



UNIVERSITÉ  
PANTHÉON-ASSAS  
- PARIS II -

# Revue de droit d'Assas

N° 12 Février 2016

## Le portrait

### **Yves Mayaud : un juriste tout en nuances !**

Par Marthe Bouchet, Julien Dubarry  
et Charlotte Dubois

## Le débat

### **Le recours aux ordonnances en droit privé**

Avec Laurent Leveneur et Yves Robineau

## Idées pour l'université

### **Comment sauver l'université ?**

Par François Barrière, Jérôme Chacornac, Benjamin  
Moron-Puech, Farah Safi et Jean-Fabien Spitz

## Le dossier

### **La bonne foi en droit privé**

Par Nicolas Balat, Jean-Sébastien Borghetti,  
Sarah Bros, Maximin de Fontmichel, Dorothee  
Gallois-Cochet, Mathilde Hautereau-Boutonnet,  
Blandine Mallet-Bricout et Édouard Treppoz

## Perspectives

### **Droit du travail**

Par Bernard Gauriau, Émeric Jeansen, Jean-Philippe  
Lhernould, Yannick Pagnerre et Bernard Teyssié

# Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas,  
12 place du Panthéon – 75005 Paris,  
en partenariat avec Lextenso éditions,  
70 rue du gouverneur général Félix Éboué – 92131 Issy-les-Moulineaux

**lextenso** éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier) et n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication : **Guillaume Leyte**

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

Directeur scientifique adjoint : **Nicolas Balat**

Conseillère de la rédaction : **Emmanuelle Filiberti**

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

**Guillaume Drago,**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Yves Gaudemet,**  
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Michel Humbert,**  
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Christian Larroumet,**  
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Yves Lequette,**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Laurent Leveueur,**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Martine Lombard,**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Denis Mazeaud,**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
ancien directeur scientifique de la revue

**Jacques-Henri Robert,**  
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Louis Vogel,**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
ancien président de l'Université

## COMITÉ DE RÉDACTION

**Rédacteur en chef :**  
Étienne Casimir

**Rédacteur en chef adjoint :**  
Antoine Touzain

**Responsable du développement :**  
Maxime Cormier

**Responsable du financement :**  
Guillaume Drouot

**Coordinatrice éditoriale :**  
Guygonne-Bettina Deker

**Membres du comité de rédaction :**  
Yannick Blandin, Aurore Boucher,  
Adrien Brochard, Kevin Cariou, Clara Derrien,  
Charlotte Dubois, Estelle Fragu, Diane Galbois,  
Paul Giraud, Jérémy Jourdan-Marques,  
Clotilde Lacotte, Elléa Ripoché

# L'intro

Étienne Casimir, rédacteur en chef

---

Qu'évoque le nombre 12 ?

C'est la question que votre serviteur s'est posée au moment d'écrire la page d'édito de cette (déjà !) douzième parution de la *RDA* et à laquelle il doit confesser n'avoir guère trouvé de réponse très divertissante...

Les mois de l'année, les coups de minuit, les... huitres ou les escargots ? Étonnamment, le nombre réveille aussi quelques souvenirs de somnolence scolaire où, dans un désordre défiant toute logique et toute chronologie, s'ébrouait le chien Cerbère de ce pauvre Hercule, poursuivant les tribus d'Israël, jusqu'aux portes de la nouvelle Jérusalem, avant que ne s'ouvrent celles du lycée...

Aucun risque d'assoupissement pourtant à la lecture du « numéro 12 » de votre *revue* ! D'autant moins qu'il se place résolument sous les auspices de la thématique sonore de... la musique.

Pour la partie clavier, vous pourrez découvrir le portrait du professeur Yves Mayaud exécuté, en hommage à ses grands talents de pianiste, non pas à quatre mais à six mains !

Sur le pupitre des cordes (sensibles) : une partition « Idées pour l'université » très engagée. La rubrique, inaugurée à l'occasion du précédent numéro, abrite dans cet opus des contributions qui élèvent le ton contre le montant des droits d'inscription à l'université, l'insuffisante ouverture pluridisciplinaire de l'enseignement du droit ou encore, de façon nuancée, contre le concours d'agrégation dans son actuelle mouture.

Quant à la partie vocale, taillée sur mesure pour le débat de votre *revue*, elle verra s'affronter dans un duo cordial le professeur Laurent Leveneur et le président Yves Robineau sur le thème du « recours aux ordonnances en droit privé ».

Dans un registre plus léger mais toujours « autour du droit », il sera également question de la vie (difficile) du thésard ou de la sélection (impitoyable) en master 2. Et, morceau choisi de ce numéro, un article est intitulé « La groupie du juriste » et ne peut se lire qu'en chantant...

Vous trouverez encore, sur la portée de cette douzième parution, un dossier consacré à « la bonne foi » et orchestré par l'association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains. Nous tenons à remercier infiniment les intervenants au colloque qu'elle a organisé l'année passée d'avoir accepté de publier leur contribution sur les aspects français de la question dans nos colonnes.

Enfin, la rubrique « Perspectives » de ce numéro est dédiée au droit du travail : les auteurs qui ont eu la gentillesse de se prêter au jeu, sous la direction du professeur Bernard Teyssié, ont choisi de s'interroger sur le phénomène de contractualisation de la discipline, sans doute à la recherche de l'accord parfait...

Pour achever cet intermède « édito-musical » et en sacrifiant à la numérologie, laissons les dernières mesures à la 12<sup>e</sup> symphonie de Chostakovitch, tout en lui préférant, pour vous présenter nos meilleurs vœux, l'hymne à la joie de Beethoven !

# Sommaire

---

## L'intro

Quelques mots du rédacteur en chef p. 1

## Grand Un Autour du droit

### Grand A - Du droit et des hommes

#### Petit un : l'Homme du droit

Yves Mayaud : un juriste tout en nuances !

*Marthe Bouchet, Julien Dubarry  
et Charlotte Dubois*

p. 5

#### Petit deux : droit au débat

Le recours aux ordonnances en droit privé

*Laurent Leveneur et Yves Robineau*

p. 9

### Grand B - Droit de regard

#### Petit un : variétés

Cauchemar universitaire

*Antoine Touzain*

p. 13

Les douze travaux de Thésarix le doctorant

*Maxime Cormier et Gabriel Sebban*

p. 16

La groupie du juriste

*Guillaume Drouot*

p. 18

Breakfast at Portalis'

*Diane Galbois*

p. 19

#### Petit deux : des idées pour l'université

Sauvetage de l'université et évolution des facultés de droit

*François Barrière*

p. 21

« Briser le monolithe » : Remarques – générales – sur un enseignement pluridisciplinaire du droit

*Jérôme Chacornac*

p. 28

État des lieux et propositions nouvelles

pour une évolution du concours d'agrégation de l'enseignement supérieur

*Benjamin Moron-Puech*

p. 37

Soyons fous, même à l'université !

*Farah Safi*

p. 45

Pour une augmentation des droits d'inscription à l'université

*Jean-Fabien Spitz*

p. 48

## Grand Deux Au tour du droit

### Grand A - Droit sans frontières

#### Petit un :

La bonne foi en droit des biens

*Blandine Mallet-Bricout*

p. 51

#### Petit deux :

Observations sur la bonne foi en droit des contrats

à la veille de la réforme. *Nicolas Balat*

p. 59

#### Petit trois :

La bonne foi en droit de la responsabilité civile

*Jean-Sébastien Borghetti*

p. 70

#### Petit quatre :

La bonne foi en droit de l'environnement

*Mathilde Hautereau-Boutonnet*

p. 75

#### Petit cinq :

La bonne foi en droit du marché. *Sarah Bros*

p. 85

#### Petit six :

La bonne foi en droit des sociétés

*Dorothee Gallois-Cochet*

p. 89

#### Petit sept :

Bonne foi et méthode conflictuelle

*Édouard Treppoz*

p. 97

#### Petit huit :

La bonne foi dans l'arbitrage

*Maximin de Fontmichel*

p. 104

### Grand B - Perspectives

#### Petit un :

Prolégomènes. *Bernard Teyssié*

p. 112

#### Petit deux :

La contractualisation du dialogue social

*Bernard Gauriau*

p. 116

#### Petit trois :

La contractualisation de la loi sociale

*Yannick Pagnerre et Émeric Jeansen*

p. 125

#### Petit quatre :

La contractualisation de la norme sociale

transnationale. *Jean-Philippe Lhernould*

p. 135

## Droits fois rien

La directrice scientifique défie les canons du plan juridique en proposant une conclusion qui n'en a pas le nom p. 143

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**Nicolas BALAT**, maître de conférences  
à l'Université Panthéon-Assas

**François BARRIÈRE**, Université Panthéon-Assas, qualifié aux fonctions de professeur des universités, président de l'ANDJCE, co-responsable du comité d'orientation des DJCE

**Marthe BOUCHET**, ATER à l'Université Panthéon-Assas

**Jean-Sébastien BORGHETTI**, professeur  
à l'Université Panthéon-Assas

**Sarah BROS**, professeur à l'Université d'Évry-Val d'Essonne

**Étienne CASIMIR**, docteur en droit de  
l'Université Panthéon-Assas

**Jérôme CHACORNAC**, maître de conférences  
à l'Université Panthéon-Assas

**Cécile CHAINAIS**, professeure à l'Université Panthéon-Assas, directrice du Centre de recherche sur la justice et le règlement des conflits

**Maxime CORMIER**, doctorant contractuel  
à l'Université Panthéon-Assas,  
chargé d'enseignement

**Guillaume DROUOT**, docteur en droit  
de l'Université Panthéon-Assas

**Julien DUBARRY**, maître de conférences  
à l'Université Panthéon-Assas

**Charlotte DUBOIS**, maître de conférences  
à l'Université Panthéon-Assas

**Maximin de FONTMICHEL**, maître de  
conférences à la faculté de droit de Versailles  
Saint-Quentin, vice-doyen de la faculté

**Diane GALBOIS**, ATER à l'Université  
Panthéon-Assas

**Dorothee GALLOIS-COCHET**, professeur  
à l'Université Paris-Dauphine

**Bernard GAURIAU**, professeur à l'Université  
d'Angers

**Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET**, maître  
de conférences à Aix-Marseille Université,  
chaire CNRS droit de l'environnement

**Émeric JEANSEN**, maître de conférences  
à l'Université Panthéon-Assas

**Laurent LEVENEUR**, professeur à l'Université  
Panthéon-Assas, directeur du Laboratoire  
de droit civil

**Jean-Philippe LHERNOULD**, professeur  
à la faculté de droit et des sciences sociales  
de Poitiers

**Blandine MALLET-BRICOUT**, professeur  
à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

**Benjamin MORON-PUECH**, Doctorant  
à l'Université Panthéon-Assas

**Yannick PAGNERRE**, professeur à l'Université  
de Poitiers

**Yves ROBINEAU**, président honoraire  
de la section de l'intérieur du Conseil d'État,  
membre du Conseil supérieur  
de la magistrature

**Farah SAFI**, maître de conférences à l'Université  
Panthéon-Assas

**Gabriel SEBBAN**, doctorant contractuel  
à l'Université Panthéon-Assas, chargé  
d'enseignement

**Jean-Fabien SPITZ**, professeur de philosophie  
à l'Université Panthéon-Sorbonne

**Bernard TEYSSIÉ**, professeur à l'Université  
Panthéon-Assas, président honoraire  
de l'Université

**Antoine TOUZAIN**, doctorant contractuel  
à l'Université Panthéon-Assas, chargé  
d'enseignement

**Édouard TREPPOZ**, professeur à l'Université  
Jean Moulin (Lyon III)

# Grand Un

## Autour du droit

### Grand A

#### Du droit et des hommes

##### Petit un

###### l'Homme du droit

**Yves Mayaud :**  
un juriste tout en nuances ! p. 5

##### Petit deux

###### droit au débat

**Le recours aux ordonnances**  
en droit privé p. 9

### Grand B

#### Droit de regard

##### Petit un

###### variétés

**Cauchemar universitaire** p. 13  
**Les douze travaux de Thésarix**  
le doctorant p. 16  
**La groupie du juriste** p. 18  
**Breakfast at Portalis'** p. 19

##### Petit deux

###### des idées pour l'université

**Sauvetage de l'université et**  
évolution des facultés de droit p. 21  
**« Briser le monolithe » : Remarques**  
– générales – sur un enseignement  
pluridisciplinaire du droit p. 28  
**État des lieux et propositions**  
nouvelles pour une évolution  
du concours d'agrégation  
de l'enseignement supérieur p. 37  
**Soyons fous, même à l'université !** p. 45  
**Pour une augmentation des droits**  
d'inscription à l'université p. 48

# Petit un du Grand A : l'Homme du droit

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un « Homme du droit » qui, par son parcours, a laissé son empreinte dans le monde juridique.

## Yves Mayaud : un juriste tout en nuances !

**Marthe Bouchet**

ATER à l'Université Panthéon-Assas

**Julien Dubarry**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

**Charlotte Dubois**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas



**M**ission nous a été donnée par la rédaction de la *RDA* de dresser le portrait d'Yves Mayaud, jeune retraité qui a quitté Assas après dix-huit années de bons et loyaux services. Afin de glaner des informations sur les thèmes que nous souhaitions aborder, rendez-vous a été pris par *texto* pour un entretien « *face-time* » avec ce Professeur high-tech ! C'est ensuite à une improvisation sur trois claviers que nous nous sommes livrés, pour essayer de décrire et de mieux faire connaître cet homme aux multiples talents. La musique a toujours tenu une place à part dans la vie d'Yves Mayaud. Faire de la musique avec lui permet de cerner quelques traits saillants du personnage comme une certaine approche de la vie. Mais ceux – ou plutôt, en l'espèce, celles – qui ont suivi ses enseignements et connaissent son parcours académique ont pu en connaître d'autres. Aucun de ces aspects ne pouvait donc être délaissé pour approcher une personnalité aussi riche.

**Yves Mayaud, libre.** Yves Mayaud était-il « programmé » pour être musicien ? Sa mère était certes pianiste aguerrie, mais cela ne prédisait rien des prédispositions ou envies de la descendance. Chez le jeune Yves, point de rejet comme on peut le constater parfois chez les enfants de musiciens, gavés par les exercices quotidiens imposés. Il n'y avait aucune contrainte : déjà, dans la transmission, il y avait cette liberté qui conditionne l'amour de l'art et sa pratique pleine et entière. Liberté qui se traduisait d'ailleurs dans la volonté de confier le jeune pianiste à divers professeurs de piano ayant des perceptions différentes de l'enseignement musical. La liberté dans l'enseignement, cela remonte donc à loin chez le Professeur Yves Mayaud, et il n'est pas exclu que sa pédagogie, tant appréciée des étudiants, soit marquée au sceau de sa formation musicale, laquelle, touchant à l'être même, façonne plus encore que tout enseignement de connaissances abstraites.

**Yves Mayaud, raisonnable.** Alors que se posait la question de savoir s'il allait faire de la musique son métier, ses parents l'en ont dissuadé, « et ils ont bien fait, dit-il, sans quoi je serais devenu un troubadour du métro ». Mais on ne laisse pas la musique ainsi sur le bord du chemin, elle vous rattrape toujours – ou plutôt, elle ne vous lâche jamais. Lorsqu'on demande à celui que Cupidon a rattaché à la famille du compositeur Albéric Magnard de définir la place de la musique dans sa vie actuelle, il répond sans hésiter « vitale ». De fait Yves Mayaud n'a jamais cessé de la pratiquer, en privé mais aussi en public, au piano ou à l'orgue, puisqu'il est titulaire de la tribune de l'église de Saint-Genis Laval. Et lorsqu'on s'enquiert de savoir si la musique est parfois envahissante, il rétorque d'un air étonné : « pas assez ! ». Alors, paradoxal, Yves Mayaud ? Voilà en effet un art relégué au second plan de sa vie active car n'offrant pas de perspective d'avenir professionnel suffisamment stable mais dont le sacrifice l'a visiblement très profondément atteint : « j'ai beaucoup souffert du manque de disponibilité pour la musique pendant la thèse et l'agrégation ». Cette souffrance procédait donc d'un choix conscient : celui d'un homme raisonnable qui avait déjà compris qu'on ne pouvait pratiquer la musique sans une exigence absolue, sans un don de soi total, et dont il n'était pas certain qu'il serait rétribué à sa juste valeur.

**Yves Mayaud, respectueux.** S'il a préféré le droit à la musique, Yves Mayaud avait parfaitement compris l'essence de l'art d'interpréter : se rendre disponible, pour un compositeur, et pour une partition surtout. Mais alors, une question devait être naturellement posée au pianiste-pénaliste : la partition, texte d'interprétation stricte ou support pour une libre recherche musicale ? Avec cette question, on approche la conception que se fait Yves Mayaud de la musique. Et sa réponse montre les limites du champ d'application de l'article 111-4 du Code pénal ! La partition, explique-t-il : « je la lis dans son esprit, il faut en rechercher la *ratio*... C'est un tremplin vers une transcendance personnelle ». Si l'on comprend bien ses paroles, la partition ne serait donc que le support d'un message dont l'interprète serait le passeur, dans sa langue et pour son public. Mais en présence de public justement, il convient de maîtriser ses ardeurs... Si seul face à son clavier, Yves Mayaud avoue ne pas se priver de « fantaisies riches en beauté » par rapport au texte gravé sur la portée, il admet se retenir devant un auditoire pour délivrer une interprétation respectueuse du texte, laissant néanmoins place à une certaine création. Le respect s'avère être une attitude fondamentale pour notre musicien. Le respect des œuvres présentées, qui le conduit à estimer sans concession que les mises en scènes d'opéras qui prennent trop de libertés avec l'œuvre originale devraient être interdites, mais aussi le respect des musiciens qui se produisent sur scène. En effet, lorsqu'on lui demande la première chose qu'il fait en entrant dans une salle de concert, il répond très spontanément : « j'ai peur pour l'interprète devant l'exploit à accomplir » ; avant d'ajouter sur un ton politiquement incorrect mais sincère : « c'est quand même autre chose que l'agreg' de droit... ».

**Yves Mayaud, penseur.** D'aucuns pourraient penser que le respect, de la partition notamment, a quelque chose de coercitif et qu'il exclut la possibilité d'une création par l'interprète – où l'on voit que les débats de juristes sont profondément universels... Ce n'est pas le cas et Yves Mayaud le sait mieux que quiconque en tant que pianiste et organiste. Lorsqu'on lui demande lequel des deux instruments il préfère jouer, sa réponse est immédiate : « le piano ! ». Pour lui « l'orgue fait illusion ». Que l'on comprenne : il est vrai que l'orgue impressionne par sa palette de timbres qui peut évoquer l'ampleur d'un orchestre symphonique. Mais l'interprète n'a aucune influence directe sur la production du son. Au piano, la sensibilité du toucher, le délié du jeu se ressentent bien davantage sur le son final. Le pianiste peut donc davantage créer le son que l'organiste. L'acte de création dans le processus d'interprétation. Voilà ce qui intéresse au premier chef Yves Mayaud. Et pour qui connaît l'immense artiste canadien, nul ne sera surpris qu'à la question sur l'interprète qui le touche le plus, Yves réponde immédiatement « Glenn Gould ». Gould était en effet un penseur de la musique, un architecte du son, ce qui ne peut laisser indifférent notre protagoniste, lui qui intellectualise longuement la partition pour en appréhender la structure avant de la jouer, notamment au cours de ses trajets entre Paris et Lyon. Dans ces conditions, rien d'étonnant que le compositeur qui le touche le plus soit Bach – plus précisément Bach interprété par Gould... Chez le Kantor de Leipzig, tout est superposition de voix. Rendre lisible cette écriture en contrepoint – c'est le mot qui reviendra le plus souvent dans l'entretien – en la tirant

de sa raideur mathématique, c'est ce que réussit Gould aux yeux d'Yves Mayaud et c'est ce qui le séduit. Pour lui, les neurones doivent trouver leur compte dans la musique. D'ailleurs, lorsqu'on demande à Yves Mayaud de choisir entre la Messe en si mineur de Bach ou la *Missa in tempore belli* de Haydn, le verdict est sans appel : la messe de Bach, car « Haydn est un compositeur académique, peu inspiré, un peu premier degré ». Cette opinion, pour le moins tranchée, se comprend dans la mesure où, à la manière de Gould, Yves est un penseur : la musique est une philosophie de vie, une quête de la perfection, peut-être même, comme chez Bach et tant d'autres, un acte de foi.

**Yves Mayaud, sensible.** Si on peut oser cette dernière expression, c'est qu'interpréter la musique nécessite de croire en quelque chose – ce qui ne signifie pas adhérer à toute obédience, le catholique Yves Mayaud avouant être « gêné par quelque chose dans la Flûte enchantée de Mozart »... Et il y a certaines musiques dans lesquelles notre musicien ne croit pour ainsi dire pas. Lorsqu'on aborde son rapport à la musique contemporaine, il estime qu'elle s'arrête à Ravel et Debussy qu'il adore. Et après ? « Non, sauf quand c'est Gould qui la joue ! »... Sauf que Gould n'a pu jouer d'œuvres postérieures à 1985... Et lorsqu'on lui parle de musique du XXI<sup>e</sup> siècle, il y a un blanc, comme s'il s'agissait d'un monde trop lointain, que même Dutilleux n'avait pas réussi à rapprocher suffisamment de Bach. Alors rétro, Yves Mayaud ? Ce serait mal comprendre le personnage. L'intellect se double d'une grande sensibilité : la musique doit le toucher avant qu'il ne puisse la penser. Il ne fait pas partie de ces interprètes froids qui ne pensent la musique qu'en termes d'abstraction et sont prêts à tout interpréter. À part Bach, qui occupe une place à part, le pianiste joue essentiellement Schubert, Schumann, Brahms ou encore Chopin. Bref on l'aura compris, c'est fondamentalement un grand romantique. Mais un romantique qui n'aime pas les effusions excessives, qui goûte peu l'extériorité – comme dans les relations humaines d'ailleurs. Ainsi lorsqu'on lui demande de choisir entre deux œuvres sacrées de Mendelssohn que sont le cantique de Syméon pour chœur *a cappella* ou le théâtral Psaume 42 pour chœur, orchestre et soprano solo, la réponse est immédiate : « le cantique de Syméon, car je retrouve la pureté de l'écriture musicale, l'exigence de perfection est plus accentuée dans la musique *a cappella* ». Le lyrisme exacerbé du Requiem de Verdi, trop opératique, n'a pas ses faveurs et la ferveur plus intérieure du Requiem de Fauré l'intéressera davantage. De même chez les interprètes, malheur à ceux dont les gestes ou mimiques ne seraient pas en adéquation avec le son : « Lang Lang fait plus de la promotion publicitaire pour des espadrilles ou des jeans que de la musique » ! Voilà le pianiste chinois habillé pour l'hiver... Finalement tous ces choix sont cohérents avec la définition qu'il donne au pied levé de l'artiste : « l'artiste, c'est une personne humble, qui ne fait pas de bruit, qui se nourrit d'intériorité et qui donne beaucoup par la transcendance qu'il porte en lui ». De cette définition, il ne faudrait pas croire que l'artiste qu'est Yves Mayaud serait un homme taciturne plongé dans ses partitions et insensible aux plaisirs terrestres. Devant un choix cornélien consistant à partir en pèlerinage sur la colline verte de Bayreuth ou rester à Lyon à déboucher quelques bonnes bouteilles, sa réponse montre que sa curiosité musicale se combine à une sensibilité certaine aux plaisirs de la vie : « j'irai bien à Bayreuth, car Gould, au travers de ses transcriptions, a révélé au piano la texture de la musique wagnérienne. Bayreuth est une expérience assez tentante... et puis on peut toujours apporter nos bouteilles ! ». Une idée de projet peut-être, car jusqu'à présent, sa passion du droit lui a laissé peu de temps libre.

**Yves Mayaud, juriste.** Renonçant à sa carrière de « troubadour du métro », le jeune Yves devait trouver sa voie. Quelles études choisir ? Trois disciplines étaient représentées dans la famille : les lettres, la médecine et le droit. C'est vers la troisième qu'il s'est dirigé, marchant ainsi dans les pas de son père et de son oncle. Le premier était juriste fiscaliste, quoi qu'également homme de lettres, lisant le latin et le grec dans le texte. Le second était un magistrat reconnu, qui a d'ailleurs achevé sa carrière comme président de la chambre sociale de la Cour de cassation.

C'est sans doute ce qui explique qu'au début, c'est la magistrature qui inspire l'étudiant Mayaud. Le professorat lui semble inaccessible : « quand je voyais un Professeur, c'était pour moi quelque chose que je ne pouvais envisager comme m'étant destiné. » Mais bien vite, il songe à ce métier « sans contrainte » et « de liberté », et il emprunte la « voie royale » pour y parvenir. Dans un premier temps, il commence à plancher sur *La faute du salarié* dans sa thèse avant de se raviser et de délaisser le droit social pour le droit pénal, passant « de la démagogie à la répression », nous dit-il. Le droit du travail

n'ayant été qu'un « incident de parcours », il affirme que ce qui l'a déterminé à choisir le droit pénal plutôt que le droit civil est sa rencontre avec le Doyen Decocq. Son ouvrage est pour Yves Mayaud une « petite révolution en soi », et il reconnaît tout le génie de son auteur. Tout naturellement, il lui demande de diriger sa thèse.

Yves Mayaud trouve alors sa voie dans *Le mensonge* : c'est là, ni plus ni moins, que le titre de sa thèse, rassurons-nous ! Cette thèse, il la travaille sans relâche, trouvant un plaisir certain dans l'écriture et il en garde aujourd'hui encore un « très bon souvenir ». Son souvenir du concours d'agrégation est beaucoup plus mitigé. Le face-à-face avec les autres candidats ne lui est pas agréable, et les épreuves lui semblent plus difficiles que la rédaction d'une thèse. Il aura sa revanche sur ce concours quelques années plus tard, lorsqu'on lui propose de siéger dans le jury. Néanmoins, malgré les sacrifices que représenta ce concours à ses yeux, il continue d'être convaincu qu'« il n'est pas de meilleur moyen d'accès au professorat que le concours d'agrégation ».

**Yves Mayaud, pénaliste.** Quel regard le Professeur Mayaud pose-t-il sur le droit pénal ? C'est une discipline qui « se cherche », « en quête d'équilibre » entre des intérêts contradictoires, d'une part la protection de la société, d'autre part la garantie des libertés individuelles. Alors, pour les concilier, il faut encore et toujours rechercher un équilibre fragile, parce que, comme il aime à le rappeler, « *in medio stat virtus* ». Et quand on demande naïvement au Professeur Mayaud si le droit pénal des amphithéâtres n'est pas très (peut-être même trop) éloigné de celui de la pratique judiciaire, si les grandes théories du droit pénal général ne sont pas absentes des plaidoiries des avocats, il nous oppose sa moue légendaire et nous rappelle avec force de conviction que « ce n'est pas parce qu'il y a une cuisine judiciaire, un bouillon, que, pour autant, il faut abandonner la théorie du droit. Au contraire, plus on cultive cette différence, plus il faut se rapprocher de la théorie, des grands principes directeurs afin d'avoir cette main courante rassurante ». Et de conclure ainsi : « la théorie s'impose d'autant plus que la pratique part à la dérive ». La messe est dite !

Son rôle de prophète du droit pénal français, Yves Mayaud l'a mis au service du petit livre rouge (entendons par-là, sans confusion possible, le *Code pénal* Dalloz), qu'il a minutieusement annoté. Ce « travail de bénédictin », comme il le décrit, fut colossal à sa création. Depuis, c'est un travail de maintenance qu'il effectue régulièrement : « ce sont mes gammes juridiques au quotidien ! »

**Yves Mayaud, charmeur ?** D'aucuns remarqueront qu'Yves Mayaud est un homme bien entouré ! Non seulement par les 95 % de femmes qui composent son Master 2 de droit pénal et sciences pénales, mais également par ses thésardes. Pourtant, il ne semble absolument pas se plaindre de ce diktat du sexe faible, loin de là ! Alors, charmeur Yves Mayaud ? Avec l'humilité qu'on lui connaît, il ne voit pas là le « résultat de son charme naturel » mais, plus prosaïquement, une féminisation des études de droit, et plus encore des carrières judiciaires. En tout cas, il rappelle son opposition à la mise en place de quotas masculins, considérant que seul le mérite doit déterminer l'admission en Master 2.

**Yves Mayaud, patriarce.** Musicien et professeur, Yves Mayaud est avant tout un père de famille comblé. Aucune de ses quatre filles ne se sera orientée vers les sciences humaines pour leur préférer les sciences dures. Peut-être, nous confie-t-il, est-ce à cause de la mauvaise image du juriste qu'il a véhiculée, lui qui travaillait jour et nuit, en semaine comme le weekend ou les vacances. Mais il nourrit l'espoir que l'un de ses petits-enfants s'engage à son tour dans les études de droit. Alors, on imagine mal Yves Mayaud, retraité comme un pantoufflard. À l'instar de sa carrière, sa retraite sera active et diversifiée. Bien sûr, il lui reste des thèses à diriger, et de la musique à interpréter, mais se dessinent déjà d'autres projets, de voyage notamment.

Dans ces quelques pages, on espère avoir montré ce qui fait d'Yves Mayaud un personnage si attachant et qui nous a conduits à accepter de dresser ce portrait nécessairement incomplet : un homme curieux et exigeant, en musique comme dans la science juridique ou les relations humaines, et un bon vivant. Ce n'est pas un Professeur qui a quitté l'Université, mais l'Université qui a perdu, plus qu'un enseignant, un homme aux multiples facettes qui lui a fait honneur pendant de nombreuses années. Les portes de l'Université Panthéon-Assas lui restent grandes ouvertes pour faire partager son art et délivrer peut-être d'autres messages, au moins aussi importants que ceux qu'il a pu faire passer en salle 110 ou dans les amphithéâtres de la rue d'Assas...

# Petit deux du Grand A :

---

## droit au débat

Le droit, c'est l'art de la controverse ! La RDA se mue, le temps d'une discussion, en une arène cordiale où s'affrontent deux spécialistes sur un thème polémique.

---

## Le recours aux ordonnances en droit privé

**Laurent Leveueur**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas  
Directeur du laboratoire de droit civil

**Yves Robineau**

Président honoraire de la section de l'intérieur du Conseil d'État  
Membre du Conseil supérieur de la magistrature

Débat organisé par **Nicolas Balat**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

*Le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution semble devenu une habitude des pouvoirs publics : de nombreuses réformes qui relèvent par principe de la compétence du Parlement au sens de l'article 34 de la Constitution sont déléguées au Gouvernement, comme en témoigne notamment la matière des contrats avec l'habilitation contenue dans la loi du 16 février 2015. Quelle appréciation porter sur ce phénomène ?*

### **Question 1 – Quels sont les avantages et inconvénients du recours à l'ordonnance de l'article 38 de la Constitution dans les matières de droit privé ?**

**Laurent Leveueur**

Un Gouvernement qui souhaite recourir à ce procédé recherche sans doute la rapidité et un moyen d'échapper à l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement. Toutefois ces avantages sont à relativiser, car il faut tout de même faire voter un projet de loi d'habilitation, qu'il faut bien insérer dans l'ordre du jour parlementaire et dont l'adoption peut prendre du temps : pour la réforme du droit des contrats, du régime général des obligations et de la preuve, la manœuvre de contournement du

Parlement a tout de même nécessité plusieurs lectures, et pris plus de quinze mois. Et ce n'est pas fini, car une fois une ordonnance promulguée, elle n'a qu'une valeur réglementaire tant qu'elle n'est pas ratifiée, ce qui a pour conséquence que sa légalité sur tel ou tel point peut être contestée en justice. Il est donc important de faire voter une loi de ratification, et ceci ne peut pas se faire par ordonnance ! L'avantage réel du procédé pour le Gouvernement se trouve donc sans doute surtout dans le moyen qu'il se donne d'éviter des amende-

ments parlementaires au texte qu'il veut édicter. Mais là encore cet avantage est à relativiser quelque peu, car la loi de ratification peut s'accompagner de modifications de fond : c'est par exemple ce qui s'est passé au sujet de la réforme de la filiation, réalisée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, et ensuite substantiellement modifiée sur plusieurs points par la loi de ratification du 16 janvier 2009. Mais peut-être le Gouvernement dispose-t-il de moyens de museler ou de maîtriser sa majorité parlementaire à cette occasion.

La méthode a en tout cas des inconvénients. Concrètement le pouvoir législatif se trouve confié à des techniciens qui n'ont pas la légitimité que procure aux parlementaires leur élection par le peuple : déficit démocratique ! En outre, c'est dans le secret de leurs ministères qu'ils discutent et élaborent le texte définitif de l'ordonnance. Un projet a certes pu être initialement diffusé, mais ensuite ses évolutions restent secrètes : à l'heure pourtant de la transparence, tout se passe dans l'opacité avec une ordonnance. C'est une grande infériorité du recours à l'ordonnance par rapport à la voie parlementaire classique qui passe par de nombreux travaux préparatoires officiels : exposé des motifs, rapports effectués par des députés et sénateurs au nom de leurs commissions (commission des lois, commissions économiques, etc.), puis débat en séance avec discussion sur les articles et sur les amendements proposés, tout cela étant fidèlement retranscrit au *Journal Officiel* dans la série Débats parlementaires. La connaissance de ces travaux peut être fort utile lorsque se pose par la suite une question d'interprétation, que la découverte de l'intention du législateur permet de résoudre. Rien de tel avec une ordonnance.

### Yves Robineau

L'article 38 de la Constitution est un mal sans doute inévitable, compte tenu de l'encombrement chronique de l'ordre du jour du Parlement, et de la nécessité de faire face aux urgences.

Sa mise en œuvre est strictement encadrée : la loi d'habilitation fixe la durée, le domaine et les finalités de cette délégation sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Le projet d'ordonnance est soumis à la consultation du Conseil d'État, dont l'avis est le plus souvent suivi. L'ordonnance publiée est elle-même soumise à un contrôle juridictionnel. Sa ratification par le Parlement, désormais expresse, permet au législateur de disposer du dernier mot.

Pourtant, malgré ce luxe de garanties procédurales, on peut légitimement ressentir un certain malaise quand cette procédure est utilisée dans certains domaines pour lesquels elle ne semble pas avoir été prévue, même si l'article 38 laisse au législateur une quasi-totale liberté à cet égard. En votant une loi d'habilitation, le Parlement fait le choix de déléguer temporairement ses pouvoirs dans un domaine qu'il semble ainsi regarder comme secondaire par rapport à d'autres.

Une telle réticence est d'autant plus compréhensible s'il s'agit de textes fondateurs, non seulement du fait de leur portée, mais aussi parce que leur réforme se justifie rarement par des considérations tirées de l'urgence.

C'est le cas des principes fondamentaux du droit privé (état des personnes, filiation, obligations...) mais on peut en dire autant d'autres domaines : on imaginerait mal, par exemple, que le Parlement renvoie à une ordonnance le régime juridique des activités de renseignement qui vient de faire l'objet de la loi du 24 juillet 2015. Même chose pour la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État.

## Question 2 – Que penser de l'utilisation de ce mécanisme pour la réforme du droit commun des contrats ?

### Laurent Leveuveur

Alors que de 1964 à 2001 toutes les grandes réformes du droit civil ont été réalisées tout à fait normalement, c'est-à-dire par voie parlementaire, voici que depuis quelques années le pouvoir exécutif affectionne le recours aux ordonnances, même en ce domaine : après la filiation et les sûretés réelles, voici le tour du droit commun des contrats. Ceci est pour le moins curieux. Car, avec Demolombe et Carbonnier, on peut dire que le Code civil

est véritablement *la loi constitutive de la société civile française* ; et le droit commun des contrats est une pièce importante de ce code : il ne se compose pas de petites mesures techniques sans grande importance qu'on pourrait laisser à des chefs de bureau. Les parlementaires, élus, sont ceux qui ont toute la légitimité pour légiférer dans cette matière qui concerne tous les Français et la vie économique du pays dans laquelle les contrats ont tant d'importance. En outre, des choix importants sont à effec-

tuer sur des questions de fond, si bien que le parcours parlementaire classique, avec des élus à l'écoute du peuple, aurait été bienvenu : ce parcours se compose de plusieurs lectures dans chacune des deux assemblées, Sénat et Assemblée nationale ; chaque lecture porte sur un texte officiel, porté à la connaissance du public, si bien que tout le monde a la possibilité d'attirer l'attention sur une difficulté que peut paraître soulever telle ou telle disposition envisagée, ce qui permet, le cas échéant, d'apporter une correction. La version finale du texte de l'ordonnance pose, elle, peut-être des difficultés sur certains points, mais elle ne sera rendue publique qu'après la promulgation.

Si le recours à l'ordonnance en ce domaine tient vraiment à l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement qui ne pourrait pas supporter un texte aussi volumineux que celui qui est en préparation – comme ce prétexte a volontiers été avancé –, alors on atteint le comble du phénomène de l'inflation législative qui frappe la France depuis le dernier quart du <sup>xx</sup>e siècle : le Parlement serait tellement encombré de textes les plus divers, souvent mal préparés si bien qu'il faut parfois y revenir ne serait-ce que quelques mois plus tard (comme la loi du 24 mars 2014 dite loi ALUR, qu'il a déjà fallu retoucher sur plusieurs points), que cela expliquerait qu'il faille soustraire à son examen les textes les plus importants ! Le moins qu'on puisse dire est que cela n'est pas un signe de bonne santé de notre système : « *corruptissima republica plurimae leges* », prévient Tacite. De son expérience de Garde des sceaux et de député, président de la commission des lois, Jean Foyer a tiré l'enseignement qu'un texte « fortement pensé et excellent-

ment écrit » passe bien au parlement car les parlementaires ont alors « scrupule à exercer leur droit d'amendement » (« Le Code civil de 1945 à nos jours », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 275 s., spéc. p. 283). Et si on légifèrait moins et mieux ?

### Yves Robineau

On peut imaginer plusieurs raisons à ce choix mais aucune ne convainc réellement.

La première tient à la longue maturation de ce projet, à l'association étroite de la doctrine et des praticiens, à la cohérence interne et à la qualité rédactionnelle du texte. Au moment où il décide de déléguer sa compétence, le Parlement a connaissance du projet et en approuve le principe.

La deuxième raison, sans doute décisive en l'espèce, est beaucoup plus terre à terre : du fait même de l'absence d'urgence, et de l'ampleur du projet, le risque est réel que l'examen par le Parlement soit reporté ou retardé jusqu'à l'enlisement.

Certains pourront par ailleurs craindre que, compte tenu notamment des lourds enjeux économiques qui s'attachent à ce projet de loi, ce bel ordonnancement risque d'être remis en cause par des amendements insuffisamment réfléchis quant à leurs conséquences.

À titre personnel, je ne partage pas cette marque de méfiance envers le législateur, lequel doit précisément se concentrer sur les textes essentiels. À condition de disposer du temps nécessaire, et de ne pas être noyé par le Gouvernement sous une avalanche de projets de loi, il sait se montrer à la hauteur des enjeux et contribuer à la qualité de notre corpus législatif.

## Question 3 – À quelles matières ou à quels sujets du droit privé devrait idéalement être limité le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution ?

### Laurent Leveneur

À des matières purement techniques, comme lorsqu'a été supprimé le régime des conservateurs des hypothèques et mis en place le service chargé de la publicité foncière fonctionnant sous la responsabilité de l'État (Ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010) ; ou encore pour les besoins de la transposition d'une directive (et l'on sait qu'aujourd'hui transposer veut presque dire recopier...) n'appelant plus aucun choix politique, aucune option à exercer, et portant sur des aspects sectoriels et techniques, comme par exemple en droit des assurances avec la directive 2009/138/CE dite Solvabi-

lité II du 25 novembre 2009, ce serpent de mer d'une complexité extrême que seuls des spécialistes très pointus parviennent à saisir, et dont la transposition vient d'être réalisée par l'ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015. En revanche lorsqu'un texte suppose des choix véritablement politiques, notamment parce qu'il concerne la vie des citoyens et l'organisation des rapports des personnes privées dans la société, le dessaisissement du Parlement devient beaucoup plus difficile à justifier. Les parlementaires ne manquent d'ailleurs pas de manifester leur hostilité à cet égard : est particulièrement topique la protestation des sénateurs

teurs, qui, à la quasi-unanimité, ont refusé de voter l'habilitation du Gouvernement à réformer par ordonnance le droit des obligations. Mais il y en a d'autres illustrations, comme lorsque des députés ont regretté que l'élaboration du texte sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015) ne fasse pas l'objet d'un débat parlementaire. Parfois la résistance du Parlement au dessaisissement est victorieuse : à l'été 2006, le Gouvernement n'a pas réussi à obtenir l'habilitation qu'il demandait afin de réformer la prescription en matière civile, et finalement c'est le processus législatif ordinaire qui a été suivi pour l'adoption de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ; on peut d'ailleurs remarquer que la procédure législative a été assez rapide, alors pourtant que le texte était important.

### Yves Robineau

La noblesse du Code civil devrait, en principe, le laisser à l'abri de modifications par voie d'ordonnance. L'exception constituée par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 relative à la filiation, bien que strictement encadrée par l'objectif d'égalité des enfants, m'a laissé un vif souvenir lors de son examen par le Conseil d'État, tant sa rédaction

relevait de l'horlogerie de précision. L'urgence était avérée car la France avait été condamnée par la Cour de Strasbourg.

Mais le « droit privé » couvre un champ suffisamment vaste pour qu'il soit possible d'y constater une évidente hétérogénéité au regard de la question posée. Le droit privé n'a ni plus ni moins vocation à être traité par ordonnance que le droit public.

L'usage le moins contestable de l'article 38 est l'édiction de lois de transposition de directives de l'Union européenne : l'urgence tient au risque, très souvent encouru, de ne pas respecter le délai imparti sous peine de lourdes condamnations et, surtout, l'exercice est largement contraint par les termes mêmes de l'acte européen qu'il s'agit d'incorporer dans le *corpus* juridique français. Le Parlement ne disposerait que d'une latitude très restreinte et les termes du débat sont en général très techniques.

Or c'est très souvent le droit privé qui est concerné comme le montre la mise en place progressive du « grand marché européen » : droit des sociétés, droit bancaire, droit de la consommation...

## Question 4 – Édouard Lambert avait popularisé l'expression de « gouvernement des juges » ; n'assisterait-on pas ici à l'avènement d'un « gouvernement du Gouvernement » en droit privé ? Qu'en penser ?

### Laurent Leveneur

Du moins constate-t-on ici que le Gouvernement en veut toujours plus – alors qu'il a déjà tant à faire avec ses attributions normales : on aimerait savoir combien de décrets sont en attente d'édiction ! La Constitution de la V<sup>e</sup> République organise un partage de la compétence normative entre le Parlement et le Gouvernement : au premier les matières limitativement énumérées par l'article 34, au second toutes les autres (article 37). En outre, pour les matières législatives, il dispose même de la possibilité de faire adopter des lois que sa majorité parlementaire n'apprécie guère (c'est l'article 49 alinéa 3, qu'on vient de voir à l'œuvre deux fois pour forcer l'adoption de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015). Mais cela ne suffit pas, et voici que le Gouvernement se fait attribuer la compétence législative dans une matière civile absolument fondamentale, alors qu'aucune urgence ne justifie de déposséder le Parlement. C'est sans doute un signe de ce que le Gouvernement se pense meil-

leur législateur que le Parlement. Est-ce si sûr ? Il y a d'excellents connaisseurs de la technique législative dans les deux assemblées...

### Yves Robineau

À l'exception des transpositions européennes, le droit privé est demeuré plutôt à l'abri d'un excès de recours à la procédure de l'article 38 de la Constitution, ce qui explique d'ailleurs l'émotion suscitée à l'occasion du projet de réforme du droit des contrats.

Rien ne permet d'interpréter ce choix procédural ponctuel comme s'inscrivant dans une tentation pour le pouvoir exécutif de modifier l'approche prudente qui a été la sienne jusqu'à ce jour.

Il faut garder à l'esprit que l'article 38 a une origine vertueuse puisqu'il encadre de garanties constitutionnelles une pratique du Parlement de la IV<sup>e</sup> République consistant à déléguer massivement au Gouvernement le pouvoir d'édicter la loi, ce qui a contribué au discrédit de ce régime.

# Petit un du Grand B :

---

## variétés

### Cauchemar universitaire

**Antoine Touzain**

Doctorant contractuel chargé d'enseignements,  
Université Panthéon-Assas

**Q**uel cauchemar ! Le changement de luminosité et la douce mélodie naturelle de ma chambre me sortent de ma torpeur. J'ordonne à mon réveil de s'éteindre, l'esprit encore embrumé. Je me remémore mes rêveries. Attablé à un bureau démodé, je m'arrachais les cheveux devant des piles de documents papier non numérisés, séparées en trois blocs. Candidatures ; rejets ; assignations pour violation de mon *droit* à<sup>1</sup> un Master 2. Quel cauchemar !

Je finis par me lever, m'étire, passe sous ma douche automatique, et me dirige vers la cuisine. Pendant que je déguste mes œufs chimiques solubles, mon mur intelligent résume la journée à venir. La séance de sport obligatoire – quel cauchemar... – est aujourd'hui fixée à quatorze heures, et mes vingt-deux partiels de fin de semestre sont prévus à neuf heures trente-deux. J'aurai largement le temps de m'occuper de mon choix d'orientation entre les deux ! Je m'habille et, m'apercevant de mon léger retard, descends quatre à quatre les escalators, pour monter dans mon véhicule *Hubert* sans chauffeur, qui m'attend depuis près de vingt-huit secondes. Direction le 12, place du Panthéon.

J'arrive juste à l'heure pour apposer mon empreinte digitale à vingt-deux reprises sur les fichiers centraux de l'Université. Quel cauchemar : il n'y a vraiment qu'à la fac que l'on doit encore se déplacer pour ce genre de choses... Je

récupère mon *Certificat de réussite présentielle* de Master 1, et laisse rapidement la place au candidat suivant, pour qu'il puisse lui aussi passer ses examens. Je m'arrête quelques instants dans la Cour d'honneur. C'est toujours avec émotion que je contemple la statue à la gloire de l'enseignement supérieur, et ses ornements gravés des grands principes à destination des étudiants. « L'inscription, c'est la réussite » ; « Étudier, c'est se détendre » ; « Les examens, c'est la présence ».

Peu inspiré par l'abord désertique du bâtiment, j'en sors. Pris d'une aussi surprenante que soudaine envie de marcher, je descends la rue Soufflot. Le *Comptoir* est fermé depuis bien longtemps, les universitaires ayant abandonné le quartier. Les librairies juridiques ne sont plus là, remplacées par des boutiques de tablettes juridiques informatisées *Hammurabi 2.0*<sup>2</sup>. Je contourne le Jardin du Luxembourg, fermé pour préservation de la faune et de la flore, et tente d'accéder au 92, rue d'Assas. Quel cauchemar : il y a un monde fou devant le centre, et il est bien difficile de se frayer un chemin pour y entrer.

Étonné par la taille de la foule, je ne suis guère moins surpris lorsque je jette un œil à la programmation du jour. *Jaws 19* dans l'amphithéâtre 1 ? Une représentation holographique d'Édith Piaf – qui ça ? – dans le grand amphithéâtre ? Comment peut-il y avoir autant de spectateurs

---

1. « Droit à » dont l'existence est pourtant parfois décriée. Sur le sujet, H. Synvet, « La sélection à l'entrée du Master 2 », *D.* 2015. 1200.

2. Il est historiquement intéressant de constater que le droit est venu des tablettes, et retourne aux tablettes, après un bref passage par l'imprimerie...

présents ? Je me cache les yeux, *quasi* aveuglé par le plafond lumineux et changeant du hall – depuis la privatisation de l'établissement, l'argent coule à flots, permettant d'intéressantes acquisitions... Quel cauchemar ! Chassant ces vilaines pensées, je m'oriente vers le *learning center*, dont la dénomination me fait, comme toujours, sourire, rare vestige des fonctions historiques du bâtiment.

Passées les portes du *learning center*, je m'assieds au fond de la salle, pour ne pas être dérangé. Il est vrai que le risque est faible : la salle est aussi vide que le hall est bondé, les gens venant pour se divertir et non pour s'infliger de l'apprentissage. Jetant un œil alentour, je réprime un sourire en constatant que le retraité habituel est là, persistant à venir visionner des MOOCs « par plaisir ». Mais quel plaisir y a-t-il à entendre, quelle que soit la matière, la même voix électronique, celle du Professeur Waldo ? Quel cauchemar ! Quand la compréhension des matières était nécessaire à la réussite aux examens, passe encore, mais aujourd'hui ? D'autant que le personnage finit par lasser, nul ne sachant quel professeur se cache derrière... S'il y en a encore un !

Mais c'est surtout l'individu qui est à l'autre coin de la salle qui m'interpelle. Cela fait des années qu'il est à cette même place, ses traits se creusant de plus en plus. Écrire une thèse à l'Université... Quel cauchemar ! Il n'y a vraiment que ceux appartenant à des vieilles familles, comme ce Steven Delvolzeaud, pour se lancer dans une telle aventure. Si ma mémoire ne me fait pas défaut – je vérifie dans ma base de donnée cérébrale, et c'est bien cela ! –, il tente d'élaborer une *Analyse critique de l'usucapion du grade de docteur*. C'est tout de même bizarre : pourquoi persister à vouloir réfléchir, lorsque le slogan du doctorat est devenu « patient trois ans, docteur toute sa vie » ?

Revenant à ma situation, je me connecte sur le portail Admission Post Master 1 et son fameux en-tête : « Les étudiants sont tous égaux mais certains sont plus égaux que d'autres ». L'onglet « établissements privés » ne m'intéresse guère : il est certain que je ne serai jamais pris dans les Grandes Écoles ou à Sciences Po ; et cela fait bien longtemps que, n'ayant pas les moyens, je me suis résigné à ne jamais intégrer les différentes

Écoles privées de droit. Même en faisant des pieds et des mains, il est évident que je ne serai pas admis, pour ne citer qu'elles, à la Haute Académie Nationale du Droit (HAND) ou à la Faculté d'Enseignements en droit de l'Entreprise et du Travail (FEET). La sélection par l'argent, quel cauchemar !

Résigné, je clique sur l'onglet « formations universitaires ». J'écarte les différents Mastères de droit – droit privé général, droit des affaires et fiscalité, droit et pratique des relations de travail, droit bancaire et financier, droit pénal et sciences pénales, droit public de l'économie, droit public approfondi, etc. Déjà que ce ne sont pas des diplômés d'État – même si les professionnels y recrutent massivement –, mais surtout, il est évident que, n'ayant pas eu les moyens de suivre des *Certificats d'excellence* en parallèle des études « normales », je n'ai aucun espoir... Autant éviter de payer les frais de dossiers de 15 000 bitcoins ! Reste alors le fourmillement de Masters 2. Il y en a tant... quel cauchemar ! Pour m'y retrouver, j'accède au forum de discussion « Rencontres du troisième cycle ».

Les étudiants y vantent chacun leur Master 2, ce qui me permet de m'intéresser à ceux qui ressortent le plus. Droit de l'eugénisme ? Ah non, quel cauchemar la sélection ! Droit de la génétique de Lille, dirigé par le Docteur Moreau ? Droit du « surtoutout »<sup>3</sup> de Limoges ? Ne sachant que choisir, je consulte les différents intitulés de cours. « De l'état à l'État d'urgence : explication d'une évolution irréversible », dans un Master 2 Histoire et Psycho-histoire du droit. « De l'enfermement conseillé par les précogs : peine ou mesure de sûreté ? », dans un Master 2 Droit pénal et préventif. « De Gény à Asimov : quelles méthodes d'interprétation pour les lois de la robotique ? » dans un Master 2 Théorie du droit. Voilà le genre de cours qui doivent être utiles pour trouver des débouchés par la suite !

Enfin, des débouchés... S'insérer dans la vie active lorsque l'on est diplômé de Master 2 d'une université relève de l'utopie : c'est un vrai cauchemar pour réussir professionnellement. Comment concurrencer les étudiants d'excellence et fortunés des Grandes Écoles, de Sciences Po, des Écoles privées de droit et des Mastères ? Chassez la sélection, et elle revient au galop, nous avait-on pourtant prévenus... Certes, quand le Chômage

3. Expression popularisée depuis l'article fondateur de P. Conte, « Le juriste augmenté », *Droit pénal*, déc. 2015, repère 11.

et la Retraite existaient, le système LMD-CR permettait de s'en sortir, mais aujourd'hui ?

Pestant contre cette nouvelle sélection insidieuse, privilégiant les plus fortunés, je me déconnecte du serveur : j'aurai bien le temps de m'occuper plus tard de mon inscription. Je décide de me changer les idées en allant dans le Grand Amphithéâtre. Je m'installe dans un siège confortable, appréciant la chaleur du lieu – le chauffage ayant été installé, là encore, depuis la privatisation du bâtiment. La musique est légère. « *Non, rien de rien ; non, je ne regrette rien* ». Je plonge progressivement dans la torpeur.

Quel cauchemar ! Je suis affalé sur mon bureau, des feuilles éparpillées partout autour de moi. J'ai dû m'assoupir sur mes documents d'entrée en Master 2... Je les ramasse, retombe sur un article de presse lu avant de m'assoupir : *la suppression de la sélection en Master 2 : un nouvel espoir ?* Je me remémore mon rêve... Quelle imagination ! Quelle vision caricaturale du futur ! Ce n'est pas tout, mais il faut me remettre au travail. Je dois finir de classer cette paperasse. Tout cela à cause de la sélection en Master 2... *Quel cauchemar !*

# Les douze travaux de Thésarix le doctorant

**Maxime Cormier**

Doctorant contractuel chargé d'enseignement  
à l'Université Panthéon-Assas

**Gabriel Sebban**

Doctorant contractuel chargé d'enseignement  
à l'Université Panthéon-Assas

**S**i la majorité des étudiants entend rejoindre les légions d'avocats et de magistrats, une poignée d'irréductibles continue encore et toujours à s'engager sur la voie doctorale pourtant semée d'embûches. Aussi, à l'instar d'Astérix le Gaulois<sup>1</sup>, Thésarix le doctorant devra sortir victorieux des douze travaux que lui réservent ses aventures afin que celles-ci trouvent une fin heureuse.

## **1. Battre les autres candidats pour la course au contrat doctoral**

La première épreuve qui attend Thésarix est une course, et non des moindres, puisqu'il s'agit tout bonnement de la course pour son contrat doctoral, qui lui permettra de débiter ses recherches dans des conditions des plus propices. Confronté à de sérieux candidats, avec lesquels il a pourtant pu nouer des liens d'amitié au cours du Master, l'aspirant doctorant devra se montrer à la hauteur et faire attention à garder la tête froide, afin d'éviter, comme ce malheureux Mérinos, de se faire assommer, non par un pommier, mais par un mur de vénérables professeurs...

## **2. Lancer sa thèse sur l'Olympe du droit**

Une fois son contrat doctoral obtenu, Thésarix s'apercevra de l'immense tâche qui l'attend : faire mieux que les thèses – parfois nombreuses – déjà réalisées sur son sujet. Doutant parfois de la pertinence de ses recherches, voire même de l'originalité de ses propos, Thésarix ne devra pas se décourager, et tâchera de faire mieux que ses prédécesseurs afin que sa thèse trône sur les rayons des plus grands éditeurs.

## **3. Vaincre Estudiantic le M1 lors d'un oral**

Lors des oraux que Thésarix sera amené à administrer, il lui arrivera de se retrouver face à des étudiants semblant maîtriser parfaitement la matière, ayant certainement passé plus d'heures que lui sur le thème de l'examen. Afin de ne pas perdre la face, Thésarix devra ruser. Sa technique ? Cuisiner l'étudiant de questions afin de voir si ce dernier est bel et bien brillant, ou n'est qu'un simple robot récitant le cours dont il s'est gavé la veille.

## **4. Résister à la tentation de la pause sans fin**

Fréquentant les diverses bibliothèques de l'Université afin de mener à bien ses recherches, Thésarix devra néanmoins résister à une tentation qui le guette à chaque instant : celle de la pause sans fin. Pour ce faire, il faudra prendre son courage à deux mains et adresser une réponse négative aux multiples propositions procrastinatrices des autres doctorants, véritables chantres de l'île du plaisir.

## **5. Soutenir le regard inquisiteur des commissions**

L'aventure doctorale étant ponctuée de passages devant plusieurs commissions composées de Professeurs et Maîtres de conférences, Thésarix devra soutenir sans sourciller leur regard lorsqu'il évoquera les objectifs ou encore l'état d'avancement de ses recherches. Pour que ces commissions se soldent par un succès synonyme de mission d'enseignement ou de statut d'ATER, il est recommandé de trouver parmi les membres

---

1. On rappellera que César avait accepté de reconnaître aux habitants du village gaulois le statut de dieux s'ils arrivaient à battre Mérinos à la course, lancer le javelot plus loin que Kermès le Perse, vaincre Cylindric le Germain lors d'un combat, affronter les prêtresses de l'île du plaisir, soutenir l'insoutenable regard d'Iris, le magicien venu d'Égypte, manger le repas préparé par Mannekenpex le Belge, le cuisinier des Titans, pénétrer dans l'ancre de la Bête, obtenir le laissez-passer A-38 dans la maison qui rend fou, traverser un ravin sur un fil invisible, au-dessus des crocodiles du Nil, escalader la plus haute montagne et répondre à l'énigme du Vénéral du sommet, dormir sur la plaine des Trépassés et participer aux jeux du Cirque Maxime.

de l'audience quelques regards amis à qui on pourra se rattacher pendant l'épreuve.

### **6. Participer à tous les cocktails sans indigestion**

Consacrant ses maigres ressources à l'achat d'ouvrages intéressant ses recherches, Thésarix devra mettre à profit toutes les occasions pour socialiser autour d'un verre et de petits fours gratuits, généralement en quantité imposante. Le vaillant doctorant devra ainsi participer à tous les *cocktails* suivant les colloques susceptibles de l'intéresser, sans faillir et en veillant à ce que ses braies ne deviennent pas trop serrées.

### **7. Pénétrer dans l'ancre de Cujas**

Pénétrant dans les magasins de Cujas à la recherche d'un ouvrage trop obscur ou trop onéreux pour faire partie des rayons de sa bibliothèque ou de celle de l'Université, Thésarix devra s'armer de courage. Outre qu'il aura à supporter le regard jaloux des simples étudiants obligés de patienter des heures pour obtenir le moindre document, Thésarix devra lui-même affronter la bête afin de récupérer le désiré ouvrage qu'il trouvera au cœur de ces rangées aussi accueillantes qu'une salle des archives de Berlin-Est.

### **8. Obtenir le laissez-passer A-38 dans la maison qui rend fou**

L'attention de Thésarix ne devra pas uniquement porter sur ses recherches ou les enseignements qu'il dispense tout au long de sa thèse. Le vaillant doctorant devra également effectuer une montagne de démarches administratives auprès d'une multitude de services dispersés aux quatre coins de l'Université comme la mission recherche ou encore les services des thèses, des ressources humaines et de la scolarité<sup>2</sup>.

### **9. La thèse ou la traversée du fil invisible**

Préparer une thèse, c'est un peu traverser un ravin sur un fil invisible au-dessus d'un nid de crocodiles. Il s'agit là d'un exercice de funambule très particulier pour le vaillant doctorant, où l'erreur serait en réalité d'avancer de manière si

prudente qu'il se retrouverait finalement pétrifié par la peur à mi-chemin. Thésarix sait au contraire qu'il faut ne pas avoir peur de se jeter dans le vide, et affronter ses difficultés une à une afin de rejoindre l'autre rive.

### **10. Monter dans les étages des centres Vaugirard et Assas pour répondre aux énigmes des étudiants**

Harassé par des nuits de correction et par l'ascension des centres Vaugirard et Assas, Thésarix, chargé de copies à rendre et de fiches à distribuer, devra rejoindre des salles débordantes d'étudiants. Malgré ces efforts déjà importants, Thésarix sera en outre confronté à des interrogations énigmatiques qui le feront parfois douter de ses qualités d'enseignant. À lui d'y répondre efficacement s'il veut libérer ces pauvres malheureux, et surtout rentrer chez lui avant l'aube.

### **11. Participer à une leçon de vingt-quatre heures**

Thésarix aura également l'occasion de prêter main-forte à ceux qui ont déjà accompli les douze travaux des doctorants lors de la fameuse leçon de vingt-quatre heures du concours d'agrégation, ces trépassés à la recherche du repos. L'occasion pour lui de travailler des heures durant sur des sujets parfois obscurs aux côtés de camarades et de candidats au visage miné par de trop nombreuses nuits blanches.

### **12. Soutenir la thèse**

Entouré par les siens, Thésarix devra surmonter une ultime épreuve face à un jury drapé de rouge : la soutenance de thèse. Après avoir défendu avec vigueur ses travaux pendant plusieurs heures qui lui paraîtront une éternité, Thésarix observera avec angoisse si les membres du jury lui adressent un *verso pollice* ou, au contraire, les formules d'usage synonymes de libération.

Comme toutes les aventures d'Astérix le Gaulois, celles de Thésarix le doctorant se termineront par un banquet, pour une fois organisé en son honneur, qui ne fait toutefois qu'augurer de nouvelles péripéties.

2. Un camarade dont on taira le nom – mais qui avait pu manifester son intérêt pour les aventures d'Astérix le Gaulois dans la cinquième parution de cette *Revue* – avait suggéré que nous comparions les services administratifs de l'Université à une hydre dont les têtes ne repousseraient pas après 15h30.

# La groupie du juriste

**Guillaume Drouot**

Docteur en droit

« Elle passe ses nuits sans dormir  
À gâcher son bel avenir, »  
La groupie du juriste  
elle l'regarde plaider dans sa glace  
prenant la place de la contumace  
La groupie du juriste  
Elle vit dans un monde onirique  
subjugée par sa rhétorique  
Qu'est-ce qu'elle aim'rait l'accompagner  
le suivre partout dans le palais  
rêvant d'être l'accusée

Elle passe sa vie à l'entendre  
sans ne jamais rien comprendre  
La groupie du juriste  
Elle le voit entourée de codes  
soupirant près de la commode  
La groupie du juriste  
Qu'il soit notaire ou avocat,  
huissier ou professeur de droit  
elle vit pour un passionné  
Et elle s'imagine au palais  
rêvant d'être l'accusée

« Elle l'aime, elle l'adore  
Plus que tout elle l'aime  
C'est beau comme elle l'aime  
Elle l'aime, elle l'adore  
C'est fou comme elle aime  
C'est beau comme elle l'aime »

Elle connaît sa bibliothèque  
Elle est abonnée à Litec  
La groupie du juriste  
Elle nomme son désiré Dalloz  
voyant en lui un virtuose  
La groupie du juriste  
Elle subit ses effets d'manches  
espérant le voir dimanche  
mais c'est le jour des condamnés  
il va toujours les visiter  
elle est un peu désabusée

Elle sait repasser sa robe  
pour qu'il ait toujours l'air probe  
La groupie du juriste  
Quand il lui parle de justice  
Elle oublie tous ses préjugés  
La groupie du juriste

Elle vit dans un monde onirique  
subjugée par sa rhétorique  
Qu'est-ce qu'elle aim'rait l'accompagner  
le suivre partout dans le palais  
rêvant d'être l'accusée

« Elle l'aime, elle l'adore  
Plus que tout elle l'aime  
C'est beau comme elle l'aime  
Elle l'aime, elle l'adore  
C'est fou comme elle aime  
C'est beau comme elle l'aime »

# Breakfast at Portalis'

Diane Galbois

**P**our les très anciens qui ont connu l'ancien centre Assas, les moins anciens qui ont fait toutes leurs études dans un centre Assas en travaux, pour tous ceux qui allaient prendre leur café au « News » avant que celui-ci ne devienne le « Guynemer », sachez que désormais, il est possible à Assas de petit-déjeuner avec Cujas (dès 8 h 30), de déjeuner avec Bodin (de 11 h 30 à 14 h 30), et de dîner avec Portalis (jusqu'à 20 heures).

En effet, le nouveau centre Assas dispose désormais non pas d'une mais de trois cafétérias. Certes, aucune n'offre la vue époustouflante – n'ayant rien à envier à celle du « Ciel de Paris », et surtout beaucoup moins chère – de l'ancien « Resto U », situé au septième étage du centre Assas avant la rénovation de celui-ci. Ce restaurant panoramique avait en outre l'insigne avantage de rapprocher les étudiants les plus valeureux de l'ancienne bibliothèque, située si haut que la pluie y tombait à travers le faux plafond. Quoique l'ascension pour y accéder était en soi une épreuve de force, tous les étudiants la regrettèrent lorsque, durant la longue période que durèrent les travaux, ils furent renvoyés *manu militari* vers d'autres cieux, en particulier vers la bibliothèque Cujas, qualifiée de « quasiment soviétique »<sup>1</sup> et dont la fermeture une décennie plus tôt pour cause – identique ? – de désamiantage avait également « scandalisé » le monde juridique des chercheurs<sup>2</sup>. Dorénavant, c'est plus subtilement que les étudiants sont incités à aller travailler à la bibliothèque Cujas, après avoir pris des forces au restaurant Cujas – sauf à rester travailler sur place, bien calé dans l'un des gros fauteuils de la cafétéria – ne parlons pas des rares chanceux qui seront parvenus à trouver une place à la bibliothèque du centre Assas, on ne voudrait pas attiser les jalousies ou créer une émeute.

Pour ceux qui ont soif non seulement de Coca mais aussi de connaissances – et qui, à l'issue de leur première année de droit, ont quitté le centre Vaugirard pour rejoindre le centre Assas, oubliant au passage leurs cours d'Histoire du droit et des institutions –, un panonceau à l'entrée de chaque cafétéria retrace dans les grandes lignes la vie de ces éminents juristes. On apprend ainsi que Jacques Cujas (1520-1590), « *jurisconsulte et professeur de droit* », « *enseigna dans les principales universités françaises : Toulouse, Montpellier, Bourges* », à une époque où l'Université Paris (2) Panthéon-Assas n'était pas encore la « première université de droit de France »<sup>3</sup>. Dans ces contrées provinciales, il « *enthousiasma son auditoire* » – comment ? On l'ignore. À défaut de pouvoir y goûter dans le cadre de nos études à Assas, on apprend également qu'il « *conçoit l'étude du droit romain comme un fragment de l'histoire culturelle de l'Antiquité* » et qu'il a « *reconstitué et commenté le Corpus juris civilis dans une perspective historique et philosophique réagissant contre les méthodes scolastiques de ses prédécesseurs* » – comprenez qui pourra.

Le « Bodin », situé au fond du hall, est la preuve qu'Assas a succombé à la mode des « bars à salade » qui fleurissent dans les quartiers d'affaires à Paris. Et vu la queue monstrueuse qui s'y forme chaque jour dès 11 h 50, et pas seulement pendant la *fashion week*, la nouvelle génération d'Assassiens semble bien avoir retenu la leçon gouvernementale du « cinq fruits et légumes par jour » – à défaut d'avoir retenu celles de ses professeurs d'Histoire du droit et des institutions. Si, trop concentré sur le choix cornélien des ingrédients de votre salade, vous n'avez pas lu la plaque commémorative à Jean Bodin, sachez que « *jurisconsulte, historien, économiste, il exerça diverses fonctions publiques auprès du roi Henri III* » – lequel fut assassiné sur

1. O. Beaud, « Misères de la bibliothèque Cujas », *Droits*, n° 29, Puf 1999, p. 207 s.

2. *Ibidem*.

3. Selon la formule qui figurait, jusqu'à récemment, sur la page d'accueil du site Internet de notre chère université. Au demeurant, Cujas refusa de venir enseigner à la faculté de droit de Paris, alors même que le Parlement avait envisagé en 1576 de lever l'interdiction d'enseigner le droit romain à Paris en vue de faciliter son transfert.

sa chaise percée par Jacques Clément, un moine ligueur<sup>4</sup>. Il est en outre « *l'un des premiers théoriciens de la souveraineté de l'État moderne dans son célèbre ouvrage Les six livres de la République (1576). Mais on voit en lui, aussi, l'un des fondateurs de l'économie politique, jetant les bases du mercantilisme dans sa Réponse au paradoxe de M. de Malestroict touchant l'enrichissement de toutes choses et le moyen d'y remédier (1578)* ». Gageons que les étudiants, après s'être plus ou moins sustentés dans ce « Cojean » juridique, se précipiteront à la bibliothèque d'Assas pour consulter ces deux ouvrages. Pour les intéressés, les cotes sont respectivement JA(093) BOD S et HC BOD V. Attention, le second n'est pas en libre accès, il doit être réservé à l'avance !

Sauf à risquer de froisser les cuistots du Portalis – rapportons seulement que, apparemment, les fours à micro-ondes mis à disposition sont davantage utilisés pour faire réchauffer les boîtes « Tupperware » mitonnées avec amour par les mamans des Assassiens, voire les « bentos » pré-

parés par les *it* Assassiennes elles-mêmes, mais jamais les barquettes sous vide de pâtes ou plats du jour proposés sur place... – on passera brièvement sur le restaurant lui-même, pour se concentrer sur celui à qui il doit son nom. Que dire donc de Jean-Étienne-Marie Portalis, connu de tout étudiant en droit comme l'un des principaux rédacteurs du Code civil de 1804 ? On aurait aimé en apprendre davantage sur ce grand homme enterré au Panthéon ; par exemple, qu'il a rédigé non seulement le fameux *Discours préliminaire*, mais aussi un *Discours final*<sup>5</sup>, qu'il a excellé dans la carrière d'avocat au Barreau d'Aix-en-Provence dès l'âge de 19 ans, ou encore, plus croustillant, qu'il fut élu à l'âge de 22 ans comme Vénérable d'une loge franc-maçonne<sup>6</sup>, celle de l'« Étroite persévérance des amis réunis ». À moins que, délaissant toute forme de curiosité intellectuelle, on vienne simplement y déguster une viennoiserie et un café, telle Audrey Hepburn devant la vitrine d'une grande bijouterie de la 5<sup>e</sup> Avenue...

4. Pour de plus amples détails, qui seraient déplacés ici, nous renvoyons le lecteur à l'ouvrage *Les morts à la con de l'histoire*, de Dimitri Casali et Celine Bathias, aux éditions Express Roularta, 2013.

5. V. Lasserre-Kiesow, « Le discours final de Portalis », *JCP G* 2004, I, 122.

6. J.-A. Faucher, *Les Francs-Maçons et le pouvoir de la Révolution à nos jours*, Paris, Perrin, 1986, p. 59, cité par J.-F. Niort, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, préf. J.-L. Halpérin, PUAM 2004, p. 81.

# Petit deux du Grand B :

---

## des idées pour l'université

### Sauvetage de l'université et évolution des facultés de droit

**François Barrière**

Qualifié aux fonctions de professeur des universités

Président de l'ANDJCE

Co-responsable du comité d'orientation des DJCE<sup>1</sup>

C'était un soir du début du mois de décembre, lors d'un cocktail délicatement organisé par des enseignants-chercheurs à l'attention de certains universitaires travaillant avec eux. Le directeur scientifique adjoint de la RDA m'invite alors à plancher sur le thème suivant : « il faut sauver l'université », sujet exaltant mais copie à rendre quatre semaines plus tard. C'est donc une réaction préliminaire, à chaud, qui est livrée ici, sans vocation à l'exhaustivité. L'optique sera essentiellement de s'interroger sur certaines évolutions pouvant être envisagées au sein des facultés de droit en particulier, sans se limiter à celle de l'Université Panthéon-Assas, et en se focalisant essentiellement sur l'aspect professionnalisant des formations universitaires.

Si les évolutions ont été importantes dans nombre d'universités – création de formations parallèles ou complémentaires au cursus standard<sup>2</sup> – type collèges de droit – durant les premières années, de rentrées solennelles, de remises des diplômes, etc. –, il semble que plusieurs axes supplémentaires pourraient être envi-

sagés, même si chacune des suggestions ci-dessous méritera au préalable approfondissement et sont pour certaines déjà mises en œuvres dans certaines facultés.

Deux constats liminaires :

- Plusieurs directeurs juridiques de sociétés françaises ne sont pas des juristes formés par les facultés de droit françaises : Total, Axa, Alcatel Lucent, etc.
- Plusieurs cabinets d'avocats d'affaires considèrent qu'un collaborateur débutant, venant d'obtenir un *juris doctor* aux États-Unis est plus opérationnel qu'un jeune diplômé des bancs des facultés françaises.

La formation des juristes d'affaires au moins, si elle est aujourd'hui globalement de grande qualité, a peut-être encore matière à s'améliorer. Un article paru le 15 mai 2015 était intitulé « 4 ans de droit et un sentiment d'incompétence »<sup>3</sup>, reflétant certains domaines d'évolutions possibles même si le titre pouvait sembler excessif.

Des étudiants actuels de licence 3 et de master 2, ainsi que d'anciens étudiants de ces forma-

---

1. Les propos exprimés ne lient pas les entités auxquelles l'auteur est affilié.

2. Ces formations alternatives et parallèles au cursus standard permettent notamment de proposer des cursus différents pour les étudiants, limitant d'autant la seule délivrance d'une formation unique à une masse (hétérogène) d'étudiants; si l'université accueille l'ensemble des étudiants qui le souhaitent, elle permet également des formations différenciées selon les aspirations des étudiants et les besoins différents du marché de l'emploi.

3. <http://regards-etudiants.fr/4-ans-de-droit-et-un-sentiment-dincompetence/#>.

tions et d'anciens et d'actuels chargés de travaux dirigés, ont accepté de discuter avec moi de cette thématique et pour plusieurs de commenter une version antérieure de ce billet : qu'ils en soient tous remerciés. Les pistes de réflexion suivantes s'en sont dégagées.

## 1. Développer l'interaction étudiant-enseignant et les mises en situation professionnelle

La faculté pourrait gagner à créer davantage d'interaction lors des cours entre les étudiants et les enseignants. Certes, les masters 2 sont le terreau privilégié pour y procéder. Mais n'est-ce pas trop tardif, d'attendre la cinquième année<sup>4</sup> ?

1.1. Une première piste à envisager serait d'augmenter le nombre de travaux dirigés<sup>5</sup> obligatoires, lieux privilégiés pour la réflexion<sup>6</sup>, l'échange et l'approfondissement des matières.

1.1.1. En contrepartie, le nombre de matières complémentaires (sanctionnées par des « petites oraux », qui parfois n'ont rien d'un oral mais sont un écrit d'une durée assez brève, voire un QCM) dans lesquelles les étudiants doivent obligatoirement s'inscrire pourrait être réduit. Ce qui ne signifie pas la suppression de tel ou tel cours mais d'en rendre davantage optionnels (il serait regrettable de s'y opposer uniquement de crainte d'avoir moins d'étudiants face à soi... au contraire, l'interaction en petits groupes en serait d'autant plus facile).

1.1.2. Si des « petites matières », des « oraux », pouvaient avoir un intérêt indiscutable lorsque la session d'examen impliquait, d'une part, une admissibilité (les écrits) avant d'entamer, quelques semaines après avoir fini les écrits et donc en ayant laissé un temps de révision,

d'autre part, des oraux, la réforme qui y a mis un terme il y a plusieurs années pourrait amener à une évolution : la succession d'oraux à brève échéance, au sein des UEF et UEC, les résumant très souvent dorénavant à du bachotage, laisse sceptique quant à la qualité d'appréhension de ces matières par les étudiants. À supposer la connaissance maîtrisée, une méthodologie insistant davantage sur la compréhension et la réflexion, sans être excessivement tributaire de la seule forme, pourrait aussi avoir un intérêt.

1.2. La deuxième piste est de repenser la méthode du cours magistral<sup>7</sup>.

1.2.1. D'expérience, il est possible de créer une interaction en amphithéâtre, de poser des questions aux étudiants, de susciter des réflexions, en particulier à partir d'exemples concrets, le cas échéant dont la presse s'est faite écho et qui peuvent donc être d'autant plus parlant pour les étudiants (et les étudiants sont alors plus enclins à interrompre le cours pour éclaircir certains points). Tout comme les universités qui pratiquent la méthode socratique y procèdent, de manière beaucoup plus intense, dans des forums qui peuvent inclure de larges groupes d'étudiants.

1.2.2. Si des étudiants observent que certains cours demeurent proches d'une dictée, il semble que les moyens technologiques pourraient aider à faire évoluer les méthodes. La diffusion sur écran d'un arrêt qui serait analysé pourrait par exemple se développer.

1.2.3. Préalablement à certains cours magistraux de masters 1, en particulier ceux à effectifs réduits, un document (ou un nombre limité de documents) pourrait être distribué préalablement au cours, aux fins de support de celui-ci et d'inciter les étudiants à ne pas être préoccupés uniquement par une prise de notes exhaustive,

4. Rapp. « Dix idées pour l'université de... 2035 », 23 déc. 2015, disponible sur : [http://www.lemonde.fr/campus/article/2015/12/23/dix-idees-pour-l-universite-de-2035\\_4837018\\_4401467.html](http://www.lemonde.fr/campus/article/2015/12/23/dix-idees-pour-l-universite-de-2035_4837018_4401467.html).

5. Il serait trop long de s'épancher sur les effectifs des travaux dirigés. Avant de créer de nouveaux groupes de travaux dirigés, il conviendrait d'abord d'équilibrer les effectifs entre eux. La méthode de certaines facultés de limiter le nombre total d'étudiants pouvant s'inscrire dans un TD (exemple : un maximum de 30 étudiants par TD, ce qui au demeurant est trop) ne répond pas à cette préoccupation : des TD peuvent atteindre ce plafond tandis que d'autres peuvent avoir des effectifs très limités. Un programme informatique devrait pourtant assez facilement répondre à ce souci (en ouvrant progressivement un nombre de place, de 5 en 5 places par exemple, par TD), permettant de lisser les effectifs en TD (et ce quel que soit le jour ou l'heure du TD), au lieu d'avoir plusieurs TD à 30 étudiants tandis que d'autres ne dépassent pas les 20.

6. À condition que la forme des exercices occupe une part qui n'empêche pas la réflexion, que la forme ne rende pas l'étudiant prisonnier dans le temps qui lui est imparti.

7. Sur ce point, v. le dossier du n° 11 de cette *Revue* sur ce thème, en particulier les exemples proposés dans la contribution de M. Buchberger. V. aussi E. Verges, « L'avenir de l'enseignement du droit », in M. Mathieu (dir.), *De l'École de Droit à la Faculté de Droit de Grenoble (1806-2006) : Héritage historique et enjeux contemporains*, PUG, 2007, p. 255 et s. Plusieurs colloques récents ont été en lien avec cette thématique, dont le colloque *Enseigner le droit au XXI<sup>e</sup> siècle*, disponible sur [https://www.canal-u.tv/video/unjf/colloque\\_enseigner\\_le\\_droit\\_au\\_xxieme\\_siecle\\_table\\_ronde\\_elles\\_pedagogies\\_pour\\_les\\_juristes.13434](https://www.canal-u.tv/video/unjf/colloque_enseigner_le_droit_au_xxieme_siecle_table_ronde_elles_pedagogies_pour_les_juristes.13434); le colloque de cette *Revue* en 2013 sur *L'avenir de l'enseignement du droit*; le colloque de l'Université de Toulouse sur *Le rôle de la pratique dans l'enseignement du droit* en avril 2015. Comp. J.-P. Brouillaud, « Adieu le cours d'amphi, adieu notre jeunesse... (défense, en alexandrins, du cours magistral) », *LPA*, 14 déc. 2015, p. 7 s.

mais de l'être aussi à davantage réfléchir durant le cours lui-même.

1.3. Une troisième piste serait de s'interroger sur l'opportunité de porter la sélection actuellement opérée à l'entrée des masters 2 à l'entrée du master 1, comme certaines facultés de droit le font déjà<sup>8</sup>. Ceci permettrait de multiplier les cours en groupes plus réduits dès le master 1 et donc de favoriser l'interaction.

1.4. Des mises en situation professionnelle s'inscriraient dans cette même logique, et c'est là une quatrième piste; elles seraient complémentaires aux méthodes traditionnelles d'enseignement.

1.4.1. Certaines facultés ont développé des cliniques de droit et c'est une très bonne chose, ne serait-ce que par la meilleure prise de conscience chez plusieurs étudiants que l'apprentissage du droit ne se résume pas à une appréhension « par cœur » du cours et au contraire de leur permettre de mieux saisir le droit comme une matière complexe, vivante, ayant des implications économiques, sociales, etc. Mais c'est au cours des enseignements que des mises en situation professionnelle pourraient également être envisagées.

1.4.2. L'exemple du Professeur Bruno Dondero qui avait « organisé une audience du Tribunal de commerce de Paris "en live" dans l'amphi de Licence 3<sup>e</sup> année de droit » peut être source d'inspiration<sup>9</sup> (l'invitation de professionnels à donner des conférences ponctuelles ne devrait pas être réservée aux masters 2 et pourrait être incluse dans des programmes de cours).

1.4.3. D'expérience, en travaux dirigés, il est aussi possible de proposer la rédaction de clauses de statuts, de pactes, ou encore la résolution de contentieux à partir de cas réels en ayant un apprenti-avocat en demande, un apprenti-avocat en défense, et un apprenti-juge.

1.5. Si la recherche en droit donne lieu à de nombreuses publications – de qualité –, parfois à des présentations lors de conférences rattachées à des laboratoires de recherches ou masters 2, elle pourrait aussi, et c'est une cinquième piste,

donner lieu à des séances ouvertes de discussion avec les étudiants préalablement à la finalisation du travail de recherche. De telles séances se pratiquent couramment dans les facultés anglo-saxonnes et permettent non seulement une plus grande interaction étudiant-enseignant mais également de confronter les idées et mieux appréhender la façon dont elles sont reçues<sup>10</sup>.

1.6. Les revues dirigées par des étudiants, un peu à l'instar de *law reviews* anglo-saxonnes, sont sans doute aussi à systématiser. C'est assez largement le cas de la *RDA*. C'est aussi le cas de la revue initiée par les doctorants de la branche de Rouen de l'École doctorale de droit-Normandie, *Les Annales de droit*. Des étudiants publient bien sûr des articles à partir de leurs mémoires sans besoin d'une structure spécifique. L'existence d'une telle structure dédiée pourrait toutefois aussi avoir un rôle de stimulation quant à la recherche chez les étudiants.

1.7. Les cours de langues étrangères devraient être systématisés au cours de chacune des années, de la première année de licence au master 2.

## 2. Développer l'interdisciplinarité

2.1. La formation d'un juriste pourrait gagner à bénéficier de davantage d'enseignements non purement juridiques, mais néanmoins nécessaires pour la pratique de certains types de droit. Pour ceux qui aspirent à devenir juriste de droit des affaires, on peut penser à des cours de finance ou de gestion qui seraient proposés aux étudiants, peut-être dès la troisième année de licence ou le master 1.

2.2. Les études de cas transversaux devraient aussi être systématisées. Le juriste d'affaires qui aura à traiter une opération d'acquisition par exemple, devra manier le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit social, le droit des contrats, etc. À l'université de former – au minimum dans les masters 2 professionnels, mais éventuellement lors de travaux dirigés en masters 1 –, les étudiants à ce type de cas, de les former à articu-

8. Créer une sélection à l'entrée des facultés de droit peut sembler plus discutable. À l'entrée de celles-ci, des suggestions d'orientation sont évidemment souhaitables, tout comme l'ouverture de parcours différenciés, permettant par exemple d'offrir un supplément de bases linguistiques ou littéraires à certains étudiants en ayant besoin. Mais la faculté de droit est et devrait rester un ascenseur social et la matière même qu'est le droit, non étudiée au préalable, donc sans nécessité de bases spécifiques (à la différence des sciences dures par exemple), offre à des étudiants la possibilité de se révéler et de réussir grâce à elle.

9. <http://brunodondero.com/tag/video/>.

10. Il est d'ailleurs frappant de voir la pratique de la relecture préalablement à publication d'articles dans d'autres pays, qui donne lieu à des remerciements souvent nombreux en note de bas de page liminaire.

ler simultanément des questions ressortissant à des champs académiques distincts.

### **3. Développer la communication sur le contenu et les débouchés des offres de formation**

3.1. À l'initiative parfois d'associations étudiantes, telle Assas.net à l'université Panthéon-Assas, des petits déjeuners de présentation de masters 2 sont organisés pour que le directeur du master 2 présente sa formation aux candidats. Ces initiatives sont à encourager. Mais elles ne sauraient suffire.

3.2. Dès avant, les étudiants pourraient avoir des contacts, éventuellement avec les responsables de licence ou de master 1, pour leur présenter les particularités de telle licence ou master, de ses débouchés potentiels, y compris au sein de l'université par l'accès ensuite à tel master 2 (ou 1). Par exemple, une communication sur l'importance d'un cours de comptabilité afin d'étudier la fiscalité des entreprises gagnerait à se développer.

3.3. Les ENT (environnements numériques de travail) doivent aussi être davantage un moyen de communiquer sur les formations disponibles et sur l'insertion professionnelle – formations disponibles, dates de dépôt de candidatures, offres de stages, etc. Des liens spécifiques sur ces thèmes pourraient exister dès la page d'accueil de l'ENT.

### **4. Développer une offre de formation en phase avec les réalités du marché<sup>11</sup>**

4.1. Certaines matières sortent de l'ombre sous le feu de l'actualité. Les cabinets d'avocats ont été nombreux au cours des dix dernières années à créer et développer des départements « restructurations », sans pourtant que beaucoup de facultés ne proposent encore aujourd'hui de tels masters 2 (celui dirigé, par exemple, par le Professeur François-Xavier Lucas à l'université Paris I illustre pourtant la pertinence d'une telle spécialisation).

4.2. Le contenu de certains cours pourrait aussi être revu. Le cours d'instruments de paiement et de crédit doit-il toujours inclure autant

de fiches de travaux dirigés sur la lettre de change qu'il y a trente ans ? Certes, ce mécanisme cambiaire est utile à connaître et permet d'appréhender le chèque, mais le peu d'utilité qu'il présente en pratique ne devrait-il pas amener à s'interroger sur le contenu de ce semestre, qui pourrait gagner à développer des enseignements en techniques usitées du crédit, tel le crédit-bail ? Voire transformer ce cours en cours de financement – financements conventionnels, financements structurés, financements de projets – et inclure certains aspects des instruments de paiement et de crédit dans un cours de droit bancaire ?

4.3. Le type d'exercice soumis aux étudiants pourrait être davantage en phase avec ce qu'ils pratiqueront. Si l'on trouvera de nombreux atouts aux dissertations et commentaires d'arrêts – structuration de la pensée, ordonnancement des idées, appréhension des concepts, etc. –, certains cours peuvent se prêter (mieux que d'autres) à d'autres types d'exercices complémentaires. Ainsi, la pratique d'exercices de rédaction (rédaction d'une promesse de vente, d'une résolution de conseil d'administration, d'une assignation, de conclusions en réplique, etc.) mais aussi de négociation de contrats pourrait être davantage envisagée (les cours de rédaction et négociation existent dans les facultés anglo-saxonnes, avec beaucoup de succès). Les enseignements de diplômes ayant une vocation professionnalisante devraient plus généralement ne pas exclure la pratique des règles de droit et leur mise en œuvre. Inclure des professionnels dans les enseignements, qui pourraient intervenir en binôme avec un universitaire, est donc à développer. Et l'argument du coût de leur intervention ne doit pas être agité indûment : plusieurs professionnels acceptent d'intervenir sans être rémunérés et en ayant à leur charge les frais de transport. À l'université de savoir accueillir les professionnels. Mais aussi de les remercier, ce qui peut paraître un minimum mais ne semble pas systématique.

4.4. Les DJCE (diplômes de juriste conseil d'entreprise) ont été précurseurs dans le domaine de l'implication directe des professionnels dans la délivrance d'un diplôme et montrent aujourd'hui encore que ces possibilités peuvent être fructueuses (le DJCE est une formation

---

11. Il s'agit là de se focaliser sur les formations « professionnelles » et non les masters « recherche ».

diplômante atypique née au début des années 1970 d'une étroite collaboration entre les centres universitaires d'Aix en Provence, de Montpellier, de Rennes, l'Association Française des Juristes d'Entreprise, l'Association Nationale des Juristes Conseils exerçant en groupe ou en société et l'Association Nationale des Juristes de Banque). Ce qui ne veut pas dire que des évolutions ne sont pas nécessaires, ne serait-ce que parce que la concurrence d'autres formations se fait aujourd'hui plus vive<sup>12</sup> mais aussi car les besoins en droit de l'entreprise évoluent.

4.4.1. Les formules « Magistère », qui offrent des cours dispensés en partie importante par des professionnels, en sus des cours du tronc commun d'enseignements, ne devraient-elles pas être davantage développées (peu ou prou, les magistères n'imitent-ils pas les masters 2 professionnels – qui sont les fers de lance des facultés de droit – sur une période de deux ou trois ans, et non sur un seul ?) ?

4.4.2. Les masters 2 professionnels ne gagneraient-ils pas à être co-dirigés en binôme universitaire/praticien, afin d'allier les compétences et des vues complémentaires ? Beaucoup de praticiens assurent des cours annuels en masters 2, parfois sont également enseignants-associés au sein de l'université et sont donc volontaires et aptes à dégager du temps pour celle-ci<sup>13</sup>.

4.5. En tout état de cause, un souci constant d'évolution et d'adaptation au marché du droit doit guider les formations professionnelles. Les formations universitaires professionnalisantes doivent être mises en phase avec la réalité évolutive des activités professionnelles.

## 5. Développer l'insertion professionnelle

5.1. La thématique de l'insertion professionnelle pourrait être discutée à horizons réguliers lors des réunions d'instances délibérantes des facultés.

5.2. À l'instar des *law schools* américaines, un véritable « *career office* », cellule en charge de l'insertion professionnelle, pourrait être créé

dans chacune des facultés. Avec une possibilité d'accès des étudiants sur des plages horaires larges, une réactivité des services au bénéfice des étudiants, une information sur les tendances et les besoins de recrutements précis des employeurs potentiels.

5.3. Un suivi de l'insertion professionnelle par diplôme professionnalisant devrait être systématique, afin d'adopter l'offre de formation en conséquence.

5.4. Les ateliers de professionnalisation qu'ont mis en place certaines facultés vont dans le bon sens. Il est toutefois regrettable que certains étudiants semblent peu au courant de ceux-ci et de leur intérêt, ce qui repose la question de l'efficacité de la communication au sein des universités.

5.5. De véritables sessions de rédaction de CV et de lettres de motivation devraient être organisées. Certes, certains CIO s'y emploient (ceux-ci gagneraient d'ailleurs à davantage communiquer sur cette action). Il est sans doute préférable de demander aussi les conseils et l'avis du recruteur, qui lira le document envoyé et procédera au recrutement. Des sessions avec des personnes en charge du recrutement et des cabinets de recrutement pourraient être organisées au sein des facultés.

5.6. Des forums de recrutement devraient être systématisés. Selon le public auquel ils sont destinés, ils peuvent aussi se calquer sur le modèle des *job fairs* américaines, où les employeurs potentiels sélectionnent au préalable les candidats qu'ils souhaitent recevoir lors de l'événement, permettant de pratiquer de véritables entretiens d'embauche<sup>14</sup>.

5.7. Mais c'est plus généralement une culture de l'insertion professionnelle qui gagnerait à se développer, à se fortifier à tous les niveaux, du personnel administratif aux enseignants-chercheurs.

## 6. Soutenir les initiatives étudiantes

L'université existe grâce à ses étudiants et la vie étudiante fait partie de l'université. À ce titre, les

12. V., déjà, *Demain le DJCE, rapport de la commission d'évaluation des diplômes*, Litec, 2009, préf. P. Charreton, spéc. p. 6 s., et p. 25 s. Adde J. Raynard, « Le DJCE : une formation universitaire dédiée aux juristes pour l'entreprise », *Juriste d'Entreprise Magazine* de l'AFJE, oct. 2010, p. 24 s.; du même auteur, « Les DJCE : quarante ans d'une formation d'excellence en droit de l'entreprise dans l'université », D. 17 mai 2012; « Demain l'avenir du DJCE », *Cahiers du Droit de l'entreprise*, janv.-fév. 2009, p. 7; H. Croze, « Crise de l'Université. – A fortiori ou a contrario ? Le contre-exemple du DJCE », *JCP E* 3 mai 2007. La création du Conseil National du Droit va naturellement dans le bon sens.

13. Par exemple, Pierre-Jean Gaudel, expert en évaluation financière et associé fondateur de Paris Corporate Finance, a longtemps dirigé avec brio le DJCE de l'Université de Nancy 2 (aujourd'hui de Lorraine) après l'avoir co-dirigé avec le professeur Gosserez.

14. Lors de la *job fair* dédiée aux masters 2 DJCE, plus de 30 cabinets d'avocats sont par exemple présents à Montpellier.

initiatives étudiantes permettant de fédérer les étudiants sont à encourager, tels les juniors entreprises, les associations étudiantes (y compris purement juridiques, telle l'Association Droit & Affaires) ou encore les concours de plaidoirie ou d'éloquence.

## 7. Développer un réseau des diplômés

L'une des principales forces des grandes écoles est la qualité de son réseau et des liens entre diplômés et entre étudiants/diplômés. Si les grandes écoles connaissent un succès notable, c'est en partie importante pour la possibilité d'accéder à un réseau de diplômés, permettant de développer un carnet d'adresses et d'échanger des informations sur les besoins en recrutement.

7.1. L'université doit tenir à jour un annuaire des anciens, pouvant aisément être actualisé par les diplômés eux-mêmes. À l'heure où des adresses courriels personnelles – donc stables – existent, par opposition à de simples adresses postales, il est peu compréhensible que des bases de diplômés ne soient pas mises en place de manière systématique par chaque université.

7.2. L'université doit favoriser les rencontres entre les promotions, afin de favoriser l'échange d'informations sur des opportunités d'emploi et l'évolution des tendances de recrutement. Des *after-work* devraient se systématiser; des galas annuels le devraient aussi – comme le font les grandes écoles et Science Po et à des conditions tarifaires équivalentes. Bref, l'université devrait davantage favoriser la création d'un réseau au bénéfice de chaque diplômé.

## 8. Développer une spécialisation dans les facultés ayant un bassin d'emploi étroit et/ou des effectifs d'étudiants limités

Dans le cadre de la restructuration du paysage universitaire, les facultés n'ayant des effectifs d'étudiants que limités vont, probablement, devoir se poser la question de leur positionnement à terme, y compris afin d'attirer des étudiants de qualité qui ne dépendent pas de leur bassin géographique.

8.1. Sans doute faut-il d'abord examiner le bassin d'emploi local – ce qui implique de nouer des liens avec les représentants des institutions locales (barreau, notariat, etc.) – et de là adopter une stratégie : focaliser l'offre de formation sur

les besoins locaux et/ou offrir une formation pouvant permettre l'exercice de professions ailleurs que localement (la taille du territoire métropolitain étant géographiquement limitée comparée à d'autres pays, les diplômés pouvant aspirer à travailler dans d'autres bassins d'emploi à court ou moyen terme – pour des raisons personnelles ou professionnelles, car les emplois actuels ne seront pas nécessairement présents à l'issue de la formation de l'étudiant –, une offre de formation pouvant être utilisée sur l'ensemble du territoire peut sembler préférable).

8.2. Lorsque le nombre d'offres d'emplois, barreau inclus, est faible, voire manifestement insuffisant pour absorber les flux de diplômés, la pertinence de l'adéquation de l'offre de formation se pose (il est symptomatique de voir que le barreau de Paris – sans inclure donc le barreau des Hauts de Seine et les autres barreaux franciliens – compte environ 30 000 avocats, soit la moitié des avocats de France – là où d'autres barreaux comptent moins de 100 avocats – voire moins d'une quinzaine par spécialité – et ne sont pas capables d'absorber le flux des diplômés locaux). Car il n'y a aucune fatalité à la situation, des formations généralistes (de haut niveau, afin que les étudiants soient considérés de niveau équivalent à ceux d'autres formations généralistes dispensées ailleurs, s'ils venaient à postuler au-delà de leur bassin local ou, inversement, si des diplômés d'autres horizons venaient rechercher des emplois au sein de leur bassin local) peuvent être envisagées dans des facultés à effectifs limités, mais, afin d'avoir moins de concurrence et de plus aisément être repérées comme spécialisées, comme quasi-unique, des disciplines spécifiques peuvent aussi être envisagées, une « spécialité » peut être créée au sein de la faculté, afin d'attirer plus facilement des étudiants talentueux, qui pourraient sinon ne pas être attirés par une « simple » formation généraliste qui serait dispensée aussi ailleurs. La spécialisation en droit, gestion et économie du sport de l'Université de Limoges en est un exemple. D'autres en droit de l'environnement ou en droit de la santé pourraient être créées, en réponse aux besoins qui émergent en ces domaines. Les offres de cabinets luxembourgeois, en particulier dans le domaine du droit financier, peuvent également être une cible pour des diplômés, notamment dispensés dans l'Est de la France du fait de la proximité géographique des diplômés.

## 9. Développer les partenariats avec les entités privées

9.1. Le financement de l'université ne doit pas être tributaire des seules dotations étatiques<sup>15</sup>. Les grandes écoles de commerce ont créé des fondations, auxquelles des cabinets d'avocats ont pris part. Science Po, tout comme les *law schools* américaines et les facultés de droit anglaises, ont développé des chaires, financés par des cabinets d'avocats. Pourquoi les facultés de droit ne feraient-elles pas de même<sup>16</sup> ou les diplômés eux-mêmes<sup>17</sup> ? Des revues, que ce soit la *RDA*, la revue *Droit & Affaires*, mais également des associations, telle l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, ou encore la fondation pour le droit continental, bénéficient du soutien financier de cabinets ou d'entreprises. L'université pourrait davantage les solliciter, tout en s'assurant une absence de dépendance (en particulier scientifique) à l'égard de ceux-ci.

9.2. L'avantage d'un parrainage institutionnel n'est pas uniquement financier. Certes, le partenaire en attend une contrepartie, en termes notamment de communication ou d'accès privilégié aux étudiants. C'est là une contrepartie légitime et on voit mal quel serait son intérêt (quelle conformité à l'intérêt social de la personne morale ?) d'y procéder sinon. Le gain pour l'université ne sera alors pas que pécuniaire : il favorise l'insertion professionnelle des étudiants auprès du partenaire.

9.3. Des prix ou concours peuvent être organisés entre personnes privées et universités au bénéfice d'étudiants. À nouveau, un équilibre entre les attentes des uns et des autres doit être trouvé. Mais on ne voit pas en quoi foncièrement la publicité qu'en retire l'acteur privé serait négatif s'il permet aussi une publicité au bénéfice de l'université qui se retrouve à pouvoir communiquer sur les liens noués avec tel acteur privé qui, le cas échéant, offre aussi un financement à son bénéfice (sans exhaustivité, on peut relever les prix Jones Day/Paris II/Essec, Fidal/Paris XI, CMS

Bureau Francis Lefebvre/DJCE, AFJE/DJCE, DVNI/ Cour administrative d'appel de Paris/DGE/IACF/DJCE).

9.4. Le développement d'offres de formation en apprentissage devrait aussi être davantage étudié, car à terme elle seule devrait permettre de récolter cette taxe, mais également car elle favorise le lien avec les professionnels.

## 10. Conclusion – le changement passe aussi par un changement de culture

C'est sans doute aussi du point de vue de la culture interne des universités que des évolutions seraient souhaitables, le service au public n'apparaissant pas systématiquement comme sa première force vu de l'extérieur. La peur du changement lorsque l'évolution nécessaire semblerait de trop, la crainte d'être dépassé, voire ringardisé, si des nouveautés étaient mises en place, la préférence au statisme qu'à l'évolution en privilégiant son intérêt personnel à l'intérêt supérieur, ne sont pas bons conseillers. La culture de la mutation ou même de la rotation des responsabilités n'est que peu apparente dans certaines facultés : le renouvellement permet toutefois aussi des regards différents et à ce titre peut sembler bénéfique pour favoriser des évolutions. Tout comme la nécessité de davantage travailler collectivement, ce qui implique naturellement de favoriser les échanges de vues avec l'ensemble des parties prenantes lors de discussions pleinement collectives.

Les facultés de droit doivent donc pouvoir être sauvées pour reprendre le titre de ce dossier et les universités le peuvent dès lors aussi. Et c'est heureux, car les universités sont notamment un ascenseur social, qu'il convient de préserver. Mais rien n'est jamais acquis et la concurrence est rude. Les Écoles de commerce, Sciences Po, HEAD hier et d'autres écoles privées demain, continueront aussi à offrir des formations en droit. Aux facultés de droit de savoir anticiper et réagir<sup>18</sup>.

15. Il est d'ailleurs étonnant que les universités ne mettent pas systématiquement à disposition des enseignants-chercheurs leurs outils de travail, qui aujourd'hui incluent au minimum un ordinateur, une photocopieuse et du papier.

16. Le réseau des masters 2 DJCE a ainsi par exemple développé un certain nombre de partenariats avec des cabinets d'avocats.

17. Certains diplômés le mettent déjà en pratique, même si des discussions lors de dépôt de subventions auprès de l'agence comptable semblent laisser penser que la pratique n'est pas généralisée. Encore faudrait-il que les facultés ne prélèvent pas une dime sur ces sommes, afin de respecter leur affectation, et que leur utilisation soit par la suite facilitée (ce qui devrait impliquer que le seuil des appels d'offre soit revu à la hausse).

18. Parfois des formations se font en partenariat avec l'université et une grande école, comme c'est le cas entre HEC et le master 2 de droit des affaires et fiscalité de Paris I par exemple.

# « Briser le monolithe » : Remarques – générales – sur un enseignement pluridisciplinaire du droit

Jérôme Chacornac

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Faut-il donner une plus grande ouverture pluridisciplinaire à l'enseignement du droit ? Si cette question n'est pas neuve, elle est cependant loin d'être démodée. Le sujet est riche d'enjeux et, en vérité, sans doute est-il inscrit dans chaque vocation universitaire. La déontologie de l'exercice de l'enseignement implique en effet, à tout instant, de se demander : que faut-il savoir et comment le transmettre ?

À l'invitation de dernière minute de l'un des artisans de cette *Revue*, ce bref propos entend contribuer modestement à la réflexion selon une « connaissance du premier genre »<sup>1</sup>. Il ne peut être question d'aller au-delà, compte tenu de la gravité d'un thème qui justifie des travaux bien plus substantiels. On renverra à ce titre à la thèse récemment soutenue à l'université Paris II par Madame Anne-Marie Ho Dinh, *Les frontières de la science du droit – Essai sur la dynamique juridique*, sous la direction du Professeur Nicolas Molfessis.

Au-delà de son exhaustivité documentaire<sup>2</sup>, ce travail constitue désormais une lecture *nécessaire* pour *penser* les frontières entre les disciplines car, en la simplifiant au risque de la subvertir, la thèse rigoureuse de l'auteure se développe à partir du constat d'ordre épistémologique<sup>3</sup> qui s'impose : la manière de penser est déterminée par la délimitation de l'objet que l'on se propose d'étudier, ce qui rejaillit sur la manière de l'enseigner. La réflexion menée par l'auteure la conduit alors à analyser la manière dont la « science »

actuelle du droit, fondée sur « une dynamique d'autorité », emporte une double limitation de sa finalité à une « dogmatique juridique » – caractéristique de la science juridique contemporaine – et de son objet – aux règles obligatoires –, avant de suggérer une évolution en faveur d'une « dynamique de la discussion », fondée sur une démonstration substantielle des apports des théories réalistes à la science juridique.

Sans rentrer dans l'analyse de ce riche travail, retenons-en simplement une implication que chacun aura en tête : l'observation des conséquences d'un certain normativisme sur la science du droit – consistant en une réduction des paramètres d'exposition, d'explication et d'interprétation du droit –, devrait conduire à élargir les perspectives en immergeant l'étude du droit positif dans les autres sciences humaines.

Ainsi, *brevis causa*, il s'agit non plus de sortir du néolithique<sup>4</sup>, mais de briser le monolithe, de casser l'uniformisation des méthodes d'exposition centrées sur la mise en ordre systématique des règles obligatoires posées par les autorités constitutionnellement investies du pouvoir de les édicter. Il s'agit d'avoir une sociologie du droit qui s'étendrait à autre chose qu'à l'étude de la jurisprudence<sup>5</sup> ou à l'opposition convenue entre *hard law* et *soft law* qui ne fait que révéler les limites de la réduction des manifestations du droit à « l'obligatoire » ; une sociologie du droit qui dépasserait, par exemple, l'affrontement idéologique vulgaire entre féminisme étriqué et

1. Ici entendue, selon l'acception spinoziste, comme celle acquise de notre propre expérience, limitée et, bien sûr, nécessairement subjective.

2. Tout spécialement l'état des lieux sur l'ensemble des discussions intervenues et en cours relatives à l'enseignement du droit, dressé en introduction, spéc. n° 2, avec les très nombreuses références citées.

3. Indépendamment des oppositions sémantiques plus que véritablement conceptuelles sur le fait d'admettre le caractère « scientifique » de l'étude du droit, justement relativisées par l'auteure : n° 6-11, p. 6-9.

4. L'on songe ici à la célèbre charge d'André Tunc relative à la place de l'histoire dans l'enseignement du droit, pour « sortir du néolithique », *D.* 1957. Chron. p. 71.

5. Selon la lourde sentence de MM. Jestaz et Jamin dans leur ouvrage, *La doctrine*, Dalloz, 2004, constatant que, au milieu du xx<sup>e</sup> siècle, « l'étude de la jurisprudence tient lieu de sociologie » (p. 154), avant de faire état de « l'absence de réponse aux défis ultérieurs » (p. 155-157).

égalité bornée<sup>6</sup> qu'entraînent les règles de parité pour s'appuyer sur la « vraie » théorie des genres ; il s'agit de recourir à une analyse économique plus précise que des constats économiques triviaux, tels le développement des procédures préventives de traitement des difficultés des entreprises en réponse à une économie en crise, ou encore les généralités sur les mérites économiques de l'interdiction faite au juge de modifier les prévisions des parties à l'occasion d'un changement de circonstances ; il s'agit, sur le terrain philosophique de dépasser les exposés sommaires et convenus des rapports entre droit et morale à l'occasion de l'évocation des engagements d'honneur ou de l'obligation naturelle, pour revenir de façon plus poussée à Kant et Spinoza.

En délaissant ici le versant épistémologique de la question – qui nous est mal connu, faute, précisément, d'avoir reçu la formation ou fourni l'effort de recherche nécessaire<sup>7</sup> –, un travail en soi dont témoignent la thèse d'Anne-Marie Ho Dinh et la perspective adoptée, sur un plan différent, par le récent ouvrage du Professeur Rémy Libchaber<sup>8</sup>, que faudrait-il attendre d'une redéfinition « réaliste » du cursus des étudiants en droit<sup>9</sup> ? Cette interrogation se ramifie en réalité et invite à développer une double réflexion relative à la réalité du besoin et aux modalités de réalisation de l'effort : pourquoi et comment ?

## La réalité du besoin : pourquoi faire ?

Faut-il réintroduire dans l'enseignement du droit à l'université davantage de cours destinés à éveiller les étudiants à d'autres domaines du savoir dans l'appréhension de l'objet « droit » ? C'est là soulever une double question afin de dresser un constat qui concerne l'université dans ses missions d'enseignement et de recherche : la forma-

tion des juristes serait-elle incomplète ? L'étude du droit serait-elle tronquée ?

### **Une nécessité pratique à la formation des juristes**

On expose souvent aux étudiants que le droit mène à tout. Certes, tout comme les concours de l'enseignement en philosophie, en mathématiques ou en lettre classiques ont pu mener un certain nombre d'élèves des grandes écoles ou d'ailleurs à l'ENA et à des responsabilités gouvernementales et, de manière plus courante, l'obtention d'une licence permet de passer des concours « passerelles » vers des écoles de commerce, de sciences politiques ou de journalisme, le droit mène, théoriquement, à tout, au gré des qualités, de l'endurance et des choix personnels de chacun, y compris... à l'abandonner en réorientant son cursus !

Mais il faut bien convenir que les études de droit doivent avoir pour premier objectif de préparer à la pratique du droit, dans l'exercice des professions juridiques et judiciaires. À cet égard, on peut très fortement s'opposer au constat de l'insuffisance disciplinaire des formations dispensées dans une perspective strictement « professionnalisante ».

Reprenons ici des arguments usuels. D'une part, le droit « positif » est ce qu'il est (même si nul ne le sait vraiment) : un fourmillement de règles et de mécanismes qui suppose l'acquisition de ce qu'il est convenu d'appeler « une technique », c'est-à-dire un ensemble de méthodes de raisonnement et d'analyse, centré sur des exigences de rigueur dans le choix des fondements et la justification de leur mise en œuvre. Or, l'agencement actuel des programmes – toujours perfectible<sup>10</sup> – est globalement satisfaisant. Les « branches du droit », identifiées selon une longue et sage tradition d'enseigne-

6. Et c'est ici à la décision rendue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 mars 2006, sur la loi relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes que l'on pense. Le Conseil avait en effet jugé, avant la réécriture de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa de la Constitution, par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, « qu'en imposant le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique, les dispositions du titre III de la loi déferée sont contraires au principe d'égalité devant la loi » (Cons. 16, Décision n° 2006-533, DC).

7. On reviendra plus loin sur la prise en compte de l'effort à fournir lorsqu'il s'agira de déterminer qui doit assurer l'enseignement dans un autre champ disciplinaire.

8. *L'ordre juridique et le discours du droit – Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013.

9. On laisse donc hors de la réflexion les cursus intrinsèquement pluridisciplinaires que sont les licences d'administration économiques et sociales ou encore les « bi-licences ».

10. Soulignons une nouvelle fois une bizarrerie propre à l'université dans laquelle nous enseignons : le régime général de l'obligation ne fait pas l'objet d'un enseignement semestriel. Il est renvoyé au choix de l'enseignant du cours de deuxième année de licence, qui se trouve confronté à la mission impossible d'envisager le « RGO » en une seule année, aux côtés du « droit commun des contrats » et du droit de la responsabilité civile extracontractuelle ou à la nécessité, bien compréhensible, de passer sous silence le « RGO ». Ce sacrifice nécessaire est pourtant bien regrettable quand on sait

ment, font l'objet d'un découpage à même de fournir un cadre cohérent d'apprentissage aux étudiants et des repères qui correspondent, pour l'essentiel, aux grandes spécialités revendiquées par les cabinets d'avocat : droit des successions, droit de la famille, droit des contrats civils et commerciaux, droit bancaire et financier, droit du commerce international, droit social – au recours à l'anglais près avec les départements « *corporate* » ou « *IP/IT* ».

D'autre part, la formation « technique » générale n'est nulle part mieux dispensée qu'à l'université. C'est là qu'elle est la plus complète. C'est là qu'elle est la plus approfondie. C'est là qu'elle est la plus rigoureuse. Sans faire injure, par exemple, à la période d'enseignement de six mois dispensée dans les écoles de formation professionnelle des barreaux, celle-ci n'a aucune plus-value par rapport aux quatre années précédentes, tant sur le fond que sur le terrain de la procédure. Non, la plaidoirie ne s'apprend pas à l'occasion de trois séances de « foisonnement ». Non, la rédaction d'actes ne s'apprend pas en quelques séances de méthode rappelant des mentions obligatoires déjà étudiées dans les cours universitaires de procédure et toujours piègeuses – une jurisprudence vivace est là pour le rappeler. Non, enfin, la rédaction d'une clause compromissaire ne s'apprend pas à l'occasion d'un bref enseignement transversal consacré à l'arbitrage.

En somme, les facultés de droit ne peuvent se voir reprocher de mal former les futurs « praticiens » à la maîtrise technique du droit. La formation initiale ne saurait impliquer, à défaut de tout repère dans la discipline, l'apprentissage des finesses d'une pratique qui ne peut s'acquérir que par l'expérience. Certes, les choses pourraient sans doute être améliorées. Les cas que l'on dit « pratiques », sont fréquemment très orientés au traitement des questions selon l'angle particulier sous lequel elles ont été exposées par l'enseignant dans le cadre du cours. Cela est cependant le gage d'une certaine prévisibilité des contenus pour les étudiants qui peuvent attendre d'être évalués sur la base de ce qu'il leur fallait apprendre. Peut-être l'évolution

pourrait-elle alors résider dans la *forme* du cas pratique, qui correspondrait davantage à la réalité s'il s'agissait d'une somme de documents plutôt que d'un pur énoncé. Il faut toutefois convenir que les ambitions ne sauraient être démesurées face à des étudiants qui découvrent la matière, au moins au cours des deux premières années.

Quoi qu'il en soit, il est jusqu'ici toujours question de la « technique » du droit, et non de sa découverte et de son analyse par le recours à d'autres outils et méthodes de pensée. Or, sans répondre à un besoin pratique immédiat<sup>11</sup>, sans doute y a-t-il quelque richesse et quelque nécessité, dans le cadre d'un enseignement dit « supérieur », à former des esprits, au-delà de simples professionnels.

### **Une mission intellectuelle des facultés de droit**

Présentons l'antithèse avant la thèse.

– Il existe déjà, à l'heure actuelle, de nombreux enseignements non techniques, avant même l'ouverture disciplinaire généralement assurée au sein des différents masters 2, ainsi que par certains masters 2 essentiellement pluridisciplinaires (« philosophie du droit », « sociologie du droit », « économie et droit », « droit et gestion »...). Que l'on pense ainsi aux cours d'histoire du droit ou d'histoire de la pensée juridique, au cours de criminologie, au cours de comptabilité – peut-être moins éthérée –, au cours d'histoire des idées politiques. Au-delà de ces « humanités » du droit, représentées dans des mesures variables selon les universités, il faut mesurer l'importance pour l'enseignant en droit de ne pas être recroquevillé sur la technique. La compréhension des enjeux de sa matière est tout aussi essentielle à la qualité de son enseignement que la maîtrise technique.

Or, le constat s'impose.

Les cours généralement dispensés ne sont pas élaborés par des « idiots savants » mais par des « savants » tout court. Le juriste universitaire est *aussi* un homme de pensée. Sans être essentiellement pluridisciplinaires, les cours prennent généralement en compte des données et grilles

l'importance prise dans la suite du cursus par le droit des affaires – qu'on évoque le caractère conjoint ou solidaire de l'obligation aux dettes des associés des sociétés à responsabilité illimitée, l'analyse du caractère normal du paiement réalisé au cours de la période suspecte ou encore tous les mécanismes simplifiés de mobilisation des créances qui ne se comprennent qu'en contrepoint aux règles de la cession de créance de droit commun – ou d'autres domaines – que l'on pense à l'intérêt de connaître la novation pour mesurer l'importance de la modification d'un contrat de travail...

11. Ainsi que le soulignait l'impitoyable Pierre Desproges, « *on peut parfaitement vivre sans la moindre espèce de culture* »...

d'analyse appartenant à d'autres domaines du savoir. Les enseignants en droit de la concurrence doivent inscrire leur réflexion dans le périmètre des analyses structurelles des marchés issues de la pensée économique<sup>12</sup>, s'ils veulent comprendre quelque chose à ce qu'ils racontent. Le spécialiste du droit de la famille ne peut passer sous silence les effets de la hausse de l'espérance de vie sur la « sociologie du divorce »<sup>13</sup> et les données démographiques en général. Dès la première année, le nom d'Aristote est généralement associé au(x) concept(s) de justice. Le spécialiste du droit du travail évoquera la réticence des structures de représentation des salariés à participer de manière effective à la gestion de l'entreprise compte tenu d'un contexte propre à la France d'antagonismes entre les « partenaires sociaux ». Enfin, le spécialiste de droit international privé ne manquera pas de souligner l'éclairage apporté sur les catégories du droit interne qu'apporte l'opération de qualification préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit, à partir des méthodes du droit comparé invitant à replacer l'institution étrangère dans son contexte culturel et historique.

En somme, l'enseignement du droit suppose la connaissance, riche et variée, des multiples éléments de contexte qui déterminent l'existence même du besoin de « régulation sociale » auquel répond la manière enseignée. Il ne s'agit pas simplement de décliner les syllogismes en fonction des différents codes auxquels les matières se rattachent. Il est non seulement utile mais aussi indispensable aux enseignants de « contextualiser » la matière enseignée. Et ils le font. Paix donc.

– Les exemples cités révèlent cependant les limites du modèle actuel. Les évocations des enseignements venus d'autres disciplines dans le cursus sont bien instrumentales et non finales, ce qui produit une double série de conséquences fâcheuses.

La première concerne la formation des étudiants proprement dite. Cette évocation « à la marge » des autres sciences sociales véhicule deux messages, également dangereux.

D'abord, l'interaction entre le droit et les autres sciences sociales n'apparaît guère difficile.

Pour les étudiants en droit, il semblera aisé d'intégrer de manière sommaire des considérations d'ordre général dans un raisonnement, en leur attribuant un fondement économique, sociologique ou philosophique. Après tout, l'enseignant ne donne pas le sentiment de la difficulté lorsqu'il prétend que, selon les théories microéconomiques, la performance des marchés financiers est fonction de l'information qui est intégrée. Pareillement, il ne donne pas le sentiment de la difficulté lorsqu'il explique qu'en pratique, les fournisseurs ne peuvent indiquer le prix dans les contrats-cadres conclus avec leurs distributeurs, compte tenu des évolutions qui peuvent affecter les coûts de production en relation au cours de telle ou telle matière première. Il en résulte que, dans l'esprit de l'étudiant, le monde du savoir se divise en deux<sup>14</sup> lorsqu'il lui faut déterminer ou critiquer une solution : « la technique » et « l'opportunité ». Indiscutablement, c'est à la première que revient l'essentiel de l'attention : les décisions de justice sont étudiées sous l'angle du fondement mis en œuvre, de la rigueur dans la caractérisation de ses conditions d'applicabilité et d'application ; pour s'élever au-delà de la littérature, les dissertations doivent comporter des illustrations précises du plan, à partir d'une évocation des sources formelles en cause et des débats entourant leur interprétation. « L'opportunité », en revanche, reflète la marmite dans laquelle on transforme le filet de saint pierre de la veille en soupe pour lui éviter la poubelle, faite de considérations vaguement humanistes, généralement centrées sur la pauvre petite partie qui succombe en conséquence de la teneur de la règle ou de l'interprétation envisagée. En somme, les répercussions de la règle, en termes sociaux et économiques sont la partie « bavarde » et désespérée de l'argumentation.

Pas difficile, le maniement des considérations relevant des autres sciences humaines ne serait, ensuite, pas très sérieux. Il existe en effet un message, encore plus pernicieux, qui relève de la méthodologie de la dissertation. Celle-ci relègue canoniquement à des généralités introductives non seulement le droit comparé mais aussi les données sociologiques et historiques. Au fond, exposer de façon allusive en amphithéâtre des

12. A. Cournot, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, (1838), rééd. Calmann-Lévy, 1974, préf. H. Guittou, spéc. sur la distinction des monopoles et duopoles et leur impact sur les prix, chap. V, VII et VIII, respectivement p. 99, 129 et 143.

13. Pour prendre l'exemple le moins riche possible d'implications sur les bouleversements contemporains du droit de la famille.

14. Comme pour un célèbre truand...

considérations relevant d'autres sciences humaines qui n'ont vocation qu'à « nourrir » une introduction envoi effectivement un message peu réjouissant : les enseignements des disciplines en cause sont trop aisément accessibles pour être sérieux en eux-mêmes et utiles aux fins de l'apprentissage et de l'analyse du droit.

La seconde conséquence regrettable concerne les orientations de la recherche. La part prépondérante donnée à la technique induit un délaissement de l'étude approfondie des autres disciplines. L'enseignant, également chercheur, n'est pas poussé à sortir de sa zone de confort par des programmes d'enseignement très lourds et centrés sur l'exposé du droit positif. Les facultés de droit paient ainsi le prix d'une discipline totalement nouvelle pour les bacheliers. Intégrée à l'enseignement supérieur, l'étude du droit doit, par nécessité, être durablement introductive. Dans un tel contexte, la mise à jour du cours aux dernières évolutions du droit positif représente déjà une tâche considérable, qui pousse davantage l'enseignant – lorsqu'il prend du temps pour la recherche – à questionner les évolutions internes à son cadre disciplinaire qu'à le surplomber de l'extérieur. En résultent donc deux types de chercheurs : pour la majorité, on assiste à une uniformisation des modes d'écriture et de pensée, ainsi que de choix des sujets par la prolifération des revues juridiques traitant les mêmes thèmes<sup>15</sup>. Pour une minorité, la démarche pluridisciplinaire a une finalité exclusivement spéculative et fondamentale, cantonnée à des revues confidentielles dont la riche production n'a guère d'impact sur la teneur des enseignements proposés aux étudiants. Enfin, au-delà des chercheurs, restent les rares cas d'« omnijuristes » qui, à chaque époque, repensent les fondations et, généralement, passé un certain âge, délaissent la technique pour livrer des monographies élégantes et accessibles. Du fait de cette dernière qualité, ces œuvres sont incessamment reprises et élevées au rang de recherche fondamentale – encore Ripert ! –, donnant parfois naissance à des démembrements juridiques des autres sciences humaines : « une sociologie juridique » de juristes face à la sociologie du droit ; « des théories générales du droit », face à la philoso-

phie du droit ; une « économie du droit des juristes », face aux analyses économiques du droit des économistes... voire, plus simplement, à un parcours littéraire dans le droit qui constitue une sorte de testament intellectuel, prenant parfois la forme d'une compilation légèrement enrichie d'articles, révélatrice rétrospective d'une continuité de pensée, dont la visée est plus la finesse que la géométrie.

S'il faut mettre à part le cas des théories générales du droit – sous la réserve de bien avoir conscience qu'elles ne constituent pas des travaux de philosophie du droit – il résulte une difficulté essentielle de cette appropriation par les juristes des autres champs disciplinaires. Ceux-ci finissent par réduire le recours à la méthode sociologique à la sociologie juridique des juristes ou l'analyse économique aux sommaires exposés des différents critères de l'efficacité dans des ouvrages – de grande qualité par ailleurs – de pure introduction à l'analyse économique du droit.

En l'état, la difficulté ne provient pas du fait que l'enseignement du droit serait insuffisamment pluridisciplinaire mais, plutôt, de ce qu'il donne une image trompeuse et, dans l'esprit de l'étudiant qui n'aurait suivi qu'un cursus purement « monolithique », sans doute *dégradée* de l'apport des autres sciences humaines à l'analyse et à la réflexion sur le droit. Non, on ne rentre pas dans une discipline sans payer un « ticket d'entrée intellectuel » et il est faux de prétendre qu'il suffit de constater que le droit des contrats prend parfois en compte la faiblesse relative des parties au contrat pour se dire sociologue, tout comme il ne suffit pas d'évoquer le nom de Rawls ou le supplice de Damien lors d'un cours pour prétendre aborder la philosophie du droit (ou de la peine).

– Mais alors, pourquoi faudrait-il faire évoluer pareille situation ? Cela répondrait à un double besoin. D'une part, du côté des étudiants, il est nécessaire de développer en eux davantage qu'une maîtrise technique de leur discipline. La compréhension du contexte d'application de la règle ne doit pas être envisagée comme superflue dans les universités qui sont des établissements d'enseignement supérieur distincts des

15. Phénomène déjà décrit avec sévérité par D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 45 s.

écoles de formation professionnelle. Si l'université a quelque spécificité, sans doute est-ce, dans une certaine mesure, par le *goût de l'inutile*. Une inutilité d'ailleurs toute relative. Au fond, le contexte est nécessaire à l'argumentation. L'opportunité de la règle explique en effet bien souvent certaines évolutions et il est regrettable de n'y voir qu'une donnée contingente, le plus souvent subversive de la technique.

Au-delà de l'intégration à l'analyse technique des paramètres sociaux et économiques, l'élargissement du prisme disciplinaire est indispensable pour mesurer l'importance de certaines questions. Ainsi, c'est une ouverture pluridisciplinaire plus grande qui permettrait de questionner davantage les possibles mutations de notre droit relatives à la reconnaissance des personnes « intersexuées », aux unions plurielles ou encore au statut juridique de l'animal... À défaut, l'argumentation et la réflexion tournent en boucle : l'animal est un bien parce que ce n'est pas une personne ; ce doit être une personne parce que ce qu'il n'est manifestement pas un bien comme les autres. Ce qui conduit à toujours remonter le questionnement (« qu'est-ce qu'un bien ? » ; « qu'est-ce qu'une personne ? »), plutôt que de réfléchir à la seule question pertinente : qu'est-ce que l'animal *doit être* ?

D'autre part, et cette fois du côté des enseignants, l'évolution sera certainement rendue nécessaire par la modification récemment envisagée de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation<sup>16</sup>. Que restera-t-il à commenter pour nous autres arrêtistes, quand la Cour de cassation, à l'image d'autres Cours suprêmes, nous livrera tous les ressorts de son raisonnement pour éclairer son interprétation de la règle ? Que nous restera-t-il à noter, dans les copies de nos étudiants ? Le propos est, évidemment, caricatural mais il est certain qu'une modification de la technique de rédaction des arrêts de la Cour de cassation supposera un renouveau considérable des réflexions proposées sur l'interprétation de la jurisprudence et, par voie de conséquence, sur les méthodes d'évaluation de nos étudiants.

Reste donc à déterminer comment procéder.

## La réalisation de l'effort : comment faire ?

On peut toujours rêver d'une université idéale qui formerait un juriste « dans la cité », un « omnijuriste-omniscient » congénital, pourvu d'une impeccable rigueur dans le maniement du raisonnement juridique et des sources « formelles » comme de l'aptitude critique nourrie par une vaste culture, au soutien d'une ingéniosité pratique et d'une clairvoyance politique irritant le développement du contentieux et la recherche de multiples canaux d'amélioration du système, dans le respect de la sobriété et de l'exactitude propre à toute démonstration juridique.

L'enseignement des matières techniques serait, de bout en bout, supporté par les données historiques, sociales et économiques nécessaires à la mesure des phénomènes et institutions décrits, auxquelles s'ajouteraient tout l'appareil critique et les controverses internes à la science auxiliaire intégrée à l'apprentissage du droit, permettant d'en mesurer les apports. Les étudiants n'étant pas tous disposés à suivre le programme d'étude de Pantagruel et leurs enseignants n'étant pas en mesure de se transformer en encyclopédies raisonnées, on s'en tiendra à des voies plus praticables.

Ayant ainsi exposé nos « meilleures » – à défaut d'être bonnes – intentions, il faut à présent rentrer dans la mêlée<sup>17</sup> pour suggérer une piste d'évolution susceptible d'être réalisée. Or, la nécessité qui vient à l'esprit pour renforcer la dimension pluridisciplinaire des études de droit consiste d'abord à mieux distinguer les questionnements et leur rattachement disciplinaire dans le cursus, par l'introduction de cours spéciaux, ce qui implique, cependant, une redéfinition plus générale des programmes par une réduction du volume des enseignements techniques.

### Mieux distinguer les questions

Une plus grande ouverture pluridisciplinaire de l'enseignement du droit à l'université suppose de résoudre deux questions : qu'enseignera-t-on ? Qui l'enseignera ?

16. V. l'analyse substantielle de P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation – Raisons, identification, réalisation », *D.* 2015, p. 2022.

17. Conformément aux attentes du jeune et pourtant intransigeant commanditaire de cet article. Il se reconnaîtra mais, pour céder à l'espièglerie qui constitue l'une des marques de fabrique de cette *Revue*, donnons un indice permettant de le reconnaître pour ceux qui souhaiteront à juste titre lui reprocher d'avoir été à l'origine de cet article : c'est une synthèse physique réussie de Simon Baker et de Laurent Romejko.

### **Distinguer les questions théoriques de l'exposé technique dès les premières années du cursus**

Il existe deux voies pour étendre le bagage intellectuel de l'étudiant, qui, heureusement, ne sont pas alternatives mais pourraient être utilement associées.

La première concerne un enseignement capital : le cours d'introduction générale au droit et, plus spécialement, ce qui relève par tradition du premier semestre d'enseignement dans l'année de Licence I, et qui traite, comme on sait, de la distinction du droit objectif et des prérogatives individuelles, des « sources » du droit, du droit de la preuve, et des principes essentiels du droit processuel.

Cet enseignement a en réalité un double contenu<sup>18</sup>, à l'origine de toute la difficulté qu'il présente pour les étudiants mais aussi, pour l'enseignant. En effet, d'une part, il doit constituer un cadre général à l'identification du droit dans ses principales manifestations et à la maîtrise de ses principaux processus d'interprétation et d'application. En cela, son contenu apparaît alors véritablement introductif. D'autre part, il renferme une évocation des principales difficultés théoriques soulevées par l'organisation rationnelle de la discipline. Et il est incontestable que celles-ci abondent à toutes les étapes. Au gré de leur sensibilité, les enseignants se trouvent ainsi en permanence à devoir déconstruire ou nuancer l'ensemble des définitions qu'ils viennent de retenir ou des mécanismes qu'ils exposent : le droit n'est pas la justice mais il en satisfait le besoin ; le droit, c'est la règle mais il ne faut pas le réduire à la règle ; le juge ne pose pas de règles mais il en pose quand même ; les droits subjectifs sont mal définis mais quand même ils existent ; la doctrine n'est pas une « source de droit » mais quand même il faut la connaître... Le cours d'introduction générale au droit est ainsi tant une véritable initiation de caractère élémentaire qu'un parcours des questions de théorie générale les plus complexes.

Cette situation n'est pas satisfaisante. Il est juste que, dès la première année, les étudiants

puissent avoir accès à la richesse des questions soulevées par leur discipline. Il est regrettable, cependant, que cette richesse aille au détriment de la clarté de certaines données élémentaires – oui, la jurisprudence compte – et conduite à l'atrophie d'éléments essentiels dans le cadre de l'enseignement – il est impensable qu'aussi peu de place soit consacrée dans les manuels au rôle et aux méthodes d'argumentation des justiciables et de leurs avocats.

La première étape consisterait donc à scinder le programme de l'introduction au droit en deux semestres, le premier comportant un exposé – éventuellement détaillé – des données introductives proprement dites. Que sont les règles ? Quelle est l'importance de la jurisprudence, à défaut d'en préciser la nature ? Comment s'articulent-elles ? Quelles sont les principales règles d'interprétation ? Quels sont les principes essentiels du procès et les principaux modes alternatifs de règlement des différends ? Quels sont les principaux droits des individus ? Les données élémentaires ainsi acquises, il serait alors possible à l'enseignant – toujours un juriste – d'approfondir les questions déjà abordées : des données de philosophie du droit un peu plus poussées sur les relations entre le droit et la justice et sur la distinction entre la règle de droit et la règle morale, sur la distinction entre notion et concept, entre catégorie et qualification, sur les notions de classification, condition d'application, de sanction ; des réflexions sur les théories de l'interprétation ; des données de sociologie et d'économie ; et, enfin, des illustrations pratiques. Plutôt que de se demander si la doctrine est une autorité, est-il inconcevable d'expliquer à des étudiants que, face à un arbitre, un juge ou le membre d'une autorité administrative qui dispose d'un pouvoir de sanction, le premier réflexe des conseils des parties est d'aller lire leurs écrits ? Quelle meilleure manière de mesurer le rôle de la pensée dans le contentieux, au-delà du rappel – certes utile – des arrêts de la Cour de cassation inspirés par un auteur ?

Ainsi, la première modification à opérer se situe, à notre sens, à la base de la formation.

18. On a bien conscience de n'être pas le premier, loin s'en faut, à réfléchir aux difficultés soulevées par le contenu de l'introduction générale au droit : C. Mouly, « Crise des introductions au droit », *Droits*, 1986, n° 4, p. 99-107, avec lequel nous partageons tout spécialement le constat suivant, dressé au sujet des manuels d'introduction au droit : « Certes, toutes ont un paragraphe ou une section consacré à l'histoire, à la philosophie, au droit comparé, aux sciences annexes, telles la sociologie ou l'économie. Malgré les déclarations d'intention, ces présentations laissent souvent soit un goût de dogmatisme excessif, soit une impression d'inachevé et comme d'inintéressant pour la raison avancée d'une incertitude et d'une imprécision sans fin », p. 101-102.

La seconde consisterait, plus classiquement, à enrichir le cursus de cours « optionnels obligatoires » – les étudiants auraient une matière à choisir aux différents étages du cursus – comprenant certaines matières introductives aux autres sciences humaines, appliquées au droit<sup>19</sup> : l'analyse économique du droit, la sociologie du droit, la philosophie du droit, l'épistémologie du droit, que l'on pourrait décliner ou spécifier au gré du besoin. Puis, en deuxième année, le choix d'un ou deux enseignements généraux, par la suite spécifiés dans les années qui suivent.

### **Le recours à des intervenants « extérieurs »**

Resterait alors à déterminer qui serait chargé de ces enseignements. Il n'est pas de raison d'exclure, par principe, les enseignants des facultés de droit. On l'a dit, il est faux – et vexant – de les réduire à de purs techniciens dépourvus de toute culture générale et de toute aptitude en dehors du périmètre de leur formation initiale. Ce sont aussi des chercheurs, à même de s'immerger dans des univers méthodologiques et conceptuels nouveaux. L'étude du droit présente en effet une dimension littéraire et spéculative, à l'instar d'autres sciences humaines et une certaine polyvalence ne saurait être refusée aux meilleurs esprits.

C'est à la condition cependant d'avoir fourni l'effort nécessaire. Être un bon lecteur et cultiver son jardin par une lecture intelligente des principales œuvres de Durkheim et Aron – dont certains ouvrages permettent d'ailleurs aux paresseux d'économiser la lecture du premier ! – ne fait pas un sociologue. Comprendre les bases de l'analyse économique du droit ne suffit pas à réaliser un exposé critique rigoureux de la pensée de l'école de Chicago. Soyons encore plus clairs : une chose est de citer un auteur ; une autre est de pouvoir en exposer et en critiquer la pensée à un niveau universitaire. Or, il faut convenir que les multiples notes et rééditions des manuels, réactualisations de cours et tâches administratives qui pèsent alternativement ou cumulativement sur chacun, pourraient conduire à douter, sinon du sérieux, du moins de la qualité de l'en-

seignement dispensé en économie ou en sociologie du droit par un enseignant juriste, dans le cadre d'un cours introductif inscrit dans les premiers cycles d'études. Tout enseignant du supérieur met, au bas mot, une dizaine d'années à accéder à l'amphithéâtre dans sa discipline. Serait-il opportun qu'il livre les bases d'une matière qui n'est pas la sienne après quelques années de lecture de week-end et de vacances ? Rappelons qu'il s'agit de cours introductifs et fondamentaux inscrits dans les premières années de formation, et non de séminaires de spécialisation dans des masters 2. Or, quoi de plus naturel, pour de tels enseignements, que de faire appel à une femme ou un homme de l'art ?

Nous avons été invités à intervenir plusieurs fois devant des interprètes-traducteurs ou des étudiants en finance, pour des enseignements juridiques. De l'extérieur, il aurait laissé songeur qu'une école d'interprétariat attribuât un cours de droit comparé à un spécialiste des langues atlantiques. Poursuivons dans les images : un cuisinier peut être particulièrement doué mais si l'on veut manger de l'excellente cuisine japonaise, on aura rarement le réflexe de s'adresser à un restaurant italien.

En somme, sous réserve d'une exigence particulière, laissée à la discrétion des universitaires disponibles et désireux de s'ouvrir à d'autres domaines, la voie naturelle à une promotion crédible de l'ouverture pluridisciplinaire du cursus en droit passe par le recours à des interventions extérieures<sup>20</sup>.

À quoi l'on répondra qu'il n'est pas sûr que la philosophie du droit des philosophes et la sociologie du droit des sociologues correspondent à la réalité de l'activité des juristes. Mettons que cela porte : il resterait possible que les enseignements soient décomposés en une partie introductive propre à poser les bases de la réflexion conduite sous l'autre angle disciplinaire, et une partie dédiée à l'étude du droit, sous l'angle philosophique ou sociologique, le cas échéant sous la double égide de l'universitaire juriste et de l'intervenant extérieur. Après tout, la « pluridiscipli-

19. Renvoyons une nouvelle fois sur ce point au travail déjà cité de Madame Ho Dinh, qui constitue une mise en garde contre une telle démarche d'ouverture disciplinaire, sans démarche épistémologique préalable fournissant le cadre rigoureux à l'interaction d'autres disciplines avec l'apprentissage du droit, spéc., les développements du dernier chapitre, « La reconstruction dogmatique », p. 435 s.

20. Une seule exception peut-être, à la nécessité d'un intervenant extérieur : l'épistémologie juridique, qui requiert, à notre sens davantage un juriste-épistémologue qu'un épistémologue-juriste pour être véritablement éclairante. Encore faut-il bien avoir en face de soi un juriste « véritablement » épistémologue.

narité » bien comprise doit supposer de ce dernier un effort d'identification précis des spécificités du droit auxquelles seront appliqués la méthode sociologique ou le questionnement philosophique.

### **Redéfinir les programmes : « dégraisser le mammouth »**

Les semaines qui composent une année universitaire n'étant pas extensibles, il faut se résoudre à admettre que donner un tour davantage pluridisciplinaire aux études de droit supposerait de réduire d'autant la part revenant aux enseignements techniques. Mais, où trouver les heures ?

Il est alors plusieurs manières de faire.

Selon la manière forte, il s'agit de supprimer, purement et simplement, un enseignement, en retenant qu'il n'est pas essentiel. Sans doute est-ce là l'hypothèse la plus problématique. En vérité, comme on n'a cessé de le répéter aux étudiants, il n'est pas de petite matière. Il est bon que l'offre d'enseignement soit diversifiée et – sans excès – suffisamment ramifiée pour répondre à la réalité indiscutable que constitue la spécialisation du droit. On ne saurait donc, par principe, exclure du programme certaines matières traditionnelles.

Il serait alors possible, avec les mêmes incertitudes, d'attribuer à des matières obligatoires dans le cadre de certaines licences ou Masters I, un caractère simplement optionnel.

Il y a, par ailleurs, la manière douce, qui consiste à modifier les conditions d'apprentissage en limitant le volume de certains cours magistraux, voire en les supprimant, sans pour autant supprimer le contrôle des connaissances. Il existe, en effet, certaines matières qui, quoique d'une très grande richesse, à l'égal de toute

autre<sup>21</sup>, n'en sont pas moins nécessairement appauvries du fait de leur présence au début du cursus. Ainsi, le cours d'institutions judiciaires<sup>22</sup>, pour capital qu'il soit, pourrait n'avoir qu'une visée fort modeste : exposer aux étudiants les principales caractéristiques de notre système juridictionnel. Il est en effet délicat d'exiger de l'étudiant en première année qu'il mesure précisément les reproches adressés à l'existence des juridictions consulaires ou prud'homales, ainsi que les difficultés soulevées par la coexistence de deux ordres de juridictions.

Sans doute un support écrit à réviser chez lui par l'étudiant avec un examen prenant la forme d'un « oral écrit », voire d'un QCM, répondrait-il à l'objectif pédagogique, en libérant un très précieux volume horaire. La même chose peut-être dite pour d'autres matières, tel le second semestre de droit des affaires en deuxième année de Licence, généralement consacré au droit de la concurrence et au droit de la distribution, domaines qui ont vocation à être approfondis par la suite dans des enseignements dédiés au droit de la concurrence et au droit des contrats spéciaux...

Évidemment, ces pistes n'ont rien de péremptoire. Elles n'ont pour seule visée que d'indiquer l'arithmétique fastidieuse et glissante à laquelle invite le développement d'une perspective pluridisciplinaire dans la formation des juristes. Oui, il faut débattre du « trop plein » des matières techniques pour faire de la place à d'autres regards sur notre discipline. Et, pour ce faire, il ne suffit pas d'avoir la bonne idée d'élargir la perspective : il faut réfléchir au détail, en considération de l'objectif particulier que l'on se propose d'atteindre et en prenant en compte, par la même occasion, les quelques faiblesses du modèle existant<sup>23</sup>.

---

21. Au risque de sembler démagogue.

22. Et que tous nos collègues qui apportent mille soins à la préparation de cet enseignement important, instable et complexe, veuillent bien recevoir comme il faut le choix de cet exemple.

23. Et on pense en particulier à l'attribution au cours de droit pénal et de procédure pénale en L2 d'un système de TD par quinzaine, qui paraît dérisoire et véhicule immédiatement aux étudiants l'impression que le droit pénal est une sous-matière.

# État des lieux et propositions nouvelles pour une évolution du concours d'agrégation de l'enseignement supérieur<sup>1</sup>

**Benjamin Moron-Puech**

Doctorant à l'Université Panthéon-Assas

1. Le présent article est le fruit des échanges que son auteur, doctorant en droit privé en fin de thèse, a eus au sujet de l'agrégation. Que les responsables de la *Revue de droit d'Assas* soient ici remerciés d'avoir donné l'occasion à l'auteur de ce texte d'approfondir et de structurer ses réflexions sur cette institution et d'en publier ici le fruit.

2. Avant toute chose, il n'est pas inutile de rappeler brièvement l'histoire et le fonctionnement de ce concours. Créée le 20 décembre 1855, l'agrégation de droit met fin au pouvoir du souverain dans la nomination des professeurs d'université<sup>2</sup>. Après sa création, le concours a évolué de deux manières.

En premier lieu, en faisant évoluer ses épreuves. *Ab initio*, il était composé, pour les « épreuves préparatoires », d'une composition écrite de droit romain en latin préparée en sept heures et d'une leçon orale de quarante-cinq minutes, après quatre heures de préparation libre « sur un sujet emprunté à l'ordre d'enseignement pour lequel le candidat s'est inscrit » que l'on appellerait aujourd'hui « de spécialité ». Quant aux « épreuves définitives », elles consistaient d'abord en deux leçons orales de quarante-cinq minutes, préparées après vingt-quatre heures de préparation libre sur un sujet de spé-

cialité. Suivaient ensuite deux argumentations (discussions avec le jury) de deux heures chacune, l'une portant sur le *Digeste* et la seconde sur un sujet de spécialité. La liste des évolutions est trop longue pour les mentionner ici. Retenons seulement que les épreuves n'ont cessé d'évoluer, tant dans leurs contenus que dans leur organisation, afin de permettre au concours d'être toujours en phase avec les exigences de son époque dont la plus importante serait l'augmentation du nombre de candidats. Ont ainsi disparu la composition et les argumentations, tandis que d'autres épreuves ont muté, changeant de durée ou de sujet.

En second lieu, le concours a évolué en se scindant en trois. Par là, il a contribué à une meilleure spécialisation de la recherche en droit, spécialisation qui, au début du xx<sup>e</sup> siècle, était nécessaire pour qu'émergent les méthodes et connaissances propres à l'histoire du droit ou au droit public.

3. Aujourd'hui, l'agrégation est régie par l'article 49-2 du décret du 6 juin 1984<sup>3</sup> et un arrêté d'application du 13 février 1986<sup>4</sup>. Pour le concours de droit privé, elle comporte trois temps : une sous-admissibilité composée d'une épreuve dite « sur travaux », une admissibilité composée d'une épreuve de leçon portant sur les

1. Que soient ici remerciées les nombreuses personnes ayant aidé l'auteur « officiel » de ce texte. L'anonymat qu'elles ont voulu conserver n'enlève rien aux mérites de leur travail.

2. Ceux-ci étaient nommés par le Saint-Siège puis par le Roi. Cf. Ch. Chêne, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Droz, 1982, p. 11. Napoléon Bonaparte alla même jusqu'à conditionner l'inamovibilité des professeurs à un serment d'obéissance et de fidélité. (J. Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, Presses Universitaires de Lyon, Coll. Critique du droit, 1987, p. 117.)

3. Décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

4. Arrêté du 13 février 1986 relatif à l'organisation générale du premier concours d'agrégation pour le recrutement des professeurs des universités des disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion.

sources du droit privé préparée pendant huit heures en loge et une admission composée d'une leçon de quarante minutes préparée librement pendant vingt-quatre heures et une seconde leçon en loge portant sur des spécialités déterminées<sup>5</sup>.

4. Depuis plusieurs années, les contours actuels du concours d'agrégation ont suscité un vif débat, portant même sur l'existence de ce concours. Si certains en appellent à sa suppression<sup>6</sup>, d'autres universitaires plaident pour son maintien. Parmi ces universitaires, il faut distinguer ceux qui souhaitent que l'agrégation conserve sa forme actuelle<sup>7</sup> de ceux qui pensent que ce concours doit s'adapter<sup>8</sup>. Après avoir brièvement rappelé ces critiques (I.), il sera possible de réfléchir aux conséquences qui doivent en être tirées : le concours doit-il survivre, être modifié ou être laissé tel quel (II.) ?

## I. Examen critique de l'agrégation

5. L'étude des discours critiques du concours de l'agrégation permet de faire apparaître au moins deux sortes de critiques. Les unes portent sur les modalités mêmes du concours (A.), les autres sont tirées de la comparaison de ce concours avec d'autres types de recrutement (B.).

### A. Les critiques concernant les modalités du concours

6. Concernant en premier lieu le concours lui-même, il est possible de distinguer les critiques générales de celles propres à chaque épreuve.

7. Pour les critiques générales, il est tout d'abord reproché au concours de ne laisser aucune place

à l'anonymat et aux épreuves écrites. Mise à part l'épreuve sur travaux, le concours est composé d'épreuves avant tout orales<sup>9</sup>, ce qui rend tout anonymat impossible. Il faut noter que cette évolution a une répercussion sur la lourdeur du concours pour les membres du jury puisque le caractère oral les astreint à une présence constante tout au long des épreuves.

Ensuite, le lieu du concours est critiqué puisque certains estiment que se trouvent favorisés les candidats demeurant à proximité de l'Université Panthéon-Assas où ce concours a lieu, ou y ayant leurs réseaux d'influence.

Enfin, le concours est critiqué en ce qu'il est la voie majeure de sélection des Professeurs. Cela peut avoir pour effet de priver les Maîtres de conférences en poste de perspectives d'évolution, et donc de participer à une démotivation de ces enseignants-chercheurs.

8. Pour les critiques propres à chaque épreuve, si celles-ci se cristallisent sur l'épreuve de vingt-quatre heures, les autres épreuves ne sont pas totalement épargnées. Il est ainsi fréquemment reproché à l'épreuve sur travaux, du moins dans les concours où le nombre de candidat est élevé<sup>10</sup>, d'exiger des membres du jury une somme de travail « déraisonnable »<sup>11</sup>. Si la première épreuve en loge paraît épargnée, telle n'est pas le cas de la seconde, dite « de spécialité ». Certains auteurs soulignent par exemple le caractère déséquilibré des blocs de compétence que peuvent choisir les candidats<sup>12</sup>.

À cela, il pourrait être également ajouté que la spécialisation par bloc n'est pas forcément pertinente puisque peuvent exister des profils « à

5. Pour une description du concours actuel, cf. P.-Y. Gautier, « Le concours d'agrégation au plus intime : institutes coutumières », *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PUSS, 1996, p. 221 s.

6. Cf. notamment le blog <https://suppressionagrégation.wordpress.com> qui, sur un ton souvent potache, souhaite accumuler les arguments pour que « les sections CNU 1 à 6 » soient mises « dans la procédure de droit commun ».

7. Cf. not. J.-F. Césaro et alii, « Pour la leçon d'agrégation en 24 heures », *D.* 2004, p. 427.

8. Cf. et de manière non exhaustive : T. Le Bars, « Agrégation de droit privé et de sciences criminelles : libres propos pour la suppression de "l'épreuve de 24 heures" », *D.* 2004, p. 4 ; D. Truchet, « Réforme du statut des universitaires : l'agrégation et le reste », *JCP G* n° 40, 29 sept. 2014, p. 983 ; M. Grimaldi, « Pour que vive l'agrégation en droit ! », *D.* 2014, p. 152 ; M. Fabre-Magnan, « La réforme du statut des universitaires », *D.* 2014, p. 2232 ; O. Beaud, « Libres propos sur le concours d'agrégation du supérieur », *AJDA*, 2015, p. 920. Adde les différents rapports des présidents du jury : Rapport du Pr. D. Truchet, concours de droit public 2012, <http://www.guglielmi.fr/spip.php?breve560> ; Rapport du Pr. P. Wachsmann, 2014, <https://chevaliersdesgrandsarrets.files.wordpress.com/2014/10/rapport-du-jury.pdf> ; Rapport du Pr. É. Neveu, 2015, <http://www.afsp.info/omasp/agregation/rapportagreg20142015.pdf>. Voir aussi « Rapport du groupe de réflexion sur les modalités de recrutement des professeurs des universités dans les disciplines juridiques et politiques » dirigé par le Pr. Fr. Sudre, 2011, <http://www.afsp.info/omasp/metiers/rapportsudre2011.pdf>.

9. Certes les candidats remettent un écrit aux membres du jury, mais l'appréciation de leur prestation paraît se faire avant à partir de l'examen de leur prestation orale.

10. Ainsi, ce problème n'existe pas semble-t-il pour l'agrégation d'histoire du droit ou celle de sciences politiques.

11. M. Fabre-Magnan, précité ; Rapport Sudre, n° 27 s. ; ou encore le billet « Les tares congénitales de l'épreuve dite "sur travaux" » sur le blog précité.

12. M. Grimaldi, précité.

cheval » entre plusieurs blocs, lesquels seront par conséquent désavantagés.

Enfin, l'épreuve de vingt-quatre heures est souvent critiquée, compte tenu de l'avantage qu'elle procurerait aux candidats parisiens<sup>13</sup>, notamment parce que ceux-ci seraient familiers des lieux où se déroulent les épreuves ou auraient une plus grande facilité (financière et relationnelle) à composer des équipes.

## **B. Les critiques tirées d'une comparaison entre le concours et d'autres modes de recrutement**

**9.** Concernant en second lieu les critiques reposant sur une analyse comparée du concours d'agrégation avec d'autres modes de recrutement existant ou susceptibles d'exister, ces critiques tendent à souligner les inconvénients de ce mode de recrutement tant pour les recruteurs, à savoir les Universités (1.), que pour les organes de tutelles, à savoir le ministère (2.).

### **1. L'agrégation, un recrutement insatisfaisant pour l'Université**

**10.** Du point de vue des Universités recrutant des professeurs agrégés, le concours est incontestablement un gage de qualité des personnes recrutées. Est-ce pour autant un gage suffisant et, surtout, l'excellence doit-elle être le seul critère de recrutement ?

**11.** D'abord, la qualité du recrutement procurée ne se fait que sur des bases nationales<sup>14</sup>. Or, si certaines disciplines sont inconcevables sans une connaissance très précise du droit national, tel n'est pas le cas de toutes. Songeons par exemple à l'histoire du droit, au droit comparé ou encore à la théorie du droit.

En outre, le concours ne permet pas d'évaluer toutes les compétences des candidats. En particulier, la capacité du candidat à travailler en groupe n'est nullement vérifiée par ce concours, alors même que le service public de l'enseignement supérieur doit favoriser la création collective<sup>15</sup> d'une part et que le travail à venir de cet enseignant nécessitera, contrairement au travail

de thèse jusqu'à présent mené, de travailler en groupe d'autre part.

Par exemple, le candidat n'a semble-t-il pas la possibilité de soumettre des travaux écrits à plusieurs mains, sauf à ce que l'œuvre personnelle de l'auteur soit clairement identifiée dans l'article. Quant à la leçon de vingt-quatre heures, qui a certes lieu en groupe, celle-ci ne vérifie que très partiellement la compétence du candidat à œuvrer en collectivité, puisque, dans cette épreuve, le candidat collabore moins qu'il ne dirige.

N'est pas non plus vérifiée la compétence du candidat à produire des supports pédagogiques autres que le cours (fiches de travaux dirigés notamment) ou à évaluer les connaissances de ses étudiants. Dans la même veine, le concours ne vérifie guère la compétence du candidat sur des questions pratiques, alors même que ce candidat devra plus tard former notamment des praticiens<sup>16</sup>.

**12.** Ensuite, l'excellence du recruté, à la supposer établie, n'a guère d'intérêt si elle ne permet pas aux universités de réaliser leurs objectifs, tels que définis dans le projet d'établissement. Or, pour réaliser ces objectifs, ne faut-il pas permettre aux Universités de choisir leur personnel ? Si, à l'heure actuelle, l'article 49-2 du décret de 1984 pourrait permettre aux Universités de s'opposer au choix d'un agrégé dans l'affectation, ce texte n'est néanmoins guère utilisé et sans doute fort heureusement, compte tenu de son caractère lacunaire<sup>17</sup>.

### **2. L'agrégation, un recrutement insatisfaisant pour l'organisme de tutelle**

**13.** Du point de vue de l'organe de tutelle – le Ministère en charge de l'enseignement supérieur –, qui finance en grande partie les Universités, il n'est pas certain que le concours d'agrégation permette en l'état au ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche d'assurer, à un coût raisonnable, l'excellence des Universités françaises au niveau international.

**14.** D'abord, en effet, ce concours paraît représenter un coût important pour le ministère qui

13. *Idem* et les rapports Sudre, Truchet et Wachsmann.

14. Même s'il est permis à des candidats étrangers de candidater (art. 6 de l'arrêté de 1986 précité).

15. C. édu., art. L. 123-6 al. 2.

16. Rappr. rapport Sudre précité, n° 21.

17. O. Beaud, précité.

est chargé de son organisation<sup>18</sup>. En effet, à s'en tenir aux seuls coûts liés aux personnels, il doit être souligné que, durant l'année que dure le concours, les candidats et le jury mobilisent une très grande partie de leur temps de travail à la préparation des épreuves et à leur participation à celles-ci. Un calcul rigoureux de l'opportunité économique de l'agrégation ne peut cependant faire l'économie d'une analyse comparée avec l'autre mode de recrutement principal des professeurs qu'est la qualification par le CNU. Or, à première vue, l'écart n'apparaît pas manifeste. Il pourrait être en revanche plus flagrant si le recrutement était fait uniquement et directement par les Universités, comme c'est le cas dans de nombreux pays étrangers voisins de la France, tels les Pays-Bas ou le Royaume-Uni.

**15.** Ensuite, il pourrait être avancé que le concours d'agrégation ne permet pas de garantir l'excellence des universités françaises au plan international. En effet, outre qu'il n'est guère ouvert aux juristes étrangers, ce concours n'encourage nullement les juristes français à s'intéresser au droit comparé et à enrichir par la suite la « science juridique française » au moyen des progrès réalisés à l'étranger. Un candidat reçu au concours nous confiait par exemple que son approfondissement du droit comparé avait été pour lui un désavantage par rapport aux autres candidats, car, pendant que ses camarades passaient des épreuves blanches, il devait pour sa part rattraper les lacunes qu'il avait accumulées sur le droit français, du fait de son intérêt pour le droit comparé. Cette organisation du concours ne permet donc pas la réalisation de la dernière mission du service public de l'enseignement supérieur, à savoir la coopération internationale<sup>19</sup>.

**16.** Ceci rejoint une autre critique tenant à la fermeture du concours à l'interdisciplinarité. Les profils de candidats ayant produit des travaux à cheval sur plusieurs disciplines sont désavanta-

gés ; même au sein des disciplines juridiques, la séparation des agrégations de droit, conduit à désavantager les candidats s'intéressant à la fois au droit public et au droit privé ou à la fois à l'histoire du droit et au droit privé. Or, l'interdisciplinarité est moins à sanctionner qu'à promouvoir, ce qu'énonce d'ailleurs le Code de l'éducation<sup>20</sup>. En effet, il est permis de penser, grâce aux travaux d'épistémologues tels T. Kuhn, que l'interdisciplinarité, par le renversement des paradigmes qu'elle favorise, peut permettre d'accroître considérablement la qualité des savoirs<sup>21</sup>. Dès lors, si la spécialisation en droit doit assurément être promue, cela ne doit pas se faire au détriment de la coordination des savoirs, problème central aujourd'hui dans les sciences sociales<sup>22</sup>.

**17.** L'ensemble de ces critiques, sans doute de valeur inégale, révèle les importants défauts du concours actuel. Quelles conséquences tirer de ces critiques pour améliorer le recrutement des professeurs (II) ?

## II. Les conséquences à tirer de ces critiques

**18.** Le caractère imparfait de l'agrégation pourrait conduire à abandonner cette institution au profit des autres voies de recrutement (A.), mais les inconvénients de celles-ci plaident pour une agrégation rénovée (B.).

### A. Le rejet de la suppression du concours ?

**19.** La première idée qui, compte tenu de sa radicalité, pourrait venir à l'esprit serait de supprimer l'agrégation. Cette solution ne serait cependant sans doute pas satisfaisante compte tenu d'une part des critiques qui paraissent s'attacher à l'autre procédure existante de recrutement par les Universités et d'autre part de l'absence de structure, autre que l'Université, offrant aux docteurs un travail épanouissant.

18. Sur la liste des postes à prendre compte pour évaluer ce coût, cf. le billet « Pour évaluer le coût de l'agrégation » sur le blog précité.

19. C. éduc., art. L. 123-3, 6°. Rapp. C. éduc., art. L. 123-7 al. 1<sup>er</sup>, indiquant que ce service public « contribue, au sein de la communauté scientifique et culturelle internationale, [...] à la rencontre des cultures ».

20. C. éduc., art. L. 123-5, al. 6 : « Il [le service public de l'enseignement supérieur] améliore le potentiel scientifique de la nation [...] en favorisant les rapprochements entre équipes relevant de disciplines complémentaires. »

21. Rapp. S. Robert et C. Garnier, « Épistémologie de l'interdisciplinarité et représentations sociales : l'exemple du médicament », [http://geirso.uqam.ca/jirso/Vol1\\_Sept03/CGarnier\\_SRRobert.pdf](http://geirso.uqam.ca/jirso/Vol1_Sept03/CGarnier_SRRobert.pdf), p. 7.

22. Rapp. P. Duran et E. Lazega, « Introduction. Action collective : pour une combinatoire des mécanismes de coordination », *L'Année sociologique, Les figures de la coordination* (2), 2015/2, vol. 65, p. 291 [<https://www-cairn-info.bibliunum.u-paris2.fr/revue-l-annee-sociologique-2015-2-page-291.htm>] où l'on peut lire : « [l]a coordination est véritablement la question centrale des sciences sociales ».

**20.** En l'état actuel des textes, l'accès à un emploi stable d'enseignant-chercheur au sein des Universités n'est possible que par la voie du concours d'agrégation ou celle combinant la qualification par le CNU et ensuite le recrutement direct par les universités. Dès lors, pour qui souhaite ne pas passer l'agrégation, la seule voie ouverte pour occuper un emploi d'enseignant chercheur à l'Université est de recourir à cette seconde procédure de recrutement.

La difficulté cependant résulte de ce qu'il n'est pas certain que ce type de recrutement échappe aussi à toute critique. D'un côté, le recrutement par le CNU a l'avantage de mettre un terme définitif à toutes les questions relatives au concours lui-même (temps nécessaire, discrimination, etc.), tout en donnant aux universités la possibilité de sélectionner eux-mêmes les candidats, ce qui pousserait non seulement ces derniers à s'investir au sein de leurs facultés, pour démontrer leur dynamisme, mais aussi à ne pas négliger la recherche, puisque celle-ci serait au centre de la sélection. D'un autre côté, cependant, il peut être reproché au recrutement par le CNU de n'accorder aucune place à la pédagogie, en l'absence de sélection des candidats sur des leçons orales. Par ailleurs, ce recrutement peut aussi avoir comme effet de favoriser le localisme<sup>23</sup>, encore que, à l'instar de ce qui se pratique en sciences économiques, celui-ci pourrait être régulé par l'interdiction d'occuper un premier poste dans son université de soutenance ou d'enseignement<sup>24</sup>. Enfin, cette voie de recrutement ne permettrait guère, contrairement à l'agrégation, d'inciter les meilleurs étudiants à venir à l'Université, car, soulignons-le avec d'autres, tel est l'un des principaux avantages du concours d'agrégation.

Compte tenu de ces éléments critiques, d'aucuns pourraient songer à se tourner vers d'autres structures que les universités.

**21.** Les activités d'enseignement et de recherche ne sont pas le monopole de l'Université, il existe également d'autres structures au sein desquelles l'enseignant-chercheur pourrait trouver des emplois susceptibles de l'intéresser, principalement le CNRS, les instituts d'études politiques (IEP), l'ENS et les établissements privés d'ensei-

gnement du droit. Cependant, ces emplois ne sont pas équivalents à ceux que l'Université propose aux docteurs. Ainsi, un emploi au CNRS ne permettra guère à ce docteur d'avoir une réelle activité d'enseignement. Quant à l'ENS, les IEP ou les établissements privés, si ceux-ci permettent de cumuler les activités d'enseignement et de recherche, les conditions de travail et les profils d'étudiants sont tout à fait différents.

**22.** Finalement, il apparaît que la suppression de l'agrégation, en raison des vices paraissant entacher ce mode de recrutement, pourrait ne pas être satisfaisante. D'une part, car ce choix revient à se tourner vers des modes alternatifs de recrutement qui présentent aussi des inconvénients. D'autre part, car les emplois équivalents à ceux proposés par l'Université ne permettraient pas de satisfaire l'ensemble des docteurs. Dès lors, il reste à envisager une réforme de l'agrégation.

## **B. Vers une nouvelle réforme de l'agrégation**

**23.** L'histoire nous a montré que l'agrégation avait subi de nombreuses évolutions et qu'elle n'était donc pas une institution figée. Nous proposons de nous appuyer sur les critiques faites à l'agrégation pour esquisser des propositions d'évolution. Deux critiques nous paraissent appeler une évolution du concours, les unes tiennent au caractère potentiellement discriminant de certaines modalités du concours (1.), les autres à l'insuffisance des moyens octroyés au jury pour évaluer la recherche des candidats lors de la première épreuve (2.).

### **1. La suppression des discriminations avérées ou potentielles**

**24.** Avant d'envisager la question des modifications à apporter au concours pour éviter les discriminations, il importe de relever que les différents jurys de l'agrégation sont très sensibles à cette question tant en amont des épreuves qu'en aval de celles-ci. En amont, d'importants efforts sont réalisés afin d'obtenir un jury globalement équilibré, notamment quant à la parité entre femmes et hommes, représentatif de la diversité des territoires (Paris et Provinces) et des disciplines. Cependant, il ne s'agit pour l'instant que d'une autorégulation et il serait souhaitable que

23. Comp. toutefois le billet « Réformer pour sauver », tiré du blog précité et où la critique de l'« endo-recrutement » ou « localisme » est relativisée.  
24. Rapp. M. Fabre-Magnan, précité. Certaines facultés ont déjà comme coutume de ne recruter que des candidats qui leur sont étrangers.

ces bonnes pratiques soient codifiées<sup>25</sup>. En aval du jury, nombreux sont les rapports ou articles de présidents du jury ayant eu l'occasion de déplorer les inégalités structurelles induites par ce concours.

**25.** Pour en venir à présent à ces inégalités sources de discriminations<sup>26</sup>, il convient d'indiquer que celles-ci sont de trois sortes : personnelle, territoriale et disciplinaire.

**26.** S'agissant en premier lieu de la discrimination personnelle, il convient d'indiquer que les textes organisant le concours ne réglementent nullement les conflits d'intérêts susceptibles d'exister en présence d'un candidat proche d'un des membres du jury. Si le déport est cependant une pratique coutumière, ses contours sont susceptibles de varier au gré des différents concours et il serait souhaitable que des règles précises soient fixées, ne serait-ce que pour alléger la tâche du jury et lui permettre de se consacrer avant tout à la sélection des candidats.

Ensuite, pour limiter les risques de discriminations d'ordre personnel, il serait souhaitable d'introduire une épreuve anonyme. Celle-ci permettrait à ce concours d'être non seulement réellement équitable<sup>27</sup>, mais aussi en apparence équitable. Comme le dit l'adage anglais bien connu « *Justice must not only be done, it must be seen to be done* ». Le caractère sans doute écrit de cette épreuve anonyme aurait en outre pour avantage de permettre aux membres du jury de gagner du temps par rapport à une épreuve orale, ce qui pourrait alors libérer plus de temps pour d'autres épreuves ; nous y reviendrons.

**27.** Concernant ensuite la discrimination d'ordre territorial, il conviendrait de réformer l'épreuve de vingt-quatre heures. Or, le principal remède, proposé à l'heure actuelle par les différentes personnes ayant jugé cette épreuve discriminatoire, est sa suppression<sup>28</sup>. Relevons d'ailleurs, avec les membres du rapport dirigé par le Professeur Sudre, que cette suppression a déjà eu lieu pour l'agrégation de sciences politiques, sans que les membres du jury n'aient pu constater un quelconque effet négatif sur le recrutement des professeurs<sup>29</sup>. La leçon de vingt-quatre heures pourrait alors être remplacée par une deuxième épreuve de spécialité. Cependant, afin d'éviter tout doublon avec l'épreuve de spécialité existante, il conviendrait d'évaluer d'autres compétences du candidat et notamment sa compétence face à des questions plus pratiques. C'est en ce sens que le rapport Sudre propose d'instaurer une telle épreuve de spécialité, lors de laquelle il pourrait être demandé au candidat de résoudre un cas pratique, de réaliser une note de synthèse ou encore de mettre sur pied une séance de présentation d'un séminaire de recherche. Outre ces propositions d'exercice pratique, pourrait être ajoutée une dimension pédagogique, plus poussée, par exemple en demandant au candidat de préparer une correction à un exercice à destination d'étudiants.

**28.** Enfin, quant à la discrimination d'ordre disciplinaire, il serait souhaitable de développer des mécanismes permettant de ne pas discriminer les candidats ayant un profil atypique, compte tenu de leur intérêt pour des disciplines peu asso-

25. Cf. le rapport Sudre, n° 21. Il y a là plus généralement la marque d'un certain laconisme des textes relatifs au concours qui laissent une très grande latitude aux membres du jury pour organiser le concours. Or, ceux-ci se plaignent parfois de cette grande latitude qui implique de leur part, au début du concours, d'importants efforts d'organisation (en ce sens le rapport d'É. Neveux, président du concours d'agrégation de sciences politiques 2014-2015, p. 11 s.), alors qu'il serait souhaitable qu'ils se concentrent immédiatement sur la mise en place des épreuves elles-mêmes. Parmi les points qui pourraient être précisés, il y aurait les modalités de vote des membres du jury (idéalement un vote à bulletin secret précédé d'une délibération), les règles d'attribution des travaux aux rapporteurs (éviter par exemple de donner des rapports au président du jury compte tenu de son rôle prépondérant), les règles sur les corrections (notamment distribution de la correction aux autres membres du jury en aval des épreuves de manière à ce que les membres du jury non spécialistes ne soient pas trop influencés par l'auteur du corrigé), les règles sur la communication des résultats et des rapports (les communiquer dès les épreuves passées).

26. Il faut d'ailleurs noter que « le service public de l'enseignement supérieur contribue à la lutte contre les discriminations, à la réduction des inégalités sociales ou culturelles et à la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes en assurant à toutes celles et à tous ceux qui en ont la volonté et la capacité l'accès aux formes les plus élevées de la culture et de la recherche. » (C. éduc., art. L. 123-2, 3°).

27. Cf. les propos d'un de ses anciens présidents : « Le jury étant composé de sept membres qui, pour certains, ne se sont jamais rencontrés auparavant, qui représentent les diverses disciplines juridiques, qui ne sont pas tous universitaires (en droit privé, l'usage est qu'y siège un magistrat de la Cour de cassation) et qui, surtout, auront écouté ensemble et quatre fois, puisque tel est le nombre d'épreuves, les candidats agrégés, il n'y a lieu de craindre ni le népotisme, ni le clientélisme, ni le localisme, ni les influences dont peuvent souffrir d'autres modes de recrutement. Certes, la chance dans le tirage du sujet et la subjectivité inhérente à toute appréciation humaine ont leur part dans les résultats. Mais l'honnêteté y est, en tout cas, le mieux assurée. Les soupçons parfois exprimés, d'un « règlement de comptes » entre telles écoles ou telles personnes, relèvent ou de l'aveuglement individuel du candidat déçu, ou du fantasme collectif » (M. Grimaldi, précité).

28. M. Grimaldi, précité ; rapport Sudre, n° 36 ; rapport Truchet, 2012, p. 14 ; rapport Wachsmann, 2014, p. 7.

29. Rapport Sudre, n° 34.

ciées<sup>30</sup>. Deux mécanismes peuvent être ici envisagés. D'abord, lors de l'épreuve sur travaux, il serait souhaitable que le jury puisse s'adjoindre les services d'une sorte d'*amicus curiae* lorsqu'aucun des membres du jury n'est familier avec la matière atypique où le candidat est notamment spécialisé. Pourraient ainsi participer occasionnellement à un jury d'agrégation de droit privé, un historien du droit ou un publiciste, lorsque le jury n'en comprend pas, mais aussi, plus largement, un philosophe, un anthropologue, voire des universitaires des prétendues « sciences dures » : médecin, ingénieur, etc.

Par ailleurs, lors de l'épreuve de spécialité (uniquement spécialité juridique), il serait souhaitable que, plutôt que de laisser au candidat le droit de choisir des blocs de matières à la taille non homogène et ne correspondant pas forcément à ses travaux, il soit dressé une liste de matières correspondant à celles enseignées à l'Université et au sein de laquelle le candidat devrait en choisir un certain nombre. Puis, lors de l'épreuve de spécialité, il serait proposé au candidat un sujet portant sur une ou plusieurs des matières choisies. Le rapport Sudre a fait un premier pas en ce sens en proposant des blocs de matières plus petits. Il apparaît cependant opportun d'aller plus loin dans cette direction. Ajoutons que ce fonctionnement aurait non seulement l'avantage de ne discriminer aucun profil de candidat, mais aussi de permettre aux blocs de matières définis d'être plus évolutifs et plus facilement en adéquation avec l'évolution et les besoins de la science juridique elle-même.

## 2. L'allongement du temps de lecture des travaux présentés lors de l'épreuve sur travaux

**29.** En second lieu, il importe de modifier le concours pour permettre que l'épreuve sur travaux se déroule dans de bonnes conditions, en allouant pour cela aux membres du jury un temps raisonnable pour lire les travaux du candidat et établir leur rapport<sup>31</sup>. La nécessité de cette réforme résulte du caractère premier de l'épreuve sur travaux et de la sous-admissibilité qui s'opère

à son issue. Pour améliorer les conditions de cette épreuve, le rapport Sudre propose plusieurs mesures fort intéressantes<sup>32</sup> et, notamment, l'avancement du calendrier, ce qui permettrait aux membres du jury d'avoir plus tôt accès aux travaux des candidats. Ce rapport propose également de ne pas auditionner les candidats dont les travaux n'apparaissent manifestement pas à la hauteur des exigences du concours, ce qui permettrait d'auditionner moins de candidats et donc de débiter les auditions plus tardivement. À ces mesures, peut être ajoutée la proposition de modifier les contours de la deuxième épreuve (la première épreuve en loge), pour en faire une épreuve écrite qui pourrait intervenir juste avant les congés de Noël. En effet, cette modification évoquée plus haut permettrait également d'allonger la période dédiée à l'épreuve sur travaux.

Si ces trois mesures étaient mises en place, les membres du jury disposeraient du temps nécessaire pour examiner les travaux dans de bonnes conditions. Ce temps supplémentaire dégagé pourrait également permettre d'entendre plus longuement les candidats et ainsi leur permettre d'interroger également les candidats sur leurs projets de recherche à venir<sup>33</sup>, à l'instar de ce qui se fait pour le recrutement de chargé de recherche au CNRS.

## Conclusion

**30.** Les développements précédents permettent de conclure que la suppression du concours ne conduirait qu'à reporter nombre des problèmes vers d'autres institutions qui ne présentent pas les mêmes avantages que le concours de l'agrégation. Dès lors, pour résoudre les difficultés relevées, il apparaît préférable de plaider, non pas pour la suppression de l'agrégation, mais pour son évolution.

**31.** Concrètement pour réaliser cette évolution, la meilleure voie paraît être d'ordre juridique. En effet, le concours étant réglementé par voie réglementaire, la seule manière de faire évoluer l'agrégation passe par la modification des textes

30. Il faut d'ailleurs noter que « le service public de l'enseignement supérieur [...] favorise l'innovation, la création individuelle et collective dans le domaine des arts, des lettres, des sciences et des techniques » (C. éduc., art. L. 123-6 al. 2, nous soulignons). Cet article témoigne de la volonté du législateur de favoriser l'innovation et donc les idées inattendues ou surprenantes.

31. Cf. M. Fabre-Magnan, précité et Fr. Sudre, précité, n° 20.

32. Rapport Sudre, précité, n°s 27 s.

33. Rapport Sudre, précité, n°s 27 s.

l'encadrant par le ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche.

Pour obtenir la modification de ces textes réglementaires, il serait possible d'écrire au ministère pour tenter de convaincre ses membres de modifier lesdits textes. À cette fin, il pourrait être indiqué que les textes organisant le concours d'agrégation ne sont pas en adéquation avec les objectifs et missions de l'enseignement, tels que définis par le chapitre III du titre II du livre I de la partie I du Code de l'éducation, de sorte qu'ils sont illégaux.

Si d'aventure cet argumentaire juridique ne suffisait pas à convaincre les membres du ministère de l'opportunité de modifier la réglementation de ce concours – ce que ces membres ont les moyens de faire rapidement puisque, à en croire un auteur, « le texte [de réforme] existe<sup>34</sup> » déjà –, alors, dans un second temps, il pourrait être envisagé de déposer un recours pour excès de pouvoir pour concrétiser cette énième évolution du concours d'agrégation.

---

34. M. Grimaldi, précité.

# Soyons fous, même à l'université !

**Farah Safi**

Maître de conférences en droit privé  
Université Panthéon-Assas

**D**es doctorants sur l'estrade... Quelle drôle d'idée ! Un pénaliste qui traite de la notion de bien en matière civile... : de quoi se mêle-t-il ? – aucune réaction n'ayant évidemment été enregistrée s'agissant du civiliste qui traitait de la notion de bien en matière pénale puisque, par principe, et étant civiliste, il peut aborder tous les sujets : il est, lui, un juriste !

Pourtant, la bibliothèque de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris était pleine ce jeudi 28 mai 2015, de professeurs, de maîtres de conférences, de doctorants – encore eux ! – d'étudiants de Master 2 ou autres, tous venus soit par intérêt, soit par amitié, pour assister à cette table ronde intitulée : « *La notion de bien : regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale et d'un pénaliste sur la notion de bien en matière civile* ».

Il ne s'agit pas ici de vanter le succès de cette table ronde, ni de faire un compte-rendu de cette manifestation – cela serait d'ailleurs inutile puisque les actes seront prochainement publiés dans la revue de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris<sup>1</sup>. Il s'agit tout simplement de revenir sur les raisons d'être de cet événement, c'est-à-dire sur sa conception, bref sur les éléments ayant motivé sa tenue.

Pour ce, il convient d'expliquer, tout d'abord, l'idée même de « table ronde » (I), avant d'évoquer, ensuite, le choix des intervenants (II) et, enfin, le choix du thème (III)<sup>2</sup>.

## I. L'idée d'une table ronde : une folie justifiée

Si l'idée d'organiser une table ronde n'est pas nouvelle<sup>3</sup>, il reste que celle qui occupe – ou pré-occupe ? – cette rubrique présente deux singularités : d'une part, il ne s'agit que de la deuxième table ronde<sup>4</sup> organisée par l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris<sup>5</sup> et, d'autre part, c'est une première à mettre en avant « des regards croisés ».

L'idée d'organiser une table ronde peut paraître séduisante pour plusieurs raisons. Elle permet d'étudier des thèmes d'actualité, en allant à l'essentiel. Il est vrai que les enseignants n'assistent que très rarement à de tels événements car cela nécessite le plus souvent d'y consacrer toute une journée – sans avoir nécessairement la garantie d'apprendre grand-chose... La « formule » choisie est alors plutôt légère : ce sont des tables rondes qui commencent à 18 heures – afin de permettre à tout le monde d'avoir une journée normale de travail, même si nombreux sont ceux qui pensent qu'un universitaire ne « travaille » pas vraiment... – et qui se termine vers 20 heures. Deux heures semblent largement suffisantes pour aborder un thème, sans pour autant prétendre révolutionner le monde, en donnant simplement des pistes de réflexions.

Mais une table ronde, c'est aussi une occasion, parmi d'autres, de sauver l'Université, comme le souhaitent les responsables de cette *Revue*, en créant un prétexte pour que les collè-

1. *Revue de l'Institut de Criminologie et de droit pénal de Paris*, Essais de philosophie pénale et de criminologie, v. 11, Dalloz 2016, à paraître.

2. Un plan en trois parties, l'auteur de cette contribution présente toutes ses excuses (mais après tout, il n'est « que » pénaliste...).

3. Le laboratoire de droit civil de l'Université de Paris 2 organise, par exemple, depuis un certain temps maintenant, et assez régulièrement, des tables rondes.

4. L'Institut a eu l'occasion d'organiser par ailleurs d'autres manifestations tels que le colloque du 20 novembre 2014 portant sur « Le suicide assisté », celui du 10 avril 2014 consacré à l'étude de « La loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales dite loi Taubira » ou encore celui du 11 janvier 2016 sur « Daech et le droit ».

5. La première a eu lieu le 11 mars 2015 et a porté sur « La sanction dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon ».

gues, les enseignants et les chercheurs se retrouvent. Il s'agit d'essayer de faire en sorte que l'on puisse communiquer plus souvent sur des sujets divers et variés, fussent-ils, soyons fous, extra-juridiques. Ces petites retrouvailles autour d'une table ronde souvent suivie d'un cocktail ont alors vocation à faire en sorte que l'Université soit surtout, pour nous, un lieu de rencontre et non d'affrontement, et contribuent, par conséquent, à sauver l'Université de l'indifférence et de la méconnaissance qui caractérisent malheureusement les relations entre ses membres<sup>6</sup>.

C'est d'ailleurs dans le même état d'esprit que s'est fait le choix des personnes intervenant au cours de cette table ronde.

## II. Le choix des intervenants : une folie assumée

Le choix des personnes ayant animé cette table ronde ne doit rien au hasard. Il répond à un objectif central justifiant alors son existence : il s'agit de permettre aux jeunes doctorants d'avoir l'occasion de s'exprimer et de participer à la vie de l'Université, alors qu'habituellement, on pense plus souvent à eux lorsqu'il s'agit de leur demander de surveiller des examens, de corriger des copies ou de préparer des fiches de TD, mais on les oublie très souvent dès qu'il s'agit de prendre la parole – ou la plume – afin de produire une contribution scientifique. Pourtant, le recours aux jeunes chercheurs peut, lui aussi, contribuer à sauver notre Université.

Tout d'abord, la « fraîcheur » qui est la leur ne devrait pas être négligée : ils peuvent nous apporter, à travers une petite intervention autour d'une table ronde, bien plus que l'on peut imaginer. Ensuite, valoriser les doctorants de notre Université en leur faisant confiance ne peut qu'être bénéfique pour tous : ils seront flattés et motivés pour produire de belles thèses, et l'Université sera d'autant plus fière de « produire » d'excellents docteurs. Enfin, faire intervenir des doctorants au cours d'une table ronde permet à ces derniers d'avoir un peu plus d'assurance et de rencontrer, à cette occasion, les Maîtres qu'ils admirent de façon moins formelle que d'ordinaire. Il est vrai que les doctorants se sentent

parfois isolés, livrés à eux-mêmes, et qu'il est appréciable pour eux de pouvoir communiquer plus facilement avec les professeurs, soit pour partager avec eux certaines craintes ou angoisses liées à la thèse ou à leur expérience dans l'enseignement, soit alors, tout simplement, pour le plaisir d'échanger sur un sujet quelconque.

Pour toutes ces raisons, deux doctorants ont été choisis pour cette première table ronde de ce genre. Là aussi, le choix des personnes était volontaire et symbolique. En effet, Antoine Touzain et Maxime Brenaut présentent des qualités scientifiques indéniables qu'il est inutile de rappeler ici. Mais il n'est peut-être pas inutile de pointer l'une de leur principale qualité, qui a sûrement joué un rôle déterminant dans le choix de les faire intervenir. Certes ils sont tous les deux doctorants de la même génération – ou presque –, certes l'un est pénaliste et l'autre civiliste, mais, ce sont avant tout des amis, de très bons amis. Cela permet alors de justifier la naïveté et l'optimisme de cet article en brisant deux mythes : oui, pénalistes et civilistes peuvent s'entendre et, oui, les membres de l'Université peuvent être amis malgré la « concurrence » qui peut exister entre eux puisqu'ils ont tous, en fin de compte, pour objectif de réussir une carrière universitaire<sup>7</sup>.

En revanche, soyons fous tout en restant sérieux : ces doctorants étaient tout de même accompagnés chacun de son directeur de thèse. C'est ainsi que nous ont fait l'honneur d'accepter notre invitation, pour les propos introductifs, le Professeur Philippe Conte ainsi que, pour les propos conclusifs, le Professeur Claude Brenner. Cette table ronde portait alors sur les regards croisés d'un civiliste et d'un pénaliste sur la notion de bien, sous le regard de leurs Maîtres.

## III. Le thème de la table ronde : une folie « croisée »

Le thème, en lui-même, n'est en rien une folie. Ce n'est ni la première ni la dernière fois que la notion de bien sera abordée au sein de l'Université. Par conséquent, si le choix est tombé sur la notion de bien, il aurait très bien pu s'agir, par exemple, de la notion de personne – pour une

6. Il y a ici, l'auteur en est bien conscient, une grande part d'optimisme, pour ne pas dire de naïveté, à croire que cela pourrait être possible un jour. Mais comme il s'agit ici de trouver des idées pour sauver l'Université, alors restons positifs !

7. Et que, malheureusement, il n'y a apparemment pas la place pour tout le monde...

prochaine table ronde, peut-être ? C'est donc la manière dont le thème a été traité à l'occasion de cette table ronde qui pourrait surprendre. Tout d'abord, on peut être surpris de voir la notion de bien en matière civile abordée au cours d'une table ronde organisée par un institut de droit pénal<sup>8</sup>. Ensuite, on peut être irrité lorsqu'on s'aperçoit qu'en plus, c'est un pénaliste qui traite ce sujet, laissant son collègue civiliste développer, quant à lui, la notion de bien en matière pénale. Et pourtant, il s'agit de l'un des objectifs principaux de cette table ronde : croiser les regards à tous les niveaux, aussi bien en abordant la même notion sous l'angle de plusieurs disciplines<sup>9</sup> – ici le droit civil et le droit pénal –, qu'en essayant de voir ce qu'un civiliste peut apporter à l'étude d'une notion en matière pénale et, *vice-versa*, ce qu'un pénaliste peut apporter à l'étude d'une notion en matière civile. Ce croisement ne peut qu'être enrichissant aussi bien pour le civiliste que pour le pénaliste. L'enri-

chissement est d'ailleurs double pour chacun d'eux. D'une part, le civiliste se voit obligé de « plonger » dans la matière pénale et le pénaliste retrouve le plaisir de « réviser » ou alors « d'approfondir » ses connaissances en matière civile<sup>10</sup>. D'autre part, tous les deux ressortent gagnants en découvrant, sur certains points, une nouvelle manière d'aborder certains sujets sous des angles auxquels ils n'auraient pas nécessairement pensé avec leur réflexe de civiliste pour le premier et de pénaliste pour le second.

C'est donc dans un esprit de connaissance, d'échange, d'accessibilité et d'ouverture qu'a pris naissance l'idée de cette table ronde qui, je l'espère, sera la première d'une longue série de tables rondes nous permettant d'aller jusqu'au bout de nos folies, avec des regards croisés sur plusieurs autres notions et avec plusieurs autres disciplines. Alors sauver l'Université semble plutôt chose aisée, il suffit de faire preuve d'un peu de folie !

8. D'autant plus que, comme le précise un auteur, « *l'Université elle-même colporte comme une antienne que "le droit pénal n'est pas du droit"* », (P. Conte, « La part de la doctrine dans la création du droit pénal », cette *Revue*, n° 3, 2011, p. 68).

9. Comme ce sera d'ailleurs le cas pour la prochaine table ronde organisée à l'Institut de criminologie et de droit pénal, portant sur le thème suivant : « Que reste-t-il du droit commun ? ».

10. La nuance ici n'a rien de méprisant ; elle est simplement réaliste. Un civiliste ne ressent pas, à tort, le besoin de connaître la matière pénale tandis que l'on apprend, à raison, au pénaliste, dès sa première année de thèse, qu'il ne réussira jamais sa carrière s'il ne maîtrise pas la matière civile.

# Pour une augmentation des droits d'inscription à l'université

**Jean-Fabien Spitz**

Professeur de philosophie à l'Université Panthéon-Sorbonne

**D**ans de nombreuses entreprises, les salariés se battent avec l'énergie du désespoir pour préserver des emplois condamnés par la mondialisation. Le coût du travail peu qualifié demeure en effet trop élevé dans les pays développés et le chômage de masse apparaît comme une conséquence inéluctable des destructions d'emplois occasionnées par le manque de compétitivité des entreprises nationales face aux concurrents qui peuvent payer leur main-d'œuvre à un prix beaucoup plus bas. Le fatalisme s'installe face à ce fléau et on répète à l'envi la fameuse phrase de François Mitterrand disant que l'on a tout essayé contre le chômage.

Est-ce bien le cas ? Il y a un fait que l'on n'entend pas souvent mentionner par ceux qui plaident pour une baisse de la fiscalité des entreprises ou pour une réforme d'envergure du droit du travail tendant à une diminution des charges : ce qui est important ce n'est pas ce que le travail coûte mais la valeur qu'il crée, en sorte qu'il est urgent non pas de baisser le coût du travail mais d'accroître sa capacité à créer de la richesse. Et pour cela, le seul moyen est d'investir dans la formation, tant initiale que permanente. Les intentions sont là, et le gouvernement se donne comme objectif de conduire les deux tiers d'une classe d'âge à un diplôme universitaire (contre 45 % aujourd'hui). Intention on ne peut plus louable au moment où plusieurs études attestent qu'un tel diplôme demeure un bon passeport pour s'insérer dans le monde du travail (le taux de chômage des diplômés du supérieur sanctionnant cinq années d'études n'est que de 3 %).

Seulement voilà, former des cerveaux coûte cher et l'université est pauvre. On lui demande, en cette rentrée 2015, d'accueillir soixante-cinq mille étudiants supplémentaires sans moyens additionnels. À ce compte-là, le gonflement des effectifs risque de se traduire par une baisse d'efficacité de la formation, et le diplômé du supé-

rieur sera, dans dix ans, aussi mal protégé contre le chômage qu'un bachelier d'aujourd'hui.

Où trouver l'argent ? Porter les droits d'inscription universitaires à 1 000 euros par an permettrait aux universités d'engranger pas loin d'un milliard d'euros de recettes supplémentaires. On peut et on doit débattre des modalités d'une telle réforme, et les idées ne manquent pas pour permettre de l'introduire sans nuire aux étudiants issus des familles les moins favorisées et sans leur interdire d'accéder aux études qu'ils sont capables de mener à bien par le seul effet des contraintes financières : introduire une progressivité des droits en fonction des revenus des familles, augmenter le taux des bourses pour les plus défavorisés, imaginer des prêts éventuellement remboursables en fonction des revenus futurs et qui seraient garantis par l'État, donc consentis aux étudiants indépendamment de toute caution familiale.

Assortie de ces correctifs, une telle réforme est nécessaire et juste pour plusieurs raisons très simples.

La première est que l'université a besoin de moyens, et que des formations de qualité ne peuvent pas être dispensées à un nombre toujours plus important d'étudiants sans moyens additionnels. Il ne peut pas suffire, pour maintenir un niveau élevé, de procéder à des regroupements administratifs d'établissements qui risquent d'être paralysés par le gigantisme et les problèmes de gouvernance. Il ne peut pas suffire non plus de plan contre l'échec en premier cycle en plan licence, d'une volonté arbitraire de faire réussir les étudiants qui se traduit en fait par une disposition à réduire sans cesse d'avantages les exigences auxquelles ils doivent satisfaire pour obtenir leurs diplômes.

La seconde est que la gratuité entraîne une faiblesse récurrente des motivations, aussi bien de la part des étudiants que des enseignants. Les étudiants sont peu motivés à apprendre parce

que les enseignants sont peu motivés à s'assurer que l'assimilation des connaissances est effective et ces dispositions s'entretiennent et se renforcent l'une l'autre. Une telle situation engendre des effets pervers : les étudiants sont peu disposés à payer des droits plus élevés pour une université qui leur paraît peu attentive à surveiller et à aider leurs progrès, sans comprendre que c'est parce que l'enseignement est gratuit que ce manque d'attention existe. Il faut à cet égard passer de l'idée que l'éducation supérieure est un droit à l'idée qu'il s'agit d'un investissement individuel mais aussi collectif. Des chercheurs en éducation ont ainsi clairement montré qu'il était économiquement absurde de revendiquer à la fois la gratuité des études et l'absence de sélection. Si les étudiants étaient rigoureusement sélectionnés en fonction de leurs projets et de leurs aptitudes, l'efficacité de l'investissement consenti par la collectivité serait garantie et l'acquiescement de droits d'inscription serait superflu. Mais si l'on veut éviter la sélection et continuer à maintenir un principe de libre choix des études, il faut augmenter les droits d'inscription pour que l'investissement éducatif soit productif<sup>1</sup>.

La troisième est que la gratuité est injuste : l'État dépense plus d'argent pour un élève des classes préparatoires (15 000 euros par an) que pour un étudiant à l'université (10 000 euros) alors même que le public des premières est massivement issu des classes les plus aisées. Cette injustice existe aussi entre les filières dont les unes, très sélectives comme la médecine, demeurent gratuites alors que, là aussi, elles accueillent majoritairement des étudiants issus

de milieux favorisés dont les revenus au cours de leur existence future seront cependant confortables.

La dernière raison, enfin, est la plus importante : l'augmentation des droits d'inscription obligera les familles, toutes les familles, tous ceux qui veulent que leurs enfants échappent à une précarité sans cesse plus menaçante, à réorienter une partie de leurs dépenses d'aujourd'hui à demain. Un des moyens de lutter contre le pessimisme et l'auto dénigrement qui envahissent ce pays, c'est de faire le choix collectif d'investir dans l'avenir, et de le faire non par un sempiternel appel au budget de l'État, qui consiste en réalité à demander aux autres de prendre en charge le soin du bien commun, mais en exigeant que chacun prenne part à un effort nécessaire pour accroître le niveau de compétences des générations montantes et contribue ainsi à l'éclosion d'une communauté nationale plus optimiste, moins inquiète, moins repliée sur elle-même, moins sujette aux peurs irrationnelles.

Et il y a urgence, car si les pays développés conservent un indéniable avantage comparatif grâce à leurs traditions universitaires, à leurs bibliothèques, au niveau de leurs formations, les pays émergents sont en train de comprendre qu'un système d'enseignement supérieur performant est un atout indispensable dans la mondialisation. Heureusement pour nous, une université de qualité ne se bâtit pas en l'espace de quelques décennies. Nous en avons une – pour combien de temps ? Essayons de ne pas la laisser sombrer.

---

1. R. Gary-Bobo et A. Trannoy, *Faut-il augmenter les droits d'inscription ?*, Rapport du THEMA au Commissariat général au Plan, 8 avr. 2004, disponible en ligne, p. 12-13 : « Le refus de payer des droits n'est cohérent avec l'objectif d'efficacité économique et sociale que si on accepte une certaine sélection en contrepartie. Le refus des deux est synonyme d'un gaspillage de ressources, c'est-à-dire, de l'argent perdu pour la collectivité publique qui finance l'université, du temps et de l'énergie perdus pour les étudiants eux-mêmes ».

# Grand Deux

## Au tour du droit

### Grand A

#### Droit sans frontières

##### Petit un

La bonne foi en droit des biens p. 51

##### Petit deux

Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme p. 59

##### Petit trois

La bonne foi en droit de la responsabilité civile p. 70

##### Petit quatre

La bonne foi en droit de l'environnement p. 75

##### Petit cinq

La bonne foi en droit du marché p. 85

##### Petit six

La bonne foi en droit des sociétés p. 89

##### Petit sept

Bonne foi et méthode conflictuelle p. 97

##### Petit huit

La bonne foi dans l'arbitrage p. 104

### Grand B

#### Perspectives

##### Droit du travail

##### Petit un

Prolégomènes p. 112

##### Petit deux

La contractualisation de dialogue social p. 116

##### Petit trois

La contractualisation de la loi sociale p. 125

##### Petit quatre

La contractualisation de la norme sociale transnationale p. 135

# Petit un du Grand A :

---

## la bonne foi en droit des biens

### La bonne foi en droit des biens

**Blandine Mallet-Bricout**

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

La bonne foi en droit des biens semble être prise entre plusieurs feux croisés : loin de se confondre avec la bonne foi morale, elle ne s'en écarte toutefois pas radicalement ; propulsée dans le Code civil au rang de présomption, elle s'impose pourtant des barrières techniques qui ne facilitent pas son admission ; essentielle pour assurer l'effectivité de plusieurs institutions, sa relation avec le titre est marquée d'ambiguïté, faisant parfois douter de son autonomie. Autant dire que la question de la bonne foi en droit des biens, tout en étant classique, n'en est pas moins une question difficile : il s'agit de saisir un concept plutôt qu'un principe général, de tenter de mettre au jour des liens qui n'apparaissent pas d'évidence, tant les applications de la bonne foi sont variées et leurs sources diversifiées en droit des biens.

On est bien loin de la notion évanescence du droit des contrats, dont l'intensité est modelée par la jurisprudence : en droit des biens, la bonne foi repose sur une assise historique forte, le droit romain, qui lui a conféré une empreinte technique dans quelques situations juridiques majeures. On peut d'ores et déjà souligner une grande pérennité du concept en ces domaines. C'est en effet à l'époque classique qu'apparaît la notion, dans le cadre de l'usucapion ou encore de l'acquisition des fruits par le possesseur. La théorie des impenses, née au <sup>1<sup>er</sup></sup> siècle après J.-C. avec la distinction des impenses nécessaires, utiles et voluptaires, puise également ses

racines dans le droit romain et s'appuie elle aussi sur l'appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur. Le droit romain des biens constitue ainsi le creuset de la bonne foi : elle y est née, et a ensuite poursuivi sa route dans l'histoire du droit amarrée aux institutions qui constituent ses principaux supports (possession, usucapion, accession...). On la retrouve ainsi, logiquement, dans plusieurs droits étrangers dont l'inspiration est proche de celle du droit français, inspiration souvent véhiculée par notre Code civil ; certains magnifient même la bonne foi en droit des biens, tel le droit brésilien qui y fait référence à vingt-quatre reprises dans le chapitre de son Code civil consacré aux droits réels, alors que notre propre code ne l'évoque expressément que huit fois en droit des biens... Mais cette réserve toute législative est datée, la jurisprudence ayant pris le relais depuis bien longtemps, afin d'insérer la bonne foi là où cela lui paraissait nécessaire, sur le fondement sous-jacent de l'équité.

#### **Aux sources de la bonne foi**

Sans doute faut-il alors, à ce stade, s'arrêter quelques instants sur les sources de la bonne foi en droit des biens, qui présentent une certaine particularité en ce sens que les textes y occupent une place centrale. Il est d'usage, en effet, de souligner l'existence d'un principe de bonne foi qui innerverait très largement le droit privé, déduit d'une présomption magistralement expri-

mée à l'article 2274 du Code civil<sup>1</sup>. On oublie souvent de préciser que cette disposition relève d'une section du code consacrée à la prescription acquisitive en matière immobilière. Sa postérité a, depuis 1804, largement dépassé les frontières du droit des biens, marquant ainsi une confiance raisonnable<sup>2</sup> en l'Homme, qui doit sans doute être approuvée. Il ne faut toutefois pas se leurrer sur une telle extension au-delà du droit des biens : la présomption ne vise pas une bonne foi unitaire, autrement dit, la bonne foi « toujours présumée » n'est pas forcément la même selon le contexte juridique dans lequel on se situe. L'étude du droit des biens révèle en effet l'existence d'une bonne foi « technique », précise, déduite de certaines dispositions propres à la matière. Est-ce à dire que le droit des biens serait indifférent à la bonne foi dite « morale », celle qui renvoie à un comportement loyal, honnête ? Dans la mesure où le contrat constitue un mode essentiel d'expression d'actions juridiques sur les biens, peut-être faut-il d'abord rappeler que ce qui constitue un principe directeur du droit des contrats s'applique aussi aux contrats portant sur les biens. Ainsi, les parties à une convention d'usufruit ou à une convention d'indivision, par exemple, devront-elles adopter un comportement de bonne foi (« morale ») lors de la formation et de l'exécution du contrat.

Mais ce constat ne doit pas masquer le particularisme du droit des biens : il subsiste pour les applications de la bonne foi qui découlent de textes spécifiques en ce que, justement, ces dispositions renvoient plus ou moins explicitement à une situation de fait, la possession. Le contrat, plus largement le « titre », on le verra, n'est pas absent du débat, mais ses vices intrinsèques le fragilisent, rendant nécessaire la prise en considération de la situation du possesseur, qui s'est fourvoyé sur la qualité de celui de qui il tient le bien... À cette situation de fait se rattache une bonne foi particulière, parfois définie par le législateur, parfois par le juge, qui déploie ses multi-

ples effets à l'égard du possesseur, qu'il s'agisse de favoriser l'acquisition d'un meuble ou d'un immeuble, de conserver les fruits de la chose revendiquée par le véritable propriétaire, ou encore d'obtenir le remboursement des impenses, pour ne citer que quelques exemples. Il faut ajouter immédiatement à cela, que notre droit n'a posé aucune définition générique de la bonne foi en droit des biens<sup>3</sup>; celle-ci fait l'objet de définitions légales ou jurisprudentielles, c'est selon, qui n'éclaircissent pas forcément la question. Mais cela pourrait évoluer dans la perspective d'une réforme attendue du droit français des biens, du moins l'avant-projet de réforme du droit des biens propose-t-il une définition de la bonne foi qui serait applicable à la possession des meubles et des immeubles<sup>4</sup>. La question se complexifie d'ailleurs dès lors que l'on s'intéresse au droit spécial des biens, en particulier à la propriété intellectuelle qui mobilise également la bonne foi dans nombre d'hypothèses... mais une bonne foi encore différente ! Sans évoquer le revers de la médaille, la mauvaise foi, qui est mise en avant dans certains cas, bien qu'elle soit très peu présente dans notre Code civil<sup>5</sup>. En réalité, là où la bonne foi permet d'obtenir certains effets juridiques, la mauvaise foi autorise leur rejet.

On l'aura compris, la jurisprudence n'est pas en reste sur le thème de la bonne foi en droit des biens. En dépit de l'existence de plusieurs dispositions qui l'évoquent, les juges ont eux aussi apporté leur pierre à l'édifice : outre leur mission classique d'application et d'interprétation des textes, ils ont pris position (notamment sur le moment auquel doit être appréciée la bonne foi) et participé à l'extension du domaine de la bonne foi en droit des biens. Ainsi, la bonne foi – ou son revers – a-t-elle fait son entrée jurisprudentielle dans la problématique des impenses dues au possesseur évincé ou dans celle des indemnités dues par celui-ci au véritable propriétaire. La porte s'est entrouverte ou s'est refermée, c'est selon, pour ce qui concerne d'autres hypothèses

1. « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ».

2. Il s'agit d'une présomption simple.

3. Il est rare qu'une telle définition existe dans les droits étrangers; c'est pourtant le cas du droit chilien, qui définit la bonne foi à l'article 706 al. 1<sup>er</sup> de son Code civil : « *La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio* » (La bonne foi est la conscience d'avoir acquis la propriété de la chose par des moyens légitimes, à l'exclusion de la fraude et de tout autre vice).

4. Art. 544 de l'avant-projet : « Est de bonne foi le possesseur qui peut légitimement se croire titulaire du droit qu'il exerce. » (*Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, dir. H. Périnet-Marquet, Litec, Carré droit, 2009). Comp., l'art. 1201 du Code civil brésilien qui définit également la bonne foi du possesseur : « *É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa* » (La possession est de bonne foi si le détenteur ignore le vice ou l'obstacle qui empêche l'acquisition de la chose).

5. La mauvaise foi n'est mentionnée que dans deux articles du Code civil relatifs au droit des biens, en simple opposition à la bonne foi (art. 2258 et 2274). Par comparaison, le droit mexicain, notamment, la mentionne à vingt reprises dans ses dispositions consacrées au droit des biens.

jurisprudentielles, qui soulèvent d'inextricables conflits d'intérêts contradictoires : faut-il laisser une place à la bonne foi là où elle viendrait restreindre la plénitude du droit de propriété privée ? C'est l'hypothèse de l'empiètement ; faut-il la laisser relativiser le solide mécanisme de la publicité foncière ? c'est l'hypothèse du conflit entre deux acquéreurs d'un même bien immobilier, qui a donné lieu à un revirement spectaculaire il y a quelques années ; la mauvaise foi n'est-elle pas le prétexte à une théorie de l'abus de droit née à propos de la propriété, dont on mesure le caractère à la fois symbolique et subversif ? ; et la bonne foi semble bien apparaître en clair-obscur dans la théorie jurisprudentielle de la propriété apparente...

### À la recherche d'une identité

La diversité des hypothèses visées par les textes et par la jurisprudence pourrait-elle alors révéler une bonne foi multiple ? C'est une question qu'il convient de se poser tout particulièrement en droit des biens. La bonne foi n'est pas, en cette matière, un principe général transcendant, elle est un élément de mécanismes juridiques complexes, dépendante de son environnement juridique. Que reste-t-il alors de LA bonne foi en droit des biens ? Peut-être son caractère passif, tant elle semble *a priori* reposer davantage sur l'idée d'une ignorance ou d'une croyance erronée que sur celle d'un comportement activement honnête.

La doctrine, prudente, s'intéresse finalement assez peu à la notion en droit des biens. Il existe bien quelques thèses anciennes sur le rôle de la bonne foi en matière de possession, et une thèse transversale, celle de Vouin en 1939, qui tente une étude de la notion et de son rôle en droit privé<sup>6</sup>. Plus généralement, la doctrine tente parfois de systématiser une distinction subtile entre la bonne foi « objective » (encore appelée « morale »), qui serait celle du droit des contrats, et la bonne foi « subjective », qui serait celle du droit des biens, mais cette dichotomie peine à

rendre compte de la notion<sup>7</sup>, sauf à considérer que le subjectif se colore d'objectif, et réciproquement, et à admettre qu'une empreinte morale imprègne l'une et l'autre. Certes, la bonne foi en droit des biens s'attache tout particulièrement au sujet, plus spécialement à la conscience qu'il peut ou non avoir de sa situation juridique véritable, puisqu'il s'agit de démontrer l'ignorance de cette situation ou la croyance erronée qu'il en a. C'est cela qui justifierait d'opposer la bonne foi « subjective » du droit des biens à la bonne foi du droit des contrats, qui s'attacherait au contraire à une norme de comportement objective. Celle-ci n'est toutefois pas toujours appréciée *in abstracto*<sup>8</sup>, tandis que celle-là n'est pas forcément détachée de tout élément objectif : la théorie de la propriété apparente en fournit une première illustration, en ce qu'elle associe une erreur commune et invincible à la bonne foi de celui qui a cru en l'apparence, tendant ainsi à l'objectiver ; la définition légale de la bonne foi du possesseur à l'article 550 du Code civil intègre également un élément objectif, le titre, qui vient relativiser l'analyse subjective<sup>9</sup> ; plus globalement et concrètement, comment le juge pourrait-il sonder la conscience d'un individu sans référence aucune, même implicite, à quelque élément objectif permettant de révéler son ignorance ou sa croyance ? Au vrai, la distinction bonne foi « subjective » / bonne foi « objective » ne permet pas de différencier significativement la bonne foi du droit des biens de celle du droit des contrats. Peut-être faut-il lui préférer le qualificatif de bonne foi « psychologique »<sup>10</sup> par opposition à la bonne foi « comportementale » du droit des contrats, ce qui marquerait davantage l'opposition passivité/activité entre ces deux bonne foi. Plus certainement est-il indispensable d'abandonner la référence à une bonne foi « morale » en droit des contrats, tant la bonne foi, dans tous les cas, « est une notion fortement colorée de morale »<sup>11</sup> !

La bonne foi participe, éminemment, d'un juste équilibre du droit des biens ; elle introduit

6. R. Vouin, *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français*, th. Bordeaux, 1939.

7. V. notamment l'opinion de Y. Loussouarn, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi*, Journées louisianaises, Travaux de l'association Henri Capitant, T. XLIII, 1992, spéc. p. 11 s.

8. Il suffit, par exemple et pour s'en convaincre, d'étudier la jurisprudence relative à la rupture des pourparlers en matière contractuelle.

9. V. l'analyse éclairante du Doyen Cornu, *Droit civil. Les biens*, 13<sup>e</sup> éd., Domat Montchrestien, 2007, n° 49.

10. Une partie de la doctrine relève ce caractère, notamment P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2015, n° 517 ; F. Terré et P. Simler, *Droit civil. Les biens*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 188.

11. Y. Loussouarn, art. préc., p. 12.

une certaine souplesse là où la technique pourrait sinon l'emporter au détriment de la Justice. Voyons successivement les conditions de son efficacité (I), l'intensité de ses effets (II), puis l'encadrement de sa portée (III).

## I. Les conditions de son efficacité

### **La bonne foi, simple qualité juridique**

En droit français des biens, la bonne foi est identifiée comme une qualité attachée à une institution, plutôt que comme une condition d'existence de l'institution elle-même en cause. Ainsi la bonne foi constitue-t-elle une qualité de celui qui invoque la possession, l'accession ou encore l'usucapion, c'est-à-dire une qualité alternativement du possesseur, du constructeur, de l'acquéreur, etc. Son rôle n'en est pas moins essentiel en droit des biens, mais il convient de lui reconnaître sa juste place : attachée à un individu, celui-ci peut être ou ne pas être de bonne foi, mais il « est » toujours (possesseur, constructeur etc.). Notamment, pour ce qui concerne la possession, la bonne foi se distingue franchement de l'*animus*, c'est-à-dire de l'intention de se comporter comme le propriétaire de la chose, élément constitutif de la possession. Ainsi, le possesseur qui sait ne pas être propriétaire de la chose (par exemple un voleur), a l'*animus* bien qu'il soit de mauvaise foi.

### **La bonne foi, condition autonome ou associée ?**

Une rapide observation des conditions d'efficacité de la bonne foi en droit des biens amène en outre au constat selon lequel, à elle seule, la bonne foi ne permet pas forcément d'obtenir la conséquence juridique souhaitée. Elle est souvent associée à d'autres conditions pour assurer l'effectivité de l'institution en cause ou provoquer certains effets juridiques. La bonne foi, condition plutôt subjective en droit des biens, est ainsi souvent associée à une ou d'autres conditions éminemment objectives. Outre le cas du titre, sur lequel il faudra insister, on peut par exemple souligner l'association de la bonne foi ou de la mauvaise foi avec le type d'impense<sup>12</sup>

réalisée, dans le cadre des remboursements éventuellement dus au possesseur qui subit une action en revendication : selon qu'il s'agit d'une dépense nécessaire, utile, somptuaire, la jurisprudence impose des combinaisons de conditions (bonne foi et tel ou tel type de dépense) pour déduire la solution<sup>13</sup>. Autre exemple, dans le cadre de la théorie de la propriété apparente, on a vu que la condition d'une « erreur commune » (c'est-à-dire que chacun aurait pu se tromper dans la même situation) est associée à celle de la bonne foi-erreur subjective de l'acquéreur.

### **La bonne foi liée ou déliée du titre**

La question de l'autonomie de la bonne foi rebondit surtout lorsqu'on la confronte au titre. L'étude du droit des biens révèle en effet des liens très puissants entre la bonne foi et le « titre », ou le « juste titre », lorsqu'il s'agit de mettre en lumière un effet acquisitif de la propriété. C'est en particulier l'usucapion immobilière et l'acquisition des fruits qui sont alors concernées. La possession de bonne foi permet en effet d'usucaper un immeuble de manière plus rapide (c'est « l'usucapion abrégée ») et de conserver les fruits du bien légitimement revendiqué par un tiers. Le législateur associe formellement la bonne foi à un titre dans ces deux hypothèses, de manière cependant différente : dans le cas de l'usucapion abrégée, la prescription plus courte n'est admise que si le possesseur de l'immeuble est de bonne foi et détient un juste titre (C. civ., art. 2272); pour ce qui concerne l'acquisition des fruits, le possesseur peut les conserver s'il est de bonne foi (C. civ., art. 549), et la bonne foi est alors définie comme le fait de posséder « comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il [le possesseur] ignore les vices » (C. civ., art. 550). L'association du titre et de la bonne foi ne se fait donc pas de la même manière dans les deux hypothèses : dans le premier cas, la bonne foi est une condition *au côté* du titre<sup>14</sup>; dans le second cas, le titre est *inclus* dans la définition même de la bonne foi. Faut-il y voir une approche protéiforme de la bonne foi en droit des biens ? Il ne

12. Le terme « impense » a été abandonné dans le Code civil à la faveur de la loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009, mais son usage est conservé en doctrine, comme renvoyant à des dépenses spécialement affectées à un bien.

13. Sur la « théorie des impenses » et le détail de sa mise en œuvre, v. F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 527.

14. La jurisprudence a précisé que la bonne foi de celui qui prescrit est « la croyance [erronée] de l'acquéreur de tenir la chose du véritable propriétaire » (v. par exemple, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 juin 2005, n° 03-17478).

semble pas. On observe que lorsque la bonne foi est une condition de l'acquisition de biens par le possesseur (bien immobilier, mobilier ou simplement fruits), elle repose sur une erreur portant sur le droit de propriété de l'auteur du possesseur. La croyance erronée du possesseur d'avoir traité avec le véritable titulaire du droit réel visé repose sur un titre qui ne confère pas le droit en question, contrairement à ce que le possesseur pensait. C'est ce vice du titre et nul autre, qui définit le juste titre<sup>15</sup>. Dès lors, peu importe que ce titre soit un élément de la bonne foi ou qu'il figure au côté de la bonne foi dans la mesure où, dans tous ces cas, il est bien exigé comme fondement de l'effet acquisitif du droit réel visé. Sans doute une telle différence formelle révèle-t-elle la volonté du législateur de protéger davantage le véritable propriétaire lorsqu'il s'agit d'usucaper un immeuble (art. 2272) plutôt que d'acquérir simplement les fruits de la chose (art. 550), en érigeant le titre en condition autonome dans le premier cas seulement. La modernisation du droit des biens devrait toutefois tendre vers une unification simplificatrice, plaçant la bonne foi au cœur du système. L'avant-projet de réforme du droit des biens propose ainsi, judicieusement, d'inscrire dans le Code civil qu'« Est de bonne foi le possesseur qui peut légitimement se croire titulaire du droit qu'il exerce », sans référence explicite au titre (art. 544 de l'avant-projet)<sup>16</sup>. Cette définition générique de la bonne foi appliquée à la possession serait mise en œuvre pour l'acquisition des fruits; l'exigence formelle d'un titre réapparaîtrait à propos de l'usucapion immobilière, comme un élément complémentaire de la définition : « Le possesseur de bonne foi d'un immeuble en vertu d'un titre translatif en acquiert la propriété par une possession continue de dix ans » (art. 554 de l'avant-projet).

Que faut-il retenir finalement de cette histoire compliquée entre bonne foi et titre en droit des biens ? Peut-être que la bonne foi ne peut se comprendre, et même trouver sa légitimité, que *par rapport au titre* : là où le titre est vicié, voire là où il n'existe que dans l'imagination de celui qui le détient (titre putatif), la bonne foi-croyance

erronée vient sauver le possesseur ou l'acquéreur trompé. La bonne foi vient donc colmater une brèche : celle de la défaillance du titre. Le juste titre de l'usucapion abrégée a ainsi été défini par la jurisprudence comme « celui qui considéré en soi serait de nature à transférer la propriété à la partie qui invoque la prescription »<sup>17</sup>, « un titre faux mais apparemment valable »<sup>18</sup> ajoute la doctrine. Dans l'hypothèse de l'acquisition immédiate du meuble par le possesseur de bonne foi, le titre est tout autant défaillant : le possesseur croit avoir acquis le bien du véritable propriétaire, or ce n'est pas le cas, mais le droit lui fait une faveur en affirmant que « la possession vaut titre » (C. civ., art. 2276). Inversement, lorsque le titre de propriété existe bien et n'est pas vicié, la bonne foi ne peut plus rien : c'est l'hypothèse de l'usucapion ordinaire, qui permet d'acquérir la propriété d'un immeuble à l'issue d'une longue durée, sans condition de bonne foi (v. art. 2258 C. civ.).

En droit positif, les liens entre bonne foi et titre dominant, de manière plus ou moins expresse ou directe, toutes les situations juridiques dans lesquelles la bonne foi est prise en considération en vue de l'acquisition d'un bien, qu'il s'agisse de l'usucapion, de l'acquisition des fruits, de l'accession immobilière... La définition générique proposée dans l'avant-projet de réforme pourrait renouveler la question, de par sa largesse et son détachement formel du titre.

## II. L'intensité de ses effets

Schématiquement, on pourrait reconnaître à la bonne foi un effet protecteur (du possesseur, de l'acquéreur) contre la revendication de droits par un tiers et, revers de la médaille, mettre au jour un effet sanctionnateur parfois attaché à la mauvaise foi<sup>19</sup>. Si l'on s'attache plus techniquement aux effets juridiques de la bonne foi, un effet maximal et positif se révèle immédiatement, l'acquisition de la propriété, tandis que deux effets de secours viennent compléter l'analyse : certaines conséquences pécuniaires et l'évitement de certaines actions judiciaires.

15. V. notre article, « Le juste titre », in *Le Monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 687 s., spéc. n° 13 s.

16. V. *supra*, notes 3 et 4, pour d'autres exemples de définitions tirées de droits étrangers.

17. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 13 janv. 1999, pourvoi n° 96-19735; égal. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 29 fév. 1968, *Bull. civ.* III, n° 83; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 fév. 1979, pourvoi n° 77-13335.

18. F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 467.

19. V. par exemple C. civ., art. 549.

### **Effet maximaliste – Acquérir la propriété**

Il s'agit là, de toute évidence, d'un rôle fondamental de la bonne foi attaché à la possession. Il suffit de citer, pêle-mêle, l'usucapion abrégée, qui permet au possesseur de bonne foi d'acquiescer plus vite, la règle « en fait de meuble, possession vaut titre », qui permet de renforcer la sécurité juridique du commerce des meubles, l'acquisition de la propriété des fruits, en cas de revendication du bien principal par le véritable propriétaire. Et en dehors des hypothèses de possession, il faut souligner la théorie de la propriété apparente, qui permet à celui qui a été trompé par l'apparence lors de la conclusion d'un acte juridique (une vente, un échange...) de devenir propriétaire ou titulaire de tout autre droit réel par l'effet de la loi, sans même qu'il soit nécessaire qu'il ait pris possession de la chose<sup>20</sup>. Dans tous ces cas, l'effet acquisitif est radical.

### **Effet de secours – Conséquences pécuniaires**

À l'égard du possesseur, la bonne foi peut en outre produire un premier effet de secours, par l'atténuation des conséquences pécuniaires attachées à la revendication. Ainsi, la bonne foi du possesseur lui permet d'éviter le remboursement en valeur des fruits consommés ou cédés avant l'action en revendication exercée par le véritable propriétaire (C. civ., art. 549). De la même manière, pour le règlement des indemnités dues par le possesseur évincé (en cas de détérioration de l'immeuble durant la possession), les juges tiennent compte de la bonne/mauvaise foi du possesseur. Et enfin, en matière d'accession immobilière, en cas de construction ou plantation sur le terrain d'autrui, l'article 555 du Code civil tient compte de la bonne/mauvaise foi du tiers pour fixer les effets pécuniaires de la situation. À cet égard, il faut souligner la remarquable jurisprudence qui a récemment assoupli l'accep-

tion de la bonne foi dans ce contexte juridique<sup>21</sup>, en s'émancipant de la stricte définition de l'article 550, traditionnellement appliquée par les juges à l'article 555.

### **Effet de secours – Évitement de certaines actions judiciaires**

Un second effet de secours de la bonne foi se révèle dans l'évitement de certaines actions judiciaires. Le droit de la propriété intellectuelle est plus spécialement visé et les hypothèses sont multiples en droit d'auteur, droit des marques, droit des brevets. L'action en contrefaçon constitue un exemple significatif. En droit des brevets, l'article L. 615-1 al. 3 CPI organise une intéressante gradation selon le lien qu'entretient le contrefacteur avec l'objet contrefaisant : la mauvaise foi du contrefacteur est indifférente s'il s'agit d'un contrefacteur de premier rang (*ie.* le fabricant du produit contrefaisant); elle doit en revanche être démontrée (*ie.* « agir en connaissance de cause ») s'il s'agit d'un contrefacteur de second rang (par exemple, un distributeur). La bonne foi (présumée) du contrefacteur de second rang lui permet ainsi d'éviter une action judiciaire à son encontre. Un autre exemple peut être tiré de l'article L. 714-3 CPI<sup>22</sup>, en droit des marques : dans l'hypothèse du dépôt successif de deux marques très proches et dans le même domaine, l'action en nullité de la seconde marque déposée, qui serait exercée par le titulaire du droit antérieur, sera irrecevable pour une marque enregistrée dont l'usage concurrent a été toléré pendant cinq ans, à moins que son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi. La mauvaise foi correspond ici à la connaissance de l'existence de la première marque concurrente. Le droit spécial des biens promeut, en l'occurrence, une bonne foi-loyauté qui se rapproche davantage de celle connue en droit des contrats que de celle, technique, propre au droit commun des biens.

20. Seule la bonne foi de celui qui a eu confiance en l'apparence est prise en considération, on ne se préoccupe pas de la bonne/mauvaise foi du propriétaire apparent.

21. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2013, n° 12-15916 : « ayant relevé que les constructions en cause avaient été édifiées, avec l'assentiment des propriétaires, sur des terrains donnés à bail et en l'absence de toute convention réglant le sort de ces constructions, la cour d'appel en a exactement déduit que l'article 555 du Code civil devait régir les rapports des parties en fin de bail et que les consorts Y... ne pouvaient réclamer aux consorts A..., tiers de bonne foi, [...] la suppression de celles-ci ». On est bien loin désormais de la définition stricte de l'article 550, qui vise celui qui « possède, comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices ».

22. « Seul le titulaire d'un droit antérieur peut agir en nullité sur le fondement de l'article L. 711-4. Toutefois, son action n'est pas recevable si la marque a été déposée de bonne foi et s'il en a toléré l'usage pendant cinq ans ».

### III. L'encadrement de sa portée

#### **Le cadre temporel : bonne foi figée ou bonne foi durable ?**

À quel moment la condition de bonne foi doit-elle être appréciée ? Cette appréciation est-elle figée à un moment donné ou la bonne foi doit-elle exister en continu pour pouvoir être prise en considération ? Au regard des effets sus-décrits attachés à la bonne foi, on mesure l'importance pratique de cette question : la question du *moment* peut, en particulier, faire basculer le possesseur dans le statut de propriétaire ou au contraire l'en exclure. Exiger une bonne foi durable, ou au contraire se contenter d'une bonne foi constatée à un moment donné porte ainsi des enjeux considérables. Et c'est finalement la question sensible du passage de la bonne foi à la mauvaise foi qui se pose ici : doit-on tenir compte de l'évolution dans le temps de la croyance du possesseur ? Le législateur, à défaut la jurisprudence sur le fondement de l'adage « *mala fides superveniens non nocet* », admettent une bonne foi figée pour ce qui concerne l'usucapion abrégée (C. civ., art. 2275), dans le cadre de l'application de l'article 2276 du Code civil, ou encore dans l'hypothèse de la propriété apparente. Au contraire, l'article 550 du Code civil dispose, à propos de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, que celui-ci « cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus », ce qui paraît légitime dans la mesure où dès lors que le possesseur prend conscience de la fragilité juridique de sa situation, il devrait s'abstenir de consommer les fruits de la chose dont il sait ne pas être propriétaire.

#### **Le cadre circonstanciel : le conflit d'intérêts également légitimes**

La bonne foi est un beau concept, tout le monde en convient... Doit-elle pour autant systématiquement prévaloir ? Certaines situations permettent d'en douter. Lorsque la bonne foi se trouve confrontée à un intérêt tout aussi légitime que celui qu'elle promet, le droit des biens préserve alors un équilibre délicat entre de tels inté-

rêts contradictoires. Il suffit de relire les articles 2276 et 2277 du Code civil pour s'en convaincre, qui associent finement, depuis plus de deux siècles, tels effets variables selon les circonstances de la mise en possession (vol, perte, foire, marché, vente publique, limite temporelle de la revendication, remboursement du prix...) : dans la confrontation entre le véritable propriétaire du meuble et le possesseur de bonne foi, le second ne sort pas toujours gagnant.

#### **Le cadre structurel : la confrontation à des piliers du droit des biens**

Le juge s'est lui aussi trouvé confronté à des dilemmes, dans de fameuses hypothèses de conflits délaissées par le législateur. L'empiètement sur le terrain d'autrui en est une troublante illustration, la jurisprudence refusant avec constance de tenir compte de la bonne/mauvaise foi de celui qui empiète, même de quelques centimètres, sur le terrain voisin, tout comme elle refuse de tenir compte de la bonne/mauvaise foi de celui qui subit l'empiètement. Les juges laissent ainsi au propriétaire du terrain la possibilité d'exiger la destruction de la construction, ou de vendre les quelques centimètres litigieux à un prix exorbitant, sans que l'on puisse par ailleurs soulever un éventuel abus de droit de sa part<sup>23</sup>. L'intrusion de considérations morales, la promotion de l'équité face au dogme de la propriété privée, ne semblent pas être à l'ordre du jour, au grand regret d'une doctrine unanime qui dénonce le déséquilibre patent de la solution<sup>24</sup>.

Quant au conflit entre deux acquéreurs d'un même bien immobilier, il est également riche d'enseignements, confrontant cette fois la bonne/mauvaise foi du second acquéreur au pilier sécuritaire que constitue la publicité foncière. Durant un temps, la jurisprudence a considéré que celui qui avait acquis un bien en second lieu tout en ayant connaissance de la première vente, ne pouvait pas le conserver, alors même que l'enregistrement de la seconde vente avait eu lieu avant l'enregistrement de la première, rendant la seconde vente opposable aux tiers, y compris au premier acquéreur. Solution équ-

23. Encore récemment, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 oct. 2013, n° 12-22169, selon lequel : « la bonne foi des constructeurs au moment de la construction était indifférente », et « la défense de son droit de propriété contre un empiètement, ne pouvait dégénérer en abus ».

24. D'autres systèmes juridiques, très proches du nôtre, tel le droit espagnol, recherchent davantage l'équilibre : la jurisprudence espagnole a ainsi créé la figure de « l'accession inversée », qui permet au constructeur de s'approprier le bout de terrain qui subit l'empiètement, contre une indemnisation de sa valeur, si et seulement s'il n'était pas de mauvaise foi. L'avant-projet de réforme du droit des biens (art. 539) s'inspire notamment de cette solution pour imaginer une solution juridique plus équilibrée en cas d'empiètement.

table, mais en contradiction avec les effets normalement attachés à la publicité foncière, celle-ci a été abandonnée lors d'un spectaculaire revirement en 2011<sup>25</sup>. La mauvaise foi du second acquéreur est alors indifférente, second exemple de défiance jurisprudentielle à l'égard d'une bonne foi-loyauté/probité en droit des biens<sup>26</sup>.

Est-ce à dire que le droit des biens devrait se contenter d'une approche technique et psychologique de la bonne foi et rejeter, au nom de la sécurité juridique ou d'un dogme supérieur, toute tentative d'intrusion de l'équité dans la matière ?

Une telle conclusion serait bien hâtive, tant le sens de l'équité semble innover, à sa manière, plusieurs règles légales ou jurisprudentielles déjà évoquées. Imaginons un instant la physionomie du droit des biens sans la considération de la bonne foi : l'acquéreur *a non domino* serait toujours évincé, il ne percevrait aucune indemnité pour les améliorations réalisées sur le bien, et il

devrait rendre tous les fruits perçus, ou leur équivalent en valeur, y compris ceux consommés dans l'ignorance de sa situation ; l'apparence de propriété de son auteur ne lui serait d'aucun secours en dépit d'une erreur commune et invincible ; la sécurité du commerce serait singulièrement fragilisée en matière mobilière ; quant au constructeur sur le terrain d'autrui, il devrait dans tous les cas détruire à ses frais tous ouvrages et plantations si le propriétaire l'exige.

Là où règne la bonne foi, l'équité gagne du terrain. La bonne foi permet, en droit des biens, de donner une juste assise à la croyance subjective plutôt que de privilégier une vérité brute et parfois économiquement faible. Il lui reste peut-être à s'émanciper de sa définition historiquement technique pour frayer, lorsque cela paraît nécessaire<sup>27</sup>, avec la bonne foi-probité... son autre visage.

Lyon, le 12 février 2016

---

25. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2011, n° 10-10667.

26. La question rebondit toutefois à l'aune de la réforme du droit des contrats, l'ordonnance n° 2016 du 10 févr. 2016 insérant dans le Code civil un article 1198, al. 2 selon lequel « Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Cette disposition entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

27. C'est chose faite pour la propriété intellectuelle et à propos de l'article 555 (v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 déc. 2013, préc.), une tendance également consacrée par l'ordonnance de réforme du droit des contrats dans le cadre du conflit entre acquéreurs d'un même immeuble (v. C. civ., futur art. 1198, al. 2), mais encore écartée par la jurisprudence dans l'hypothèse de l'empîement.

# Petit deux du Grand A : la bonne foi en droit des contrats

## Observations sur la bonne foi en droit des contrats à la veille de la réforme

Nicolas Balat

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

1. Voie de passage de la *règle morale dans les obligations civiles*<sup>1</sup>, instrument de sonde des reins et des cœurs<sup>2</sup>, outil de mesure des consciences et de la psychologie des sujets de droit, standard juridique longtemps cantonné à un rôle marginal et passé de quasi lettre morte à véritable droit vivant, la bonne foi est aujourd'hui devenue une notion prépondérante du droit des contrats<sup>3</sup> : « une et multiple, identique et changeante »<sup>4</sup>, peu de notions du droit des contrats se sont en effet prêtées, au cours des vingt-cinq dernières années, à autant de managements et d'utilisations – parfois difficilement compatibles – que la bonne foi<sup>5</sup>.

2. L'actualité témoigne de cette effervescence. L'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (qui habilite le gouvernement à réformer le droit des contrats par ordonnance) fait de la bonne

foi, avec la liberté contractuelle, l'un des « principes généraux du droit des contrats »<sup>6</sup>. La bonne foi est aussi au cœur de la définition de la convention de procédure participative, dernier contrat spécial entré dans le Code civil : l'article 2062 en fait « une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ». L'Union européenne n'est pas en reste, puisque la proposition de règlement « relatif à un droit commun européen de la vente » de 2011, texte dont l'on a suffisamment dénoncé les ambitions à régir le droit des contrats au-delà du seul contrat de vente<sup>7</sup>, fait de la bonne foi l'un des « principes généraux » du droit des contrats sur lesquels il repose : « Il incombe à chaque partie d'agir conformément au principe de bonne foi et de loyauté » (art. 2.1). Et loin de nos frontières, la Cour suprême du Canada a reconnu il y a peu

1. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd. (1949), LGDJ, 2000, « Reprint », n° 157 s.

2. Nous réutilisons ici une formule de Carbonnier, rédigée en écho à celle du psalmiste.

3. Rappr. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Bonne foi », par Ph. le Tourneau et M. Poumarède, 2009, n° 65.

4. Y. Loussouarn, « La bonne foi – Rapport de synthèse », in *La bonne foi, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 43, 1992, p. 7 s., spéc. p. