

Professeur :
Madame M.-A. FRISON-ROCHE

Maîtres de conférences :
Madame S. BOUDIBA
Madame L. GUIDI
Monsieur B. NESPOULOU
Monsieur G. ROYER

LES GRANDES QUESTIONS DU DROIT

Conférence de méthodes n° 7 : - LE PROCES -

OBJECTIF DE LA CONFERENCE :

« *L'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves* » (J. Bentham, Traité des preuves judiciaires, t. I, Bossange, 2^eéd., 1830, p. 3).

C'est sans doute cette citation qui résume le mieux la place essentielle qu'occupe la théorie des preuves au sein du procès, qu'il soit civil, pénal ou administratif.

De manière très synthétique, dans chaque procès se posent trois questions portant sur la preuve : que prouver ? Qui le prouve ? Comment le prouver ?

S'agissant ainsi de la question de la charge de la preuve (qui correspond à la question « qui le prouve ? », il est de principe que c'est sur le demandeur que pèse la charge de la preuve en application de l'article 1315 du Code civil. Pourtant, les tendances contemporaines du droit français démontrent un certain affaiblissement du principe. Ainsi, en matière de discrimination, le droit français tend une dissociation entre la charge de l'allégation et la charge de la preuve entre les parties. Les étudiants pourront constater cela autant dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (**Document n° 1**) que dans celle de la Cour de cassation (**Document n° 2**).

S'agissant ensuite de l'administration de la preuve, les étudiants seront ensuite confrontés à une autre question brûlante du droit de la preuve : un élément de preuve collecté de manière déloyale peut-elle versée au dossier de la procédure ? A cet égard, ils ne pourront que constater que le principe de loyauté en droit processuel demeure à géométrie variable et semble différemment apprécié en droit administratif (**Document n° 3**), en droit civil (**document n°4**) et en droit pénal (**document n° 5 et n° 6**).

DOCUMENT n° 1 :

Conseil d'État
N° 298348

Publié au recueil Lebon
Assemblée

[...]

Vu la requête, enregistrée le 24 octobre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour Mme Emmanuelle A, épouse C, demeurant ... ; Mme A, épouse C demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir, d'une part, le décret du 24 août 2006 portant nomination dans la magistrature en tant qu'il la nomme vice-présidente chargée de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux et qu'il nomme Mme Eva B, épouse D, à l'administration centrale à compter du 1er septembre 2006, d'autre part, l'arrêté du 29 août 2006 portant nomination de Mme B, épouse D, juge de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux, en qualité de chargée de formation à l'Ecole nationale de la magistrature à compter du 1er septembre 2006 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la Constitution, notamment son Préambule et les articles 1er, 55 et 88-1 ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, et notamment son article 13 ;

Vu le décret n° 99-1073 du 21 décembre 1999 régissant les emplois de l'Ecole nationale de la magistrature ;

Vu le code de justice administrative ;

[...]

Considérant que Mme A a demandé, dans sa requête introductive d'instance, l'annulation, d'une part, du décret du 24 août 2006 portant nomination dans la magistrature en tant qu'il la nomme vice-présidente, chargée de l'application des peines, au tribunal de grande instance de Périgueux, et en tant que, selon elle, il nommerait Mme B au sein de l'administration centrale, d'autre part de l'arrêté du 29 août 2006 du garde des sceaux, ministre de la justice, portant nomination de Mme B, juge de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux, en qualité de chargée de formation à l'Ecole nationale de la magistrature à compter du 1er septembre 2006 ;

Sur les conclusions de la requête dirigées contre le décret du 24 août 2006 en tant qu'il nomme Mme A vice-présidente, chargée de l'application des peines, au tribunal de grande instance de Périgueux :

Considérant que, par un mémoire enregistré le 17 janvier 2007, la requérante s'est désistée de ces conclusions ; qu'il convient de lui en donner acte ;

Sur la recevabilité des autres conclusions de Mme A :

Considérant qu'à la suite de ce désistement, Mme A a limité ses autres conclusions à l'encontre du décret du 24 août 2006 à la contestation de la nomination à l'administration centrale de Mme B ; qu'en l'absence d'une telle mesure dans le décret attaqué, que fait valoir à juste titre le garde des sceaux, ministre de la justice, ces conclusions ne sont pas recevables ; qu'en revanche Mme A a intérêt à agir contre l'arrêté du 29 août 2006, dès lors qu'elle est susceptible d'occuper la fonction à laquelle Mme B a été nommée par cet arrêté ; qu'ainsi ses conclusions à fin d'annulation de cet arrêté sont recevables ;

Sur l'intervention du Syndicat de la magistrature :

Considérant que le litige relatif à la nomination de Mme A comme vice-présidente chargée de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux prend fin par suite du désistement dont il est donné acte par la présente décision ; que dès lors l'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien des conclusions dont Mme A s'est désistée est devenue sans objet ;

Considérant que, dès lors que les conclusions de Mme A dirigées contre le décret du 24 août 2006 sont irrecevables, l'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien de ces conclusions est également irrecevable ;

Considérant, en revanche, que le Syndicat de la magistrature a un intérêt de nature à justifier son intervention au soutien des conclusions de la requête de Mme A en tant qu'elles sont dirigées contre l'arrêté du 29 août 2006 ; que, par suite, son intervention est recevable dans cette mesure ;

Sur la légalité des décisions attaquées :

Considérant que Mme A soutient, à l'appui de sa requête, que le garde des sceaux, ministre de la justice, aurait commis une erreur de droit en écartant sa candidature au poste de chargé de formation à l'Ecole nationale de la magistrature en raison de son engagement syndical et aurait entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation en préférant celle de Mme B ;

Considérant que la requérante invoque le bénéfice des règles relatives à la charge de la preuve fixées par l'article 10 de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, dont le délai de transposition expirait le 2 décembre 2003, antérieurement à la date des décisions attaquées, alors que cette disposition n'a été transposée de manière générale que par l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Considérant que la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle ; que, pour chacun de ces deux motifs, il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques ; que tout justiciable peut en conséquence demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives ; qu'en outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10 de la directive du 27 novembre 2000 : 1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. / 2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à l'adoption par les Etats membres de règles de la preuve plus favorables aux plaignants. / 3. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux procédures pénales. / 4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également à toute procédure engagée conformément à l'article 9, paragraphe 2. / 5. Les Etats membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente. ; qu'en vertu du cinquième paragraphe de cet article, les dispositions précitées relatives à l'aménagement de la charge de la preuve n'affectent pas la compétence laissée aux Etats membres pour décider du régime applicable aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ; que tel est l'office du juge administratif en droit public français ; qu'ainsi, eu égard à la réserve que comporte le paragraphe 5 de l'article 10, les dispositions de ce dernier sont dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative ;

Considérant toutefois que, de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une

telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'à l'appui de ses allégations, Mme A se fonde sur des éléments de fait, tenant tant à la qualité de sa candidature qu'à des procédures antérieures de recrutement à la fonction de chargé de formation pour l'application des peines à l'Ecole nationale de la magistrature, pour soutenir que cette candidature aurait été écartée en raison de ses responsabilités syndicales connues de l'administration ; que ces éléments de fait sont corroborés par une délibération en date du 15 septembre 2008 de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, que cette dernière a entendu verser au dossier de la procédure en application de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 ; que, si ces éléments peuvent ainsi faire présumer l'existence d'une telle discrimination, il ressort des pièces du dossier et, notamment, des éléments de comparaison produits en défense par le garde des sceaux, ministre de la justice que la décision de nommer Mme B plutôt que Mme A au poste de chargé de formation à l'Ecole nationale de la magistrature repose sur des motifs tenant aux capacités, aptitudes et mérites respectifs des candidates ; que la préférence accordée à la candidature de Mme B procédait en effet d'une analyse comparée des évaluations professionnelles des deux magistrates et des appréciations que comportait l'avis motivé en date du 10 avril 2006 établi, conformément à l'article 12 du décret du 21 décembre 1999 régissant les emplois de l'Ecole nationale de la magistrature, en vigueur à la date de la décision attaquée, par la commission de recrutement mise en place par l'école ; qu'elle était également en correspondance avec les critères fixés préalablement dans la description du poste publiée par l'école, tenant au fonctionnement et aux caractéristiques de l'équipe pédagogique, ainsi qu'aux capacités linguistiques requises par ses missions internationales ; que, dans ces conditions, ce choix, même s'il n'était pas celui du directeur de l'école, dont l'avis était prescrit par l'article 10 du même décret, doit être regardé comme ne reposant pas sur des motifs entachés de discrimination ; que, dès lors, il n'est pas entaché d'erreur de droit ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient la requérante, il ne ressort pas des pièces du dossier que le choix de Mme B est entaché d'erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête de Mme A ne peut qu'être rejetée, ainsi, par voie de conséquence, que ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1er : Il est donné acte du désistement des conclusions de la requête de Mme A dirigées contre le décret du 24 août 2006 en tant que ce décret la nomme vice-présidente, chargée de l'application des peines, au tribunal de grande instance de Périgueux.

Article 2 : Il n'y a pas lieu de statuer sur l'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien des conclusions dont Mme A s'est désistée.

Article 3 : L'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien des autres conclusions de Mme A dirigées contre le décret du 24 août 2006 n'est pas admise.

Article 4 : L'intervention du Syndicat de la magistrature au soutien des conclusions de Mme A dirigées contre l'arrêté du 29 août 2006 est admise.

Article 5 : Le surplus des conclusions de la requête de Mme A est rejeté.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à Mme Emmanuelle A, épouse C, à Mme Eva B, épouse D, au Syndicat de la magistrature et à la ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés.

Une copie en sera adressée, pour information, à la Haute Autorité pour la lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

DOCUMENT n° 2 :

**Cour de cassation
chambre sociale**

Audience publique du 24 septembre 2008

N° de pourvoi: 06-45747 06-45794

Publié au bulletin

[...]

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité joint les pourvois n° Z 06-45.747 et A 06-45.794 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a été engagée le 27 mars 1969 en qualité d'agent stagiaire surveillant par la Régie autonome des transports parisiens (RATP) ; que le 7 mars 1996, à la suite d'arrêts de travail pour maladie, la commission médicale de la RATP a estimé que la salariée était devenue inapte à tout emploi à la Régie ; que cette décision a été confirmée le 9 avril 1996 par la commission médicale d'appel ; que Mme X... a alors été réformée à effet au 15 mars 1996 ; qu'ayant saisi la juridiction prud'homale, elle a été déboutée de ses demandes visant à obtenir sa réintégration et la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts ; que cette décision a été infirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 17 décembre 1999, qui a ordonné sous astreinte la réintégration de Mme X... dans son emploi à la RATP et a condamné l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour licenciement nul ; que Mme X... a été réintégrée dans son emploi à la RATP le 12 janvier 2000 au niveau EC1 et a été promue en mars 2000 au niveau EC2 avec effet rétroactif au 1er janvier 2000 ; que les pourvois formés à l'encontre de cet arrêt ont été rejetés par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 mai 2002 ; que la salariée a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir la condamnation de l'employeur au paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire pour reconstitution de carrière à l'échelon EC6, et de dommages-intérêts pour discrimination et harcèlement moral ;

Sur le moyen unique du pourvoi de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré irrecevables les demandes de Mme X... pour la période antérieure au 19 octobre 1999 et d'avoir accueilli sa demande principale de dommages-intérêts au titre de l'inégalité de traitement subie, alors, selon le moyen :

1°/ que toutes les demandes dérivant du contrat de travail entre les mêmes parties doivent, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, faire l'objet d'une seule instance, à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne se soit révélé que postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes ; qu'en l'espèce, après avoir jugé que les demandes relatives à la période antérieure au 19 octobre 1999 étaient irrecevables, la cour d'appel a examiné l'évolution de la carrière respective de la salariée et de celle de 16 de ses collègues, depuis leur réussite au concours d'agent de maîtrise en 1979, et spécialement depuis 1997, date de la mise en place de la nouvelle grille de classification ; qu'elle a ainsi jugé que « le rapprochement de ces faits est de nature à laisser supposer une inégalité de traitement au détriment de Mme X..., tant en ce qui concerne l'avancement que la rémunération, inégalité produisant des effets postérieurement au 19 octobre 1999 » ; que

ces effets étaient dès lors nécessairement générés par des causes antérieures qui en constituaient le "fondement" au sens de la loi ; qu'en se dispensant dès lors de rechercher, comme elle y était invitée, si Mme X... n'avait pas connu le fondement de sa demande actuelle avant le 19 octobre 1999, alors que l'instance initiale était encore pendante, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article R. 516-1 du code du travail ;

2°/ que, pour justifier cette absence d'examen, la cour d'appel a décidé de s'en tenir aux seuls « effets » de l'évolution comparative considérée, postérieurs à la date du 19 octobre 1999 ; que ce ne sont cependant pas ces effets qui déterminent la recevabilité des demandes mais la date du « fondement » de ces dernières ; qu'en justifiant dès lors sa décision au motif inopérant que la demande portait sur une période postérieure à 1999, la cour d'appel a privé sa décision de motif, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que pour décider que Mme X... avait subi une inégalité de traitement de la part de la RATP, en comparaison de la situation de seize salariés de référence, la cour d'appel a constaté que ces derniers avaient suivi une évolution de poste et de traitement, d'après des tableaux comparatifs, et que ces tableaux n'étaient pas contestés ; qu'en se déterminant ainsi, quand la RATP avait précisément contesté la pertinence de ces tableaux pour établir que les postes à pourvoir n'obéissaient à aucune règle d'automatisme mais relevaient du seul pouvoir d'appréciation de l'employeur, la cour d'appel a dénaturé les écritures de la RATP, en violation des articles 4 et 954 du code de procédure civile ;

4°/ que dans ses écritures, la RATP avait rappelé, dans la contestation qui lui est prêtée à tort de n'avoir pas soutenue, et par laquelle elle remettait en cause la pertinence des tableaux comparatifs présentés, qu'il n'y a en son sein aucune règle d'automatisme de l'avancement qui rendrait nécessaire une promotion par rapport aux autres, l'employeur appréciant seul l'aptitude des salariés aux postes à pourvoir ; qu'il s'ensuivait de ce régime réglementaire interne, qui justifiait à soi seul l'évolution distincte des salariés, que Mme X... ne pouvait subir aucune inégalité de traitement ni aucune "discrimination" salariale dès lors qu'elle n'avait aucune raison légitime de prétendre à une égalité de poste avec les seize autres salariés de référence, lesquels ont été l'objet d'une promotion en rapport avec leurs aptitudes personnelles respectives ; qu'en délaissant l'examen de cette argumentation décisive, présentée à l'appui d'une contestation prétendument inexistante, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 140-2 du code du travail ;

Mais attendu d'abord qu'il résulte de l'arrêt et des pièces de la procédure que la RATP n'a invoqué le principe de l'unicité de l'instance que pour faire déclarer irrecevables les demandes de Mme X... relatives à la période antérieure au 19 octobre 1999 et a indiqué que la cour d'appel devait limiter l'examen des faits de la cause et des demandes en résultant à la seule période postérieure au 19 octobre 1999 ; que le moyen, pris en ses deux premières branches, est contraire à la thèse soutenue devant les juges du fond ;

Et attendu ensuite que la cour d'appel, qui, hors toute dénaturation, a retenu que les tableaux comparatifs produits par la salariée étaient de nature à laisser supposer une inégalité de traitement tant en ce qui concerne l'avancement que la rémunération et que la RATP ne rapportait pas la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence de traitement, a légalement justifié sa décision ;

Mais sur le pourvoi de la salariée :

Vu les articles L. 122-49 et L. 122-52 du code du travail devenus les articles L. 1152-1 et 1154-1 du même code ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande, la cour d'appel a retenu qu'aucune des pièces produites par la salariée, qui consistaient essentiellement dans des échanges de courriers entre elle et la RATP et des certificats médicaux dans lesquels les praticiens reprenaient les dires de leur patiente sur les origines des troubles, ne permettaient de faire présumer un quelconque harcèlement de l'employeur à son encontre depuis sa réintégration ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans tenir compte de l'ensemble des éléments établis par la salariée, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir si les faits établis n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral, l'arrêt rendu le 12 septembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne la société Régie autonome des transports parisiens (RATP) aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Régie autonome des transports parisiens à payer à Mme X... la somme de

DOCUMENT n°3 :

CAA LYON

5 juillet 1994

Décision n° 92LY00392 92LY00619

Considérant que les requêtes susvisées sont dirigées contre quatre jugements en date du 20 juillet 1990 et du 16 janvier 1992 par lesquels le tribunal administratif de Nice, après avoir, par les deux premiers jugements du 20 juillet 1990, ordonné un supplément d'instruction, a rejeté par les jugements du 16 janvier 1992, d'une part, la demande de la société O'Palermo tendant à la décharge des compléments de taxe sur la valeur ajoutée auxquels elle a été assujettie au titre de la période du 1^{er} novembre 1979 au 29 février 1984 et, d'autre part, la demande de ladite société tendant à la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés auxquelles elle a été assujettie au titre des exercices clos les 31 octobre 1980, 1981, 1982 et 1983 ; que ces requêtes présentant à juger des questions semblables, il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul arrêt ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes ;

Considérant qu'à l'issue d'une vérification de comptabilité, dont la société O'Palermo qui exploitait au cours de la période litigieuse un restaurant à Nice a été l'objet, l'administration a constaté des omissions de recettes et des minorations de salaires et d'achats ; qu'après avoir écarté la comptabilité jugée irrégulière et non probante, le vérificateur a procédé à une reconstitution des recettes de l'entreprise et établi, selon la procédure de rectification d'office alors applicable, les suppléments d'imposition contestés qui découlent en totalité de cette reconstitution ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, en particulier de la notification de redressement en date du 8 octobre 1984, du mémoire et des pièces produits par l'administration devant le tribunal administratif de Nice en exécution du supplément d'instruction ordonné par celui-ci, que, pour reconstituer les recettes de la société, l'administration a, en premier lieu, ajouté aux recettes de ventes à consommer sur place comptabilisées au cours des exercices clos les 31 octobre 1980, 1981 et 1982 des recettes occultes dont elle a pu évaluer le montant à l'aide, d'une part, de tickets de caisse comportant la lettre K dont les mentions n'apparaissaient pas sur la bande de contrôle de la caisse enregistreuse et dont les montants n'étaient pas repris en comptabilité et, d'autre part, de photocopies relatives aux mois de juin et juillet 1982 d'une comptabilité occulte, dite « caisse noire » ; que, en second lieu, les omissions de recettes de même nature se rapportant à la période vérifiée postérieure au 31 octobre 1982 ont été évaluées à 15 % des recettes déclarées par extrapolation tant de l'évolution des pourcentages d'omissions constatées pour la période antérieure que des constatations effectuées par des agents de la brigade de contrôle et de recherche lors d'une intervention sur place opérée le 23 février 1984 ; qu'enfin la reconstitution des recettes de ventes à emporter et de communications téléphoniques a été opérée d'après les mentions figurant sur les feuillets susmentionnés de la « caisse noire » ;

Considérant qu'il est constant que les documents appartenant à la société, tickets de caisse K et photocopies de la « caisse noire », utilisés par l'administration, n'ont pas été saisis par les agents de la brigade de contrôle et de recherches lors de la perquisition, mais ont été ultérieurement remis à ceux-ci par un ancien salarié de ladite société qui les avait obtenus par des moyens frauduleux ; que ces documents ont été ensuite communiqués au vérificateur ;

Considérant que si l'administration fiscale peut établir des redressements sur la base d'éléments de preuve légalement admissibles de toute nature, elle ne peut, en revanche, valablement s'appuyer sur des pièces qu'elle a obtenues ou qu'elle détient de manière manifestement illicite ; qu'ainsi, une méthode de reconstitution des recettes d'une entreprise qui s'appuie principalement, comme en l'espèce, sur des moyens de preuve obtenus de cette manière est radicalement viciée ; que, par suite, la société O'Palermo doit être regardée

comme apportant la preuve qui lui incombe de l'exagération des impositions qu'elle conteste ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société O'Palermo est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nice a rejeté ses demandes en décharge desdites impositions ;

(Annulation du jugement attaqué et décharge des impositions contestées.)

DOCUMENT n° 4 :

**Cour de cassation
Assemblée plénière
Audience publique du 7 janvier 2011
N° de pourvoi: 09-14316 09-14667**

Publié au bulletin

Cassation

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi formé par la société Sony et le premier moyen, pris en ses première et deuxième branches, du pourvoi formé par la société Philips, réunis :

Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, 3 juin 2008, Bull. 2008, IV, n° 112), que la société Avantage-TVHA a saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence), de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles sur le marché des produits d'électronique grand public, en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause les sociétés Philips France et Sony France ; que ces sociétés ont demandé au Conseil de la concurrence d'écarter ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale ;

Attendu que pour rejeter leur recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence qui a prononcé une sanction pécuniaire à leur encontre, l'arrêt retient que les dispositions du code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien-fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ; qu'il retient encore que, devant le Conseil de la concurrence, l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément de preuve est opposé ; qu'il ajoute enfin que si les enregistrements opérés ont constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être écartés du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 avril 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

DOCUMENT n° 5 :

**Cour de cassation
chambre criminelle
Audience publique du 31 janvier 2012
N° de pourvoi: 11-85464
Publié au bulletin**

Rejet

[...]

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur les pourvois formés par :

- Mme Liliane X..., épouse Y..., représentée par son tuteur ad hoc, M. Olivier Z...,
- Mme Françoise Y..., épouse A..., parties civiles,

contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de BORDEAUX, en date du 28 juin 2011, qui, dans l'information suivie contre personne non dénommée des chefs, notamment, d'atteinte à l'intimité de la vie privée, utilisation d'un enregistrement obtenu par une telle atteinte, dénonciation calomnieuse, a dit n'y avoir lieu à annulation de pièces de la procédure ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 17 janvier 2012 où étaient présents : M. Louvel président, M. Straehli conseiller rapporteur, M. Blondet, Mmes Koering-Joulin, Guirimand, MM. Beauvais, Guérin, Finidori, Monfort, Buisson conseillers de la chambre, Mme Divialle, M. Maziau conseillers référendaires ;

[...]

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que Mme A...a porté plainte, le 19 décembre 2007, auprès du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre, pour des faits d'abus de faiblesse dont sa mère, Mme Y..., était, selon elle, victime de la part de membres de son entourage ; qu'au mois de janvier 2010, le procureur de la République a confié une enquête sur ces faits à la sous-direction de la police judiciaire, chargée des affaires économiques et financières à la préfecture de police de Paris ; que, le 10 juin 2010, Mme A...a fait porter à l'accueil de la brigade financière, à l'attention personnelle de l'officier de police judiciaire qui avait été chargé de l'enquête, des enveloppes et un étui contenant vingt-huit cédéroms, un courrier de son avocat à un huissier de justice attestant qu'elle avait un intérêt à faire retranscrire les enregistrements contenus sur ces supports, ainsi qu'une liasse de feuillets sur lesquels étaient dactylographiés les propos échangés entre sa mère et d'autres personnes, enregistrés sur six de ces supports ;

Que, le 14 juin 2010, Mme A...a confirmé au chef de la brigade financière qu'elle était à l'origine de cette transmission ; que ce fonctionnaire de police a rendu compte de ces faits au procureur de la République ;

Attendu que, par soit-transmis du 15 juin 2010, le procureur de la République de Nanterre a, sans viser d'infraction particulière, saisi conjointement la brigade financière et la brigade de répression de la délinquance de Paris d'instructions tendant à la retranscription du contenu des cédéroms, exécutées le jour même, les procès-verbaux établis à cette occasion qualifiant les faits concernés d'atteinte à l'intimité de la vie privée et de recel de ce délit ; que certains de ces enregistrements relataient des conversations entre Mme Y...et ses

avocats, M. Fabrice B...et M. Georges C...;

Que d'autres instructions du procureur de la République, en date également du 15 juin 2010, ont étendu les investigations à l'audition de Mme A..., à l'identification et à l'audition du maître d'hôtel de Mme Y... , désigné comme l'auteur des enregistrements et de leurs remise à la première, ainsi qu'à tous actes utiles ; que Mme A...a été entendue, de même que le maître d'hôtel, identifié en la personne de M. Pascal D...;

Attendu que le contenu de certains de ces enregistrements ayant été publié par un organe de presse dès le 14 juin 2010, plusieurs personnes concernées ont porté plainte auprès du procureur de la République du chef d'atteintes à l'intimité de la vie privée, M. Patrice E... le 16 juin 2010, Mme Y...et M. François-Marie F...le 18 juin 2010 ; que les officiers de police judiciaire auxquels ces plaintes ont été transmises ont procédé à l'audition des plaignants et d'autres personnes apparaissant dans les enregistrements ; que, notamment, Mme Y...et M. B...ont confirmé leur plainte initiale ou porté plainte ;

Que, le 2 juillet 2010, le procureur de la République a demandé aux officiers de police judiciaire de poursuivre les investigations sur ces faits et requis du laboratoire de la police technique et scientifique de Lyon un examen technique des enregistrements portant, notamment, sur les dates auxquelles ils avaient été effectués ; que le rapport du technicien a été déposé le 31 août 2010 ;

Attendu que, le 29 octobre 2010, le procureur de la République, regroupant les pièces de plusieurs enquêtes, a ouvert une information portant sur de multiples infractions, parmi lesquelles celles d'atteinte à l'intimité de la vie privée, de complicité et de recel de ce délit ainsi que de violation du secret professionnel ;

Attendu que, le 15 novembre 2010, les magistrats instructeurs codésignés ont saisi la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles aux fins de statuer sur la régularité de la procédure eu égard à la présence au dossier de la transcription de plusieurs conversations " relevant de l'exercice des droits de la défense ", entre, d'une part, Mme Y..., M. E... et M. G..., notaire, et, d'autre part, deux avocats, M. B...et M. C...; que, devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux, à laquelle la connaissance de l'affaire avait été renvoyée par arrêt de la chambre criminelle du 8 décembre 2010, Mme Y...et Mme A..., constituées parties civiles, ont, chacune, déposé une demande d'annulation des actes de la procédure réalisés préalablement au dépôt des plaintes pour atteinte à l'intimité de la vie privée et de la procédure subséquente ; que la chambre de l'instruction a dit n'y avoir lieu à annulation d'actes de la procédure ;

[...]

Les moyens étant réunis ;

Attendu que, pour rejeter le moyen de nullité pris du versement au dossier des enregistrements de conversations privées réalisés par le maître d'hôtel de Mme Y... à l'insu de celle-ci et de ses interlocuteurs, dont ses avocats, et des pièces subséquentes, l'arrêt relève notamment que ne peut être annulé un document, versé en procédure, qui est produit par un particulier, constitue une pièce à conviction et ne procède, dans sa confection, d'aucune intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique ; que les juges ajoutent qu'il en va également ainsi de la transcription de conversations échangées entre un avocat et un client, l'argumentation prise, d'une part, des dispositions de l'article 100-5 du code de procédure pénale, applicables aux seules interceptions de correspondances ordonnées par une autorité publique et, d'autre part, de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, relatif aux documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, étant inopérante ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, la chambre de l'instruction a justifié sa décision, dès lors que les enregistrements contestés ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de

l'article 170 du code de procédure pénale, et comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement, et que la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation ;

D'où il suit que les moyens ne sauraient être admis ;

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

REJETTE les pourvois ;

DOCUMENT n° 6 :

CONSEIL D'ETAT
statuant
au contentieux

N° 354108

REPUBLIQUE FRANÇAISE

Mme CORDIERE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Airelle Niepce
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies)

Mme Béatrice Bourgeois-Machureau
Rapporteur public

Sur le rapport de la 2^{ème} sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 7 novembre 2012
Lecture du 26 novembre 2012

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 16 novembre 2011 et 15 février 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour Mme Brigitte Cordière, demeurant 19, rue Pierre Cartelet, à Perpignan (66000) ; Mme Cordière demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler le jugement n° 0809428 du 15 septembre 2011 par lequel le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté sa demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du 2 juin 2008 par laquelle le directeur des ressources humaines de l'agence Ile-de-France Ouest de France Télécom a refusé de la réintégrer dans le département des Pyrénées-Orientales à l'issue de sa disponibilité pour convenance personnelle et ne lui a proposé qu'un emploi à Cergy pour être réintégrée, ainsi que de la décision du 10 juillet 2008 rejetant son recours gracieux, et à ce qu'il soit enjoint à France Télécom de lui proposer un emploi dans le département des Pyrénées-Orientales ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à sa demande ;

3°) de mettre à la charge de France Télécom le versement de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ;

Vu la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 ;

Vu le décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Airelle Niepce, Maître des requêtes en service extraordinaire,

- les observations de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de Mme Brigitte Cordière, et de la SCP Delvolvé, Delvolvé, avocat de France Télécom,

- les conclusions de Mme Béatrice Bourgeois-Machureau, Rapporteur public,

La parole ayant à nouveau été donnée à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de Mme Brigitte Cordière, et à la SCP Delvolvé, Delvolvé, avocat de France Télécom ;

1. Considérant que, pour rejeter le recours pour excès de pouvoir formé par Mme Cordière à l'encontre de la décision de France Télécom ayant refusé de lui proposer un emploi dans le département des Pyrénées-Orientales pour y être réintégrée à l'issue de la période de disponibilité dans laquelle elle avait été placée, en application de l'article 47 du décret du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'Etat, pour suivre son conjoint affecté dans ce département, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise s'est notamment fondé sur le motif qu'il « appartient à Mme Cordière, demandeur dans la présente affaire, de prouver que (...) des postes étaient disponibles dans ce département » et que l'intéressée « n'apporte pas la preuve qui lui incombe qu'à la date de la décision attaquée des postes étaient disponibles » ;

2. Mais considérant qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties ; que s'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance ; que, le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur ;

3. Considérant, dès lors, qu'en faisant supporter à Mme Cordière la charge de la preuve de l'existence d'emplois vacants dans le département dans lequel elle demandait à être réintégrée, le tribunal administratif

de Cergy-Pontoise a commis une erreur de droit ; que, par suite, Mme Cordière est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à demander l'annulation du jugement attaqué ;

4. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de Mme Cordière qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de France Télécom une somme de 3 000 euros à verser à Mme Cordière au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 15 septembre 2011 est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée au tribunal administratif de Cergy-Pontoise.

Article 3 : La société France Télécom versera à Mme Cordière la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de France Télécom tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à Mme Brigitte Cordière et à France Télécom.