH.
- (14) P. Bouzat, *La loyauté dans la recherche de la preuve*, Mélanges Hugueney, Sirey, Paris, 1964, p. 155.
- (15) Cass. civ. 2, 7 octobre 2004, n° 03-12.653, FS-P+B (N° Lexbase : A5730DDL).
- (16) Par ex., Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, FS-P+B (N° Lexbase : A4765D7M). Voir également, un arrêt utilisant les deux critères, Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, FS-P+B (N° Lexbase : A4789IQG).
- (17) Par exemple, l'expertise, le témoignage, l'audition des parties, etc..
- (18) Cass. civ. 1, 5 avril 2012 n° 11-14.177, F-P+B+I (N° Lexbase : A1166IIZ), lire nos observations *in Chronique de procédure civile* — Novembre 2012, Lexbase Hebdo n° 506 du 22 novembre 2012 — édition privée (N° Lexbase : N4534BT4).
- (19) Cass. civ. 1, 4 juin 2014, n° 12-21.244, FS-P+B+I (N° Lexbase : A6787MP3).
- (20) Au sens du droit de produire une preuve que l'on détient.
- (21) Hors du domaine des actes juridiques à caractère civil. La liberté recouvre donc la grande masse du contentieux probatoire.
- (22) Ou recherchées avec l'aide du juge.
- (23) Cf. Cass. civ. 1, 31 octobre 2012, n° 11-17.476, FS-P+B+I (N° Lexbase : A3196IWB) à propos de la filature d'une des parties par un huissier ; ou encore, Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, F-P+B (N° Lexbase : A2532DWP), Bull. civ. IV, n° 130.
- (24) Selon que l'atteinte s'est déroulée dans un lieu public ou privé par exemple.
- (25) CEDH, 27 novembre 2011, précité.
- (26) Ass. Plén., 7 janvier 2011, n° 09-14.316, P+B+R+I (N° Lexbase : A7431GNK).
- (27) Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, FS-P+B (N° Lexbase : A4789IQG).
- (28) Cass. civ. 1, 4 juin 2014, précité.
- (29) Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, FS-P+B+I (N° Lexbase : A3964DWQ).
- (30) Cass. civ., 31 octobre 2012, précité.
- (31) Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852, FS-P+B (N° Lexbase : A4765D7M).
- (32) Cass. soc., 4 juillet 2012, n° 11-30.266, FS-P+B (N° Lexbase : A4789IQG).
- (33) Cass. civ. 1, 4 juin 2014, précité.

Revue

04

Lexbase La lettre juridique n°582 du 11 septembre 2014

[Pénal] Questions à...

La loi "Taubira" ou la nouvelle approche de la sanction pénale — Questions à Monsieur Pierre Bricard, ancien magistrat

10437456

N° Lexbase : N3556BUA



par Aziber Seïd Algadi, Docteur en droit, Rédacteur en chef droit pénal et droit processuel

Réf. : Loi n° 2014-896 du 15 août 2014, relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (N° Lexbase : L0488I4T)

Publiée au Journal officiel du 17 août 2014, la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (lire le point de vue des praticiens *in Quelles perspectives pour le projet de réforme pénale ?* Compte-rendu de la réunion du 19 mai 2014 de la Commission "Droits de l'Homme" du barreau de Paris, Lexbase Hebdo n° 578 du 10 juillet 2014 — édition privée N° Lexbase : N3051BUK) a vu la quasi-totalité de ses dispositions validées par le Conseil constitutionnel, à l'exception de l'article prévoyant une majoration des amendes pénales au profit de l'indemnisation des victimes (Cons. const., décision n° 2014-696 DC du 7 août 2014 N° Lexbase : A8364MUC). De manière générale, la nouvelle loi réforme la politique de prévention de la récidive et vise à diminuer le nombre de victimes tout en garantissant la réinsertion des personnes condamnées. Plusieurs dispositions nouvelles sont introduites dans la législation pénale.

Pour faire le point sur cette importante loi, Lexbase Hebdo — édition privée a rencontré Monsieur Pierre Bricard, ancien magistrat, qui a accepté de nous faire part de son avis impartial sur ce texte.

Lexbase : Pouvez-vous nous faire état des principales dispositions adoptées par la nouvelle loi ?

Pierre Bricard : L'objectif général de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014 est de promouvoir l'individualisation de la peine, mettre fin aux automatismes et introduire la possibilité pour les magistrats de condamner les délinquants à un autre type de peine privilégiant les efforts de réinsertion du condamné.

La loi nouvelle affirme, d'abord, un certain nombre de principes sur la peine et son exécution.

— En ce qui concerne la peine, ses finalités et fonctions sont clarifiées dans le Code pénal. La peine a désormais une dualité fonctionnelle : sanction et amendement. Le nouvel article 130-1 (N° Lexbase : L9806I3L) dispose en effet qu'*"afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime"*, la peine a essentiellement pour fonctions de sanctionner l'auteur de l'infraction mais aussi de *"favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion"*. De plus le nouvel article 132-1 du Code pénal (N° Lexbase : L9834I3M) affirme le principe de l'individualisation des peines. Ainsi *"dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine"*. Le texte affirme, en outre, le principe de la nécessité de la peine d'emprisonnement ferme qui *"ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate"*.

— En ce qui concerne l'exécution et l'application de la peine, la loi contient de nombreuses dispositions qui assouplissent les textes en vigueur et doivent aussi inciter les juges à faire procéder, dans la mesure du possible, à des aménagements. Au niveau des principes, le nouveau texte rappelle en effet que *"le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions [...]. Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières"* (C. pr. pén., art 707, II N° Lexbase : L9874I34). Le texte précise, enfin, que tout détenu doit bénéficier *"chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté en tenant compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement pénitentiaire"* (C. pr. pén., art. 707 III).

Sans trop rentrer dans les détails techniques, les principales dispositions appliquant ces principes et adoptées par cette loi sont donc les suivantes.

Création d'une nouvelle peine : la "contrainte pénale"

L'article 19 de la loi crée une nouvelle peine alternative à l'incarcération à exécuter en milieu ouvert baptisée "contrainte pénale". Provisoirement, ce nouveau type de sanction sera limité aux délits passibles de cinq années d'emprisonnement maximum. Il est prévu qu'elle sera étendue à l'ensemble des délits à compter du 1er janvier 2017.

Il s'agit de la principale innovation de la loi du 15 août 2014. Cette nouvelle peine est conçue comme une peine *sui generis* déconnectée de la notion d'emprisonnement, l'objectif de cette disposition étant de lutter contre la récidive, en sortant la personne du milieu carcéral pour l'exécution de sa peine. Elle repose sur l'idée d'une véritable peine effectuée en milieu ouvert, par opposition au milieu carcéral.

Le nouvel article 131-4-1 du Code pénal (N° Lexbase : L9812I3S) prévoit, en effet, que l'auteur d'un délit, puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, peut être condamné à la peine de contrainte pénale *"lorsque la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale de l'auteur [...] et les faits de l'espèce justifient un accompagnement socio-éducatif individualisé et soutenu"*.

La contrainte pénale emporte pour le condamné *"l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines, pendant une durée comprise entre six mois et cinq ans et qui est fixée par la juridiction, à des mesures de contrôle et d'assistance ainsi qu'à des obligations et interdictions particulières destinées à prévenir la récidive en favorisant son insertion ou sa réinsertion au sein de la société"*. Les obligations et interdictions particulières, auxquelles peut être astreint le condamné, sont en fait les obligations prévues en matière de sursis avec mise à l'épreuve mais il est prévu l'obligation d'effectuer un travail d'intérêt général ainsi que l'injonction de soins en cas de condamnation pour un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru et qu'une expertise médicale a conclu qu'elle était susceptible de faire l'objet d'un traitement.

Ainsi, ce nouveau texte créé une nouvelle peine, que le condamné pourra exercer en dehors de la prison, tout en étant soumis à un certain nombre d'obligations et d'interdictions conçues pour être normalement plus contrai-

gnantes que le sursis avec mise à l'épreuve. La contrainte pénale, qui est prononcée par le tribunal correctionnel, se veut donc "déconnectée" de la peine de prison au contraire de la probation (sursis avec mise à l'épreuve et autres mesures) qui est une modalité d'exécution de la peine privative de liberté. Dès que cette peine est prononcée, les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) seront chargés, dans un délai de trois mois, de faire ce que les anglo-saxons appellent un "diagnostic à visée criminologique", c'est-à-dire une enquête prenant en considération l'ensemble du contexte socio-culturel dans lequel évolue le condamné. Ils proposeront, ensuite, au juge de l'application des peines un ensemble de mesures. Celui-ci décidera de choisir celles qui lui paraîtront les plus adaptées.

Autres mesures facilitant la réinsertion des condamnés

- Les "peines planchers", prévues pour les délinquants récidivistes, qui avaient été introduites dans le Code pénal en 2007 afin d'obliger les juges à prononcer une peine minimale lorsqu'est constaté l'état de récidive légale, sont supprimées (abrogation de l'article 132-19-1 du Code pénal N° Lexbase : L8955HZP par l'article 7 de la loi).

- En ce qui concerne les mineurs, l'article 20-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 (N° Lexbase : L4662AGR) est modifié. Il n'y aura plus dorénavant les restrictions introduites dans cet article, en 2007, dans le cadre du principe de l'atténuation de la peine à la moitié de la peine encourue des mineurs de plus de 13 ans. Toutefois, si le mineur est âgé de plus de 16 ans, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs pourront, à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur ainsi que de sa situation, décider qu'il n'y a pas lieu de faire application de cette atténuation.

— La révocation automatique du sursis simple est supprimée (loi n° 2014-896 du 15 août 2014, art. 8 ; C. pén., art. 132-5 N° Lexbase : L2217AM3 et 132-6 N° Lexbase : L2292AMT), elle devra donc être expressément ordonnée par le tribunal qui prononce la nouvelle condamnation ; néanmoins, le procureur de la République pourra ultérieurement saisir le tribunal correctionnel d'une requête motivée tendant à la révocation du sursis si le tribunal n'avait pas eu connaissance de cette condamnation. Il est précisé que le caractère non avvenu d'une condamnation ne fait pas obstacle à la révocation expresse totale ou partielle du sursis par le tribunal dans son jugement de condamnation en cas d'infraction nouvelle commise dans le délai de cinq ans.

- Il est prévu la possibilité d'ajourner le prononcé de la peine après la déclaration de culpabilité. Ainsi, le tribunal pourra, dans un premier temps, prononcer la culpabilité et statuer immédiatement sur l'indemnisation des victimes, puis ajourner sa décision sur la peine à une seconde audience afin d'obtenir davantage d'informations sur la personnalité et la situation de l'auteur (quatre mois plus tard au maximum, délai renouvelable, C. pén., art. 132-70-1 N° Lexbase : L984113U). L'article 132-70-3 (N° Lexbase : L980913P) prévoit aussi cette possibilité d'ajournement en soumettant le condamné à l'obligation de consigner une somme d'argent en vue de garantir le paiement d'une éventuelle peine d'amende. Le tribunal détermine le montant de cette consignation et le délai dans lequel celle-ci doit être déposée au greffe, qui ne saurait être supérieur à un an.

— Il est désormais possible de suspendre l'exécution d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans dans l'attente d'un aménagement de peine lorsque celle-ci n'a pas été mise à exécution par le Parquet dans un délai de trois ans, à moins que le condamné ne soit détenu pour autre cause ou qu'un fait nouveau ne soit intervenu rendant, de ce fait, inopportune cette suspension (C. pr. pén., art. 723-17-1 N° Lexbase : L981013Q).

— Le texte humanise l'exécution d'une peine privative de liberté pour raison familiale : aménagements particuliers (suspension, fractionnement de peine) pour une femme enceinte de plus de douze semaines ou toute personne exerçant l'autorité parentale sur un enfant de moins de dix ans ayant chez ce parent sa résidence habituelle (loi n° 2014-896 du 15 août 2014, art. 25 de la loi — C. pr. pén., art. 708-1 N° Lexbase : L9821137 et 720-1 N° Lexbase : L94201EM).

— La "libération sous contrainte" des détenus en fin de peine est instaurée : afin d'éviter les sorties "sèches" de prison sans accompagnement socio-éducatif, il est prévu, pour les détenus exécutant une ou plusieurs peines privatives de liberté d'une durée totale inférieure ou égale à cinq ans, une évaluation obligatoire en commission d'application des peines de leur situation pénale s'ils ont déjà exécuté les deux-tiers de leur peine, ce qui permettrait d'envisager leur sortie progressive de prison. Une "libération sous contrainte" pourra être décidée par le juge d'application des peines, en fonction du projet d'insertion de la personne détenue. La libération sous contrainte entraîne l'exécution du reliquat de peine sous le régime, selon la décision prise par le juge de l'application des peines, de la semi-liberté, du placement à l'extérieur, du placement sous surveillance électronique ou de la libération conditionnelle. S'il n'est pas procédé à cet examen, le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel pourra, d'office ou sur saisine de la personne condamnée ou du procureur de la République, prononcer une mesure de libération sous contrainte. Si le total des peines portées à l'écrou est supérieur à cinq ans, la situation du condamné devra être examinée par le juge ou le tribunal de l'application des peines à l'occasion d'un débat

contradictoire.

— Un détenu, qui a purgé sa peine après avoir bénéficié de réductions de peine, peut se voir imposer, à sa libération, un certain nombre d'obligations par le juge de l'application des peines. S'il ne les respecte pas, le bénéfice de ces réductions de peine peut lui être retiré (loi n° 2014-896 du 15 août 2014, art. 44 ; C. pr. pén., art. 721-2. — I N° Lexbase : L9902I37).

— Une personne placée en détention provisoire peut être libérée pour motif médical (loi n° 2014-896 du 15 août 2014, art. 50 ; C. pr. pén., art. 147-1 N° Lexbase : L9833I3L).

— Les mesures concernant les victimes ont été renforcées (C. pr. pén., art. 707 N° Lexbase : L9874I34) : elles pourront notamment demander à être informées de la fin de l'exécution d'une peine de prison, ou saisir la justice si elles estiment qu'il existe une atteinte à leurs droits en cours d'exécution de peine. L'existence des bureaux d'aide aux victimes et bureaux de l'exécution des peines est officiellement reconnue par la loi. L'article 18 de la loi prévoit en outre la possibilité d'une justice "restaurative" consistant en un rapprochement de l'auteur et de la victime pour résoudre "des difficultés résultant de l'infraction".

— La durée maximum de la peine de travail d'intérêt général est portée de 210 à 280 heures (loi n° 2014-896 du 15 août 2014, art. 21 ; C. pr. pén., art. 132-57 N° Lexbase : L9871I3Y).

— L'article 35 de la loi prévoit la possibilité, sur autorisation du Procureur de la République, d'une transaction pénale effectuée par l'officier de police judiciaire au cours de l'enquête pour des petits délits (pas plus d'un an d'emprisonnement encouru). Cette transaction, qui peut comporter le versement d'une consignation (dont le montant ne peut excéder le tiers du montant de l'amende encourue) ainsi que l'accomplissement de certaines obligations, doit être homologuée par le Président du tribunal de grande instance (C. pr. pén., art. 41-1-1. — I. N° Lexbase : L9828I3E).

— Le nouveau texte fixe les modalités de diminution de la peine d'une personne atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes : réduction du tiers de la peine ou s'il s'agit d'une peine perpétuelle réduction à 30 ans (C. pén., art. 122-1 N° Lexbase : L2244AM3) ; toutefois, le juge de l'application des peines peut ordonner, à la libération de cette personne, si son état le justifie et après avis médical, une obligation de soins pendant une durée qu'il fixe et qui ne peut excéder cinq ans en matière correctionnelle ou dix ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement.

— Enfin, le texte prévoit des dispositions particulières visant à renforcer les pouvoirs de la police et de la gendarmerie en cas de violation de ses obligations par une personne sous main de justice (loi n° 2014-896 du 15 août 2014, art. 34).

Lexbase : Ces nouvelles mesures vous paraissent-elles satisfaisantes ?

Pierre Bricard : Ce texte contient des avancées intéressantes dont la plupart avaient été demandées par les praticiens. Comme il a été dit, l'objectif de cette loi était, en effet, de faire prévaloir l'individualisation et l'aménagement des peines, dans une optique d'insertion pouvant éviter la récidive. Ainsi, on peut se féliciter de l'abrogation des peines planchers et des restrictions concernant les mineurs, véritables obstacles à l'individualisation des peines et de la suppression du caractère automatique de la révocation des sursis simples qui gênait le travail de suivi et d'insertion mené par les professionnels.

Il est intéressant de définir une peine originale, la "contrainte pénale" déconnectée de la peine d'emprisonnement centrée sur des mesures de probation coercitive mais il fallait donner un vrai contenu à cette peine pour qu'elle soit conçue comme une véritable peine autonome ne dépendant pas du bon vouloir du juge de l'application des peines pour en définir son contenu. Il fallait permettre au tribunal correctionnel de définir lui-même l'intégralité des mesures de probation à la suite d'un véritable débat contradictoire sur la personnalité du prévenu. En cas de non-respect de la mesure, il aurait été souhaitable que le tribunal détermine initialement une peine d'emprisonnement fixe dans le jugement condamnant à une contrainte pénale, la durée de cet emprisonnement n'aurait pu être révisable à la baisse par la suite, qu'à titre exceptionnel, par décision spécialement motivée. En fait, les juges de l'application des peines cerneront mal l'intérêt de cette mesure qui semble faire double emploi avec le sursis avec mise à l'épreuve.

Enfin, l'objectif était d'impliquer le condamné détenu à un projet de réinsertion au cours de l'exécution de sa peine et de préparer sa sortie. Toutefois, le législateur, obéissant à des préoccupations sécuritaires, a fait le choix d'élargir à tous les détenus sortant de prison et ayant bénéficié de réductions de peines le champ de la surveillance judiciaire qui était auparavant réservé à quelques infractions graves. Or, une peine est exécutée ou ne l'est pas, si un

condamné sort de prison après avoir exécuté sa peine, il ne me paraît pas possible de revenir sur les réductions de peines dont il a justement bénéficié en raison d'un bon comportement en détention, le bénéfice de ces réductions de peine devant être définitif à sa sortie de prison. La surveillance judiciaire à la sortie de prison ne peut se justifier, à mon avis, que pour les délinquants sexuels ou autres délinquants considérés comme particulièrement dangereux.

Lexbase : La contrainte pénale (validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 août 2014), qui est l'une des mesures phares de la loi, traduit-elle, selon vous, un certain laxisme, comme ont pu le soutenir certains ?

Pierre Bricard : Si on se place dans une optique ultra sécuritaire, cette réforme peut paraître, pour certains, comme la manifestation d'une certaine indulgence exagérée à l'égard des délinquants puisqu'elle semble privilégier l'insertion du condamné à sa neutralisation en milieu fermé pour protéger la société. Il convient, toutefois, de remarquer que la nouvelle peine de "contrainte pénale" ne concerne que les délits et non les crimes qui concernent les infractions les plus graves. Le reproche de laxisme de la loi nouvelle sous-tend aussi l'idée que les juges sont, eux-mêmes, très tolérants pour les délits considérés comme de moindre gravité. Or, dans tous les cas, le tribunal ou le juge ont la possibilité de prononcer une peine ferme sans aucune mesure d'aménagement, en motivant spécialement leur décision *"au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale"* ; je ne pense donc pas que ces nouvelles dispositions inciteront les juges à une particulière tolérance à l'égard des prévenus. Ainsi, ce n'est qu'au cas par cas que le tribunal pourra envisager d'appliquer, à titre exceptionnel, cette nouvelle peine de contrainte pénale. De plus, en cas de non-respect des obligations, le juge pourra rendre ces dernières beaucoup plus strictes, voire même solliciter l'emprisonnement de la personne condamnée.

En fait, la réelle utilité de la "contrainte pénale" peut être discutée. Le régime de la contrainte pénale emprunte, en effet, à des obligations qui peuvent être prononcées dans le cadre du suivi socio-judiciaire ou du sursis avec mise à l'épreuve et je vois mal l'originalité de cette mesure en tant que peine si ce n'est qu'elle est déconnectée du prononcé d'une peine d'emprisonnement.

En réalité, le législateur a élargi la gamme des sanctions en accordant plus d'initiatives au juge de l'application des peines, la philosophie de la loi étant que la peine ne pouvait se limiter à un simple enfermement du condamné. En effet, l'élévation généralisée des *quanta* de peine ou l'instauration de peines minimales pour les récidivistes ne semble pas être une réponse adéquate à la délinquance. De plus, les tribunaux sont de plus en plus sévères, les *quanta* moyens des peines d'emprisonnement prononcées étant passé de 8 mois à 11 mois, ce qui n'a pas amélioré la situation de la délinquance dans notre pays. On peut donc en conclure que l'on ne sort pas de la délinquance par un allongement de la peine et qu'il faut se centrer sur l'efficacité de la sanction dans une optique d'amendement du condamné et de réinsertion et non se focaliser uniquement sur la durée de l'emprisonnement. De plus, si l'on examine l'aspect avantage-coûts, force est de constater que la prison est le moyen le plus onéreux d'aggraver la délinquance au lieu de l'atténuer ; un jour d'emprisonnement coûte au minimum 100 euros par détenu, un jour de mise à l'épreuve 30 euros et un jour de bracelet électronique 11 euros...Toutefois, la contrainte pénale ne peut être motivée uniquement par cet aspect de réduction des coûts et par la libération de places dans les prisons surpeuplées. En effet, la peine d'emprisonnement ferme ou assortie d'un sursis partiel s'impose pour les délits les plus graves. Aussi, à mon avis, la contrainte pénale serait adaptée comme substitut aux courtes peines d'emprisonnement, ce qui éviterait un emprisonnement suivi d'une sortie "sèche" génératrice, la plupart du temps, de récidive. Elle ne pourrait être appliquée qu'à un public limité très motivé et véritablement apte à se soumettre à des mesures très contraignantes, disposé et ayant la possibilité d'indemniser la victime dans une véritable démarche dynamique d'insertion socio-professionnelle dans le respect des droits de la victime. En aucun cas cette mesure ne pourrait être envisagée lorsqu'il s'agit d'atteintes graves et réitérées aux personnes ou lorsqu'un condamné ne présente aucun gage sérieux de réinsertion.

Pour conclure sur cette polémique, je ne pense donc pas qu'il soit juste de condamner une réforme et la taxer de "laxiste" avant même qu'elle ne soit effectivement appliquée. D'ailleurs, ce texte a été précédé d'un sérieux travail d'experts (conférence de consensus) et le Conseil de l'Europe a, quant à lui, préconisé l'instauration d'une peine différente de l'emprisonnement à l'instar de certains pays étrangers. Cette réforme n'empêchera d'ailleurs pas le prononcé de lourdes peines ou le maintien en détention lorsque les juges estimeront que la gravité de l'infraction et la personnalité du prévenu le justifieront. Le mérite de cette réforme est simplement de donner de nouveau la possibilité aux juges d'adapter la sanction à la gravité de l'infraction ainsi qu'aux considérations pouvant permettre une réinsertion future du condamné. Le législateur a voulu humaniser la sanction dans le sens d'une meilleure efficacité de la justice. Laissons donc maintenant travailler les magistrats avant qu'un bilan ne soit effectué en 2017.

Lexbase : La multiplicité des attributions du juge de l'application des peines méconnaît-elle le principe de

séparation des autorités de poursuite et de jugement ainsi que le principe d'impartialité des juridictions ?

Pierre Bricard : Cet argument a été rejeté d'un revers de main par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision n° 2014-696 DC du 7 août 2014, le Conseil constitutionnel a en effet tranché ce point en ces termes : "*considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (N° Lexbase : L1363A9D), toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution [...] que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles [...] considérant que la définition des compétences respectives de la juridiction de jugement, du juge de l'application des peines et du président du tribunal ou son délégué ne méconnaît ni le principe d'impartialité des juridictions ni le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement qui en résulte ; que les griefs tirés de la violation des exigences qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 doivent être écartés ; considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les articles 19 et 22 de la loi déferée, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, doivent être déclarés conformes à la Constitution*".

Il est vrai que les attributions du juge de l'application des peines ont été considérablement élargies, mais le fait de saisir le Président du tribunal correctionnel en cas de non-respect des obligations de même que d'écrouer provisoirement le condamné ne constitue pas en soi un acte de poursuite mais un acte lié au contentieux de l'exécution de la peine, l'urgence pouvant commander ces mesures. D'ailleurs, les attributions du ministère public ont été respectées, ce dernier devant intervenir dans la procédure et faire des réquisitions.

Ainsi, si l'on analyse le texte dans le détail, on ne peut que constater que les attributions du tribunal, du juge de l'application des peines et du ministère public ont été équitablement réparties : l'article 131-4-1 du Code pénal prévoit que, lorsqu'elle prononce la contrainte pénale, la juridiction de jugement fixe la durée maximale de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations et interdictions auxquelles il est astreint ; cet emprisonnement ne peut excéder deux ans ni même excéder le maximum de la peine d'emprisonnement encourue ; il est prévu que le juge peut modifier, supprimer ou compléter les obligations et interdictions décidées par la juridiction de jugement, ce qui rentre parfaitement dans les attributions du juge de l'application des peines ; de même le nouvel article 713-45 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9816I3X) dispose que si le condamné a satisfait aux mesures, obligations et interdictions qui lui étaient imposées pendant au moins un an, que son reclassement paraît acquis et qu'aucun suivi ne paraît plus nécessaire, le juge de l'application des peines peut, sur réquisitions conformes du procureur de la République, décider de mettre fin de façon anticipée à la peine de contrainte pénale. En l'absence d'accord du ministère public, le juge de l'application des peines peut saisir à cette fin, par requête motivée, le président du tribunal ou un juge par lui désigné, qui statue à la suite d'un débat contradictoire public (C. pr. pén., art. 713-45).

D'autre part, le nouvel article 713-47 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9818I3Z) prévoit qu'en cas d'inobservation par la personne condamnée des mesures de contrôle et d'assistance, des obligations ou des interdictions, le juge de l'application des peines peut, "*d'office ou sur réquisitions du procureur de la République*", modifier ou compléter les obligations ou interdictions auxquelles le condamné est astreint. Il peut également procéder à un rappel des mesures, obligations et interdictions auxquelles est astreinte la personne condamnée.

Si cela est insuffisant pour assurer l'effectivité de la peine, le juge "*saisit, d'office ou sur réquisitions du procureur de la République, par requête motivée, le président du tribunal de grande instance ou un juge par lui désigné afin que soit mis à exécution contre le condamné tout ou partie de l'emprisonnement dont la durée a été initialement fixée par la juridiction. Le président du tribunal ou le juge par lui désigné, qui statue à la suite d'un débat contradictoire public, fixe la durée de l'emprisonnement à exécuter, laquelle ne peut excéder celle fixée par la juridiction*". Il est précisé que le président du tribunal ou le juge par lui désigné peut décider que cet emprisonnement s'exécutera sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou de la surveillance électronique.

Nous voyons donc bien que le juge de l'application des peines intervient dans la définition des obligations auxquelles le condamné est astreint, qu'il en assure le suivi et le contrôle. Cela ne peut être regardé comme portant atteinte au principe d'impartialité des juridictions. La durée maximale d'emprisonnement est de toute façon fixée par le tribunal correctionnel et la sanction de la violation des obligations de la contrainte pénale sera assurée par le président du tribunal de grande instance ou le juge par lui délégué. La loi distingue ainsi clairement le prononcé de la peine par le tribunal, le contrôle de son exécution par le juge de l'application des peines et la sanction de sa violation par un juge indépendant et impartial.

Enfin, l'on ne peut critiquer le fait que le juge de l'application des peines puisse, s'il l'estime nécessaire, ordonner l'incarcération provisoire du condamné, ce dernier devant, d'ailleurs, être libéré d'office si le débat contradictoire n'a pas lieu dans le délai de 15 jours. Cette mesure provisoire se justifie pleinement par l'urgence et les risques de réitération de l'infraction. Cette possibilité pour le juge d'application des peines d'incarcérer provisoirement le condamné jusqu'à la décision du juge répond ainsi à l'objectif constitutionnel de sûreté ; elle était, d'ailleurs, déjà

prévue de manière générale, en cas d'inobservation des obligations d'un condamné bénéficiant d'un sursis avec mise à l'épreuve ou d'une libération conditionnelle par l'article 712-19 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9509IEW). Cette mesure répond de surcroît au principe de proportionnalité, la détention provisoire ne pouvant excéder un délai de 15 jours.

Toutefois, il me semble que le législateur est allé un peu trop loin en accordant au juge de l'application des peines le pouvoir de substituer une peine de jours-amende en peine de sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (C. pr. pén., art. 747-1-2 N° Lexbase : L9823I39). Cette prérogative devrait rester celle du tribunal car il n'appartient pas au juge de l'application des peines de transformer une peine en une autre de nature très différente.

Lexbase : Reste-t-il des domaines d'intervention nécessaire pour parfaire cette réforme ?

Pierre Bricard : La mise en œuvre concrète de la peine nouvelle de "contrainte pénale" posera des difficultés pratiques pour les praticiens et professionnels de l'application des peines. En effet, elle repose sur un diagnostic et un suivi individualisé, ce qui suppose un investissement en moyens suffisant. Or, le budget du ministère de la Justice n'est pas suffisamment étoffé pour faire face à une réforme de cette ampleur qui exige des moyens importants, surtout à une époque de restriction budgétaire. Dans cette optique, on ne peut que souhaiter le renforcement en personnel des services d'insertion et de probation, car cela ne sert à rien de faire voter une loi introduisant une nouvelle peine dans notre droit positif s'il n'existe aucune mesure d'accompagnement.

Lexbase : Cette nouvelle loi marque-t-elle une véritable évolution idéologique du point de vue de la répression pénale ?

Pierre Bricard : L'évolution du concept de peine vient du fait que la nouvelle loi a essayé de voir la sanction sous un autre angle en déconnectant les mesures de probation de la peine d'emprisonnement. Le fait de mettre à la disposition des magistrats un nouveau type de peine leur apporte une marge de manœuvre non négligeable quant à la variété des peines prononcées. Certes, étant donné qu'elle est accompagnée d'une série d'obligations et interdictions, la contrainte pénale s'ajoutera à la possibilité de condamner un prévenu à une peine d'emprisonnement avec sursis avec mise à l'épreuve (SME).

D'autre part, l'intérêt de cette nouvelle peine, c'est qu'elle implique, avant qu'elle ne soit prononcée, une évaluation dès la condamnation du prévenu. Des paramètres, tels que ses liens sociaux, ses éventuelles addictions, sa situation professionnelle, devront être analysés et décideront des obligations et des interdictions qui lui seront imposées. L'innovation vient de là. De surcroît, la possibilité de scinder le procès pénal en plusieurs phases, celle de la culpabilité d'abord, puis l'indemnisation de la victime et enfin le choix de la sanction qui implique une évaluation du condamné, est une idée très intéressante qui va dans ce sens.

Revue

05

Lexbase La lettre juridique n°583 du 18 septembre 2014

[Fiscalité internationale] Questions à...

Mise en place d'une norme mondiale par l'OCDE en faveur de l'échange automatique de renseignements — Questions à Pascal Saint-Amans, Directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE

10447973

N° Lexbase : N3668BUE



par Jules Bellaiche, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition fiscale

Réf. : Norme mondiale d'échange automatique de renseignements

La coopération entre les administrations fiscales est essentielle dans la lutte contre la fraude fiscale. Un aspect fondamental de cette coopération est l'échange de renseignements. Depuis 2012, l'intérêt politique s'est de plus en plus focalisé sur les possibilités qu'offre l'échange automatique de renseignements. Ce procédé concerne la communication systématique, à intervalles réguliers, de renseignements relatifs à diverses catégories de revenu, par le pays de la source du revenu au pays de résidence du contribuable. L'échange automatique de renseignements peut permettre de disposer en temps utile d'informations sur des cas de fraude fiscale portant soit sur des rendements d'investissements, soit sur le montant du capital sous-jacent même lorsque les administrations fiscales ne disposaient jusque-là d'aucune indication en ce sens. Ainsi, déterminée à se diriger vers une plus grande transparence et à mettre fin au secret bancaire dans les affaires fiscales, l'OCDE a publié, le 21 juillet 2014, une nouvelle norme mondiale pour l'échange de renseignements entre juridictions.

Pour en savoir plus sur la mise en place de l'échange automatique de renseignements, Lexbase Hebdo-édition fiscale a interrogé **Pascal Saint-Amans, Directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE.**

Lexbase : Pouvez-vous nous décrire le fonctionnement, les modalités techniques de ce dispositif d'échange de renseignements ?

Pascal Saint-Amans : La norme commune de déclaration (NCD) de l'OCDE sur l'échange automatique de renseignements connue sous l'acronyme anglais "CRS" constitue la première norme mondiale unique pour l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers. Cette norme bénéficie de l'appui politique du G20. En septembre 2013, les leaders du G20 ont endossé la proposition de l'OCDE de concevoir une telle norme et lui ont donné mandat de travailler avec les pays du G20 pour qu'elle soit présentée au sommet des ministres des Finances du G20 en février 2014. Le 20 septembre 2014, le paquet complet de la NCD, qui inclura aussi les modalités techniques, sera présenté aux ministres des Finances du G20 lors de leur réunion à Cairns (Australie).

En vertu de cette norme, les pays partenaires échangeront automatiquement et de manière bilatérale des renseignements sur les comptes financiers déclarables sur une base annuelle (ces comptes ayant été identifiés par les institutions financières déclarantes en suivant des procédures communes en matière de déclaration et de diligence raisonnable).

Au préalable les pays qui souhaitent échanger automatiquement auront signé (sur la base de leur convention fiscale bilatérale ou de la convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale) un accord prévoyant ce type d'échange. La norme commune contient à la fois les règles en matière de déclaration et de diligence raisonnable pour les institutions financières et un modèle d'accord qui contient les règles détaillées sur l'échange de renseignements.

La NCD contient des règles spécifiques de confidentialité et de protection des données échangées pour la mise en œuvre des principes de confidentialité de l'échange de renseignements contenus dans les conventions et instruments sur la base desquels les renseignements sont échangés.

Avant de signer un accord réciproque d'échange automatique de renseignements il est essentiel que les pays partenaires aient en place le cadre juridique et les dispositifs nécessaires pour assurer la confidentialité et la protection des données échangées. Si ce n'est pas le cas les pays ne signeront pas un tel accord et ne procéderont pas à l'échange automatique.

Etant donné le volume des informations échangées dans le cadre de l'échange automatique, il est impératif qu'elles le soient de manière standardisées afin de pouvoir être exploitées efficacement et au moindre coût. La NCD comprend donc un schéma standardisé et aussi des recommandations sur le niveau de sécurité à adopter pour assurer la protection des données transmises électroniquement.

Lexbase : Cette norme est naturellement souhaitable afin de lutter contre la fraude fiscale, mais sera-t-elle concrètement réalisable ? Quid de l'efficacité de la loi "FATCA" aux Etats-Unis ?

Pascal Saint-Amans : Cette norme est réalisable, sinon, 65 pays et territoires ne se seraient pas engagés à la mettre en œuvre et à la transposer dans leur législation interne. En outre, 46 d'entre eux se sont entendus sur un calendrier commun et ambitieux pour la mettre en œuvre en 2017.

La NCD est largement inspirée de l'approche intergouvernementale suivie par un large nombre de pays, y compris la France, pour la mise en œuvre des obligations déclaratives contenues dans la loi "FATCA". Bien que cette approche diffère de la NCD sur certains aspects, les différences tiennent principalement à la nature multilatérale du système NCD et à d'autres facteurs spécifiques aux Etats-Unis. Ceci permet donc de réduire les coûts à la fois pour les institutions financières et pour les pays et territoires.

Par ailleurs l'expérience en matière d'échange automatique de renseignements existe déjà au sein de l'Union européenne avec la Directive "Epargne" (Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 N° [Lexbase : L6608BH9](#)) et aussi dans les pays de l'OCDE qui pratiquent depuis de nombreuses années cette forme d'échange sur différents types de revenus et suivant un schéma normalisé conçu par l'OCDE. Cette expérience a d'ailleurs été utile pour concevoir la nouvelle norme mondiale et atteste de l'efficacité d'un système multilatéral. Certes, les pays en voie de développement n'ont généralement pas, à l'heure actuelle, la capacité de mettre en œuvre la nouvelle norme, mais le G20 a donné mandat au Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales de les assister pour identifier leurs besoins en termes d'assistance pour ce qu'ils puissent participer à l'échange automatique et en bénéficier.

Il est prématuré de mesurer l'efficacité de la loi "FATCA" mais on peut déjà constater qu'elle a comme tout échange automatique un effet dissuasif, c'est aussi le cas de la nouvelle norme.

A cet égard, une analyse des programmes de déclaration spontanée conduite par l'OCDE a montré que, depuis 2009, plus d'un demi-million de contribuables ont déclaré spontanément des revenus et des éléments de patrimoine jusque-là dissimulés à l'administration fiscale. Le fait que les pays estiment avoir collecté plus de 37 milliards de dollars grâce à ces programmes de déclaration spontanée démontre le grand potentiel d'amélioration de la qualité et de la quantité des revenus déclarés offert par la NCD.

Enfin, il est probable que la mise en œuvre de la NCD par les pays et territoires et les premières expériences pratiques de son utilisation vont amener l'OCDE à régulièrement mettre à jour la NCD, afin d'en améliorer le fonctionnement et de tenir en compte d'éventuels problèmes rencontrés au fil du temps.

Lexbase : Comment contrôler l'exactitude des renseignements échangés ? Existera-t-il des sanctions en cas de non-respect de la norme ?

Pascal Saint-Amans : La NCD contient une section sur la mise en œuvre effective de l'échange automatique de renseignements, afin d'assurer que les juridictions mettent en place les mesures législatives et administratives nécessaires pour le bon fonctionnement de la NCD. Dans ce cadre, il est attendu des pays et territoires adoptant la NCD qu'ils mettent en place des mesures adéquates pour garantir que les institutions financières respectent les procédures de diligence raisonnable et de déclaration des comptes financiers et leurs titulaires prévues par la NCD et qu'ils prévoient des mesures coercitives en cas de non-respect de ces obligations.

Etant donné que, contrairement à FATCA, la NCD ne connaît pas une retenue à la source qui peut être appliquée aux revenus appartenant aux contribuables ou institutions financières non-coopératives, la qualité et l'efficacité de l'échange de renseignements sur base de la NCD nécessite le rattachement d'une plus grande importance aux contrôles de bon fonctionnement. A cet égard, le G20 a mandaté le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements pour établir un mécanisme de surveillance et d'examen de la mise en œuvre effective de la NCD. Cet examen permettra de s'assurer que les pays et territoires qui ont adopté la NCD la respectent bien et au besoin de faire des recommandations pour remédier aux manquements.

Lexbase : Vous devez certainement anticiper la réactivité des fraudeurs fiscaux. Quelles seront les prochaines mesures que compte mettre en œuvre l'OCDE afin d'intensifier cette lutte ?

Pascal Saint-Amans : Tout d'abord, la NCD a été conçue pour limiter au maximum les possibilités de contournement. Notamment, des règles ont été incluses visant à éviter que les contribuables puissent mettre en place des structures juridiques qui permettent d'échapper à la déclaration de leurs revenus et actifs financiers, ou soient en mesure de placer leurs avoirs auprès des institutions financières ou dans des produits financiers non couverts par la NCD. Cette approche se traduit concrètement dans les trois dimensions suivantes.

— Les institutions financières soumises à l'obligation déclarative : la NCD couvre non seulement les banques, mais également d'autres institutions financières telles que les courtiers, certaines entités de d'investissement, y compris les OPC et les *trusts*, et certaines sociétés d'assurance.

— Les titulaires de compte soumis à l'obligation déclarative : la NCD exige la communication d'informations concernant les personnes physiques, et limite les possibilités pour les contribuables de recourir à des entités ou des constructions juridiques pour se soustraire à leurs obligations déclaratives. Par conséquent, les institutions financières sont tenues de regarder au travers des sociétés-écrans, des fiducies et structures analogues, y compris les entités imposables.

— Les informations financières communiquées : la NCD couvre différentes catégories de revenus d'investissement, y compris les intérêts, dividendes et types analogues de revenu, ainsi que des informations sur les soldes de comptes.

Il est également prévu que les pays qui transposent la norme adoptent des mesures anti-abus pour éviter son contournement.

L'objectif actuel est d'assurer l'adhésion d'un maximum de pays et territoires à la norme pour assurer son efficacité et éviter la délocalisation vers des centres financiers qui n'adhéreraient pas à la NCD. Au plan international, le nombre de pays ayant indiqué leur soutien de la NCD comme norme mondiale d'échange de renseignements sur les comptes financiers continue d'augmenter. Actuellement le Forum mondial fait l'état des lieux des engagements et il est prévu qu'une liste des pays et territoires qui ont adhéré à la NCD, sera communiquée aux dirigeants du G20, lors de leur sommet de novembre 2014.

Dans les mois et années qui viennent l'OCDE va assurer le suivi de la mise en œuvre de la NCD pour apporter les

améliorations si cela s'avère nécessaire.

Finalement il est aussi prévu de développer des recommandations pour renforcer la capacité d'utiliser efficacement les informations reçues par les pays et territoires participants.

Revue

06

Lexbase La lettre juridique n°584 du 25 septembre 2014

[Rel. collectives de travail] Jurisprudence

La grève ne justifie pas la séquestration d'un cadre

10460350

N° Lexbase : N3767BU3



par *Christophe Radé, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, Directeur scientifique de l'encyclopédie "Droit du travail" et de Lexbase Hebdo — édition sociale*

Réf. : Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-12.562, FS-P+B (N° Lexbase : A2661MTQ)

La jurisprudence en matière de grève est d'une remarquable stabilité, la Cour de cassation assurant l'effectivité de ce droit constitutionnellement garanti depuis plusieurs décennies. Dans un nouvel arrêt en date du 2 juillet 2014, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme cette tendance en qualifiant de grève un mouvement de solidarité né pour venir en aide à un salarié menacé de sanctions après un premier conflit (I), mais rappelle qu'il est interdit de séquestrer les cadres de l'entreprise, sous peine de licenciement pour faute lourde (II).

Résumé

Est licite le mouvement de grève initié pour soutenir des salariés menacés par des sanctions disciplinaires pour des faits commis lors d'un précédent mouvement de grève, dont la légitimité n'était pas contestée, ces menaces ayant pu être perçues au sein de l'entreprise comme susceptibles de porter atteinte au droit de grève, la mobilisation destinée à soutenir les salariés grévistes répondant à un intérêt collectif et professionnel.

Est constitutif d'une faute lourde le fait pour un salarié d'avoir personnellement participé à une action collective au cours de laquelle le directeur des ressources humaines avait été retenu dans son bureau pendant plus de trois heures, et dont il n'a pu sortir qu'après l'évacuation par les forces de l'ordre des personnes présentes.

Commentaire

I — Licéité sous conditions de la grève de solidarité

L'affaire. A la suite de l'échec d'une réunion relative à la négociation salariale, un mouvement de grève s'est déclenché qui s'est terminé par la signature d'un protocole de fin de conflit conclu le 1er mars 2010. Un salarié de l'entreprise depuis plus de vingt ans a été convoqué le 5 mars 2010 à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour des faits commis pendant le mouvement de grève. Un second arrêt collectif du travail a eu lieu le 12 mars 2010 en soutien aux salariés de l'entreprise menacés de sanctions disciplinaires pour des faits commis pendant le premier mouvement de grève. Le même salarié a reçu une nouvelle convocation à un entretien préalable le 19 mars, avec mise à pied conservatoire, visant sa participation à la séquestration d'un membre de l'entreprise le 12 mars 2010. Ce salarié a été licencié pour faute lourde par lettre du 7 avril 2010, et a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à l'annulation de son licenciement et au paiement de diverses sommes. Il avait obtenu gain de cause en appel, ce que contestait son employeur dans le cadre de son pourvoi.

La qualification de grève retenue. Le pourvoi discutait tout d'abord la qualification même de grève du second mouvement organisé pour soutenir les salariés sanctionnés à l'occasion de la première phase du conflit. Il considérait, en effet, *"qu'est illicite le mouvement de grève déclenché par solidarité avec un salarié sanctionné pour un motif strictement personnel"*, et observait que les faits pour lesquels il était poursuivi concernaient des violences insusceptibles d'être rattachées à l'exercice du droit de grève.

Le moyen n'est pas accueilli. Pour la Haute juridiction, en effet, le syndicat CGT Finimétal avait appelé les salariés de l'entreprise à la grève le 12 mars 2010 de 11 heures à 14 heures pour soutenir les collègues menacés par des sanctions disciplinaires pour des faits commis lors du précédent mouvement de grève, dont la légitimité n'était pas contestée et qui s'était soldé par la conclusion d'un protocole d'accord de fin de conflit. Pour la Cour de cassation, ces menaces avaient pu être perçues au sein de l'entreprise comme susceptibles de porter atteinte au droit de grève, ce qui permettait d'affirmer que la mobilisation destinée à soutenir les salariés grévistes *"répondait à un intérêt collectif et professionnel, de sorte que ce mouvement de grève était licite"* (1).

Une confirmation attendue de la qualification large de grève. On sait que face à des comportements litigieux imputables à un salarié dans le cadre d'un conflit, deux moyens peuvent être employés pour justifier le licenciement : soit disqualifier le mouvement en le qualifiant d'illicite, ce qui élude l'application du régime applicable au licenciement des grévistes ; soit demeurer dans ce cadre juridique et admettre la faute lourde, ce qui place très haut le curseur en termes de gravité des comportements, mais entraîne pour le salarié des conséquences extrêmes, puisqu'il perd toutes ses indemnités.

On sait que la jurisprudence tend à retenir une conception large de la notion de grève (2), et ce pour ne pas priver d'effectivité le droit constitutionnel de grève.

Cette tendance, qui s'est vérifiée ces dernières années (3), se retrouve ici alors qu'était discutée la qualification d'une "grève de solidarité". On sait en effet que la jurisprudence considère en principe ces mouvements comme illicites, dès lors qu'ils visent seulement à contester l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire (4), mais qu'il retient la qualification de grève soit lorsque les salariés cessent le travail pour réagir à des comportements fautifs imputables à l'employeur (5), soit lorsque la solidarité à l'égard des grévistes menacés s'accompagne de revendications à caractère professionnel (6), ce qui est fréquemment le cas lorsque les grévistes prennent la précaution de bien formuler leurs nouvelles revendications (7).

La volonté de s'inscrire dans le contexte du droit de grève. C'est dans cette tendance large, d'aucuns diraient laxiste, que s'inscrit cette décision puisque le rattachement de la grève de solidarité au droit de grève résultait du caractère syndical du conflit et du ressenti des salariés qui avaient valablement pu croire que les sanctions dont les grévistes du premier conflit avaient été menacés, portaient atteinte au droit de grève, ce qui suffisait à établir l'intérêt *"collectif et professionnel"* des revendications, et donc le caractère licite de la grève. Ajoutons que le premier conflit s'était achevé sur la conclusion d'un accord de fin de conflit, ce qui a sans doute joué dans l'analyse de la situation puisque les salariés pouvaient alors croire le conflit terminé, ce que pouvait remettre en cause le maintien des poursuites disciplinaires.

Le moins que l'on puisse dire est que l'explication donnée par la Haute juridiction dénote un parti-pris très favorable au droit de grève, ce qui n'est pas une surprise compte tenu de la tendance lourde de la jurisprudence ces dernières années. Même si, dans le secteur privé, les salariés sont libres de se mettre en grève sans initiative syndicale préalable, les clauses conventionnelles de préavis ne leur étant d'ailleurs pas opposables (8), la présence dans le conflit d'un syndicat est de nature à laisser supposer que le différend présente un caractère *"collectif et professionnel"* et qu'il pourra donc être qualifié de grève. Comment ne pas d'ailleurs voir dans cette confiance accordée aux syndicats

représentatifs l'un des effets de la réforme de la démocratie sociale, qui a vu la légitimité des acteurs renforcée ?

On observera par ailleurs que dans cette affaire, il n'est plus fait référence au caractère ou non "*manifestement injustifié*" des sanctions envisagées à l'égard des premiers grévistes, comme cela avait pu être le cas dans des décisions anciennes. Cela ne signifie pas que, si les sanctions sont manifestement illégales, la grève de soutien n'est pas licite. Cela signifie, selon nous, que l'*a contrario* n'est pas exact et que ce n'est pas parce que les sanctions ne sont pas illicites que la grève de solidarité n'en est pas une, dès lors que les salariés ont pu croire que l'employeur tentait de porter atteinte au droit de grève en sanctionnant certains grévistes.

Le message délivré par la Chambre sociale de la Cour de cassation aux employeurs est des plus clairs : ne cherchez pas à éluder le régime protecteur du droit de grève pour justifier des sanctions prononcées à l'encontre de salariés ayant participé à un conflit, encore moins lorsque ce conflit a été syndicalisé.

Mais la voie des sanctions n'est pas fermée et l'employeur conserve la possibilité d'établir la preuve de fautes lourdes commises par les grévistes, ce qui a été le cas ici.

II — La faute lourde établie en raison de la participation à la séquestration d'un cadre de l'entreprise

La qualification de faute lourde retenue. Le pourvoi discutait également le refus de retenir la qualification de faute lourde, au regard des circonstances de l'espèce.

La cour d'appel avait, en effet, annulé le licenciement et retenu qu'il ressortait d'un constat d'huissier que le 12 mars 2010 vers 11 heures 30, plusieurs salariés, dont celui qui avait été licencié, s'étaient rassemblés dans la cour de l'entreprise, qu'à 11 heures 45 ils avaient pénétré dans les locaux administratifs et étaient restés dans le couloir face au bureau du directeur des ressources humaines de l'entreprise. L'huissier avait relevé qu'"*une personne extérieure à la société déclare qu'il y a séquestration du DRH et de la direction*" et qu'une liste de quinze personnes se trouvant dans le couloir et séquestrant le DRH est établie, que le directeur d'établissement, a appelé les gendarmes pour signaler la séquestration du DRH dans son bureau, que vers 13 heures 30, le directeur de l'établissement a demandé à nouveau aux gendarmes présents de faire évacuer les personnes extérieures à la société, que les personnes présentes dans le couloir ont quitté les lieux vers 15 heures 30 et que le Directeur a pu alors sortir de son bureau. Le salarié licencié ne démentait pas avoir été sur place le 12 mars, mais contestait avoir pris part à la séquestration tout en revendiquant avoir participé à un mouvement de défense du droit de grève. La cour d'appel avait toutefois écarté la faute lourde après avoir considéré que l'employeur n'invoquait pas un comportement particulier imputable à l'intéressé, et indiquait au contraire que son niveau d'implication dans les faits du 12 mars 2010 était similaire à celui des autres salariés et que s'il a été licencié c'est en raison du comportement fautif qu'il a adopté par ailleurs. La cour relevait enfin que ni les propos tenus par le salarié licencié le 24 février 2010 lors du mouvement de grève initial, ni son attitude lors de l'entretien préalable au licenciement, ni sa participation à l'action collective du 12 mars suivant ne révélaient d'intention de nuire.

Sur ce second moyen du pourvoi, la décision est cassée pour violation de l'article L. 2511-1 du Code du travail (N° Lexbase : L0237H9N). Pour la Haute juridiction, en effet, "*le salarié avait personnellement participé à l'action collective au cours de laquelle le directeur des ressources humaines avait été retenu de 11 heures 45 à 15 heures 30 dans son bureau, dont il n'avait pu sortir qu'après l'évacuation par les forces de l'ordre des personnes présentes, ce dont il résultait que le comportement du salarié était constitutif d'une faute lourde*".

Une qualification de faute lourde admise plus facilement. Si la qualification de grève s'impose largement, la qualification de faute lourde semble admise, dans cette affaire, avec une certaine compréhension qui tranche avec la rigueur manifestée ces dernières décennies.

Classiquement, en effet, la preuve d'une participation personnelle du salarié licencié à des fautes détachables de l'exercice normal du droit de grève constituait pour le juge le plus sur moyen de protéger les salariés, singulièrement lorsque le conflit, par hypothèse "collectif", ne permettait pas de dégager nettement le rôle précis joué par le salarié licencié (9).

Or, c'est une toute autre impression qui se dégage de cette décision.

Dans cette affaire, en effet, et autant qu'on puisse en juger à la lecture de la décision, la participation personnelle du salarié aux faits litigieux, en l'occurrence la séquestration d'un cadre de l'entreprise, ne semblait pas évidente. L'intéressé avait bien admis avoir fait parti du groupe de grévistes présent ce jour là dans les locaux de la direction, mais il n'avait pas avoué avoir personnellement empêché ce dernier de quitter son bureau. Cette relative incertitude n'empêche pas ici la Haute juridiction de considérer que la faute lourde devait être établie, dès lors que la présence du salarié dans le groupe des grévistes impliqués dans ces événements n'était pas discutée, et que c'est bien ce

groupe qui avait entravé la liberté d'aller et venir du cadre. La preuve d'une participation personnelle du salarié est donc largement facilitée par le jeu d'une sorte de présomption de participation personnelle établie à partir de deux éléments, la participation au groupe des grévistes et l'implication de ce groupe dans la séquestration (10).

Cette solution n'est pas sans rappeler la jurisprudence dégagée en matière de responsabilité civile qui considère qu'il est possible de condamner à réparer les conséquences de dommages causés par le membre indéterminé d'un groupe déterminé, celui qui a volontairement participé à ce groupe et qui n'ignorait pas le caractère illicite de l'activité de ce groupe (11).

Le recours à des présomptions graves, précises et concordantes pour imputer une faute lourde à un gréviste n'est pas en soi condamnable, tant le déroulement des conflits empêche toute certitude. Il reste à espérer que la Haute juridiction se montrera vigilante pour éviter des dérives dans le recours à de telles présomptions.

(1) Dans la même affaire, voir le second arrêt rendu le même jour : Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-12.561, FS-D (N° Lexbase : A2651MTD).

(2) La Cour de cassation a depuis 1993 clarifié sa position en termes de qualification, en rejetant l'expression de "grève illicite", et qualifie largement de "grève" des conflits collectifs, quitte à se montrer plus conciliante sur la qualification de faute lourde qui justifie le licenciement des grévistes fautifs : Cass. soc., 16 novembre 1993, n° 91-41.024 (N° Lexbase : A6673ABR), Dr. soc., 1994, pp. 35-39, rapport P. Waquet, note J. — E. Ray.

(3) Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 04-16.114, FS-P (N° Lexbase : A3427DMU), Dr. soc., 2006, p. 470, obs. P. — Y. Verkindt.

(4) Cass. soc., 16 novembre 1993, n° 91-41.024, préc. : *"l'arrêt de travail était destiné à soutenir un ouvrier qui avait été licencié après avoir refusé d'exécuter un travail, au prétexte que le local, que son employeur lui demandait de nettoyer, n'était pas son lieu de travail ; que, dès lors que le licenciement n'impliquait rien d'autre que la faute personnelle du salarié sanctionné et qu'aucune revendication professionnelle n'était en cause, elle a décidé à bon droit que l'arrêt de travail ne constituait pas l'exercice du droit de grève"* ; Cass. soc., 5 janvier 2011, n° 10-10.685, FS-P+B (N° Lexbase : A7516GNP).

(5) Cass. soc., 30 mai 1989, n° 86-16.765, publié (N° Lexbase : A2016AH7) (salarié mis à pied trois jours pour avoir projeté de la peinture sur un agent de maîtrise : pas manifestement abusif) ; Cass. soc., 16 novembre 1993, préc..

(6) Cass. soc., 5 janvier 2011, n° 10-10.685, FS-P+B, préc. : *"l'action entreprise par les salariés pour soutenir un délégué syndical menacé de licenciement n'était pas étrangère à des revendications professionnelles qui intéressaient l'ensemble du personnel et était une grève licite"*.

(7) Ce qui était le cas dans l'arrêt du 5 janvier 2011, préc..

(8) Depuis 1995 : Cass. soc., 7 juin 1995, n° 93-46.448 (N° Lexbase : A2101AA3) : RJS, 1995, n° 933, chron. J. Déprez, pp. 564-565 ; Dr. soc., 1996, pp. 37-42 ; D., 1996, p. 75 ; Cass. soc., 12 mars 1996, n° 93-41.670 (N° Lexbase : A2055AAD), RJS, 1996, n° 439 ; Cass. soc., 17 juillet 1996, préc., RJS, 1996, n° 1079.

(9) Dernièrement Cass. soc., 15 décembre 2010, n° 09-43.075, inédit (N° Lexbase : A2517GNK).

(10) Pour des condamnations en raison de faits de séquestrations : Cass. crim., 8 janvier 1980, n° 78-94.058, publié (N° Lexbase : A5583CGU), Jurispr. sociale UIMM, 1980, p. 434 ; Cass. soc., 28 octobre 1997, n° 95-43.820 (N° Lexbase : A8811AGG), Gaz. Pal., 24 et 25 décembre 1997, Pan., p. 335 ; Cass. soc., 18 décembre 2002, n° 00-44.259, F-D (N° Lexbase : A4968A4R).

(11) A propos d'une expédition punitive : Cass. civ. 2, 2 avril 1997, n° 95-14.428 (N° Lexbase : A0466ACA), Bull. civ. II, n° 112 ; JCP éd. G, 1997, I, 4068, n° 11, obs. G. Viney.

Décision

Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-12.562, FS-P+B (N° Lexbase : A2661MTQ)

Cassation (CA Douai, ch. soc., 21 décembre 2012, n° 12/02 055 N° Lexbase : A8704IZE)

Texte visé : C. trav., art. L. 2511-1 (N° Lexbase : L0237H9N)

Mots clef : grève ; faute lourde ; séquestration

Lien base : (N° Lexbase : E2523ETM)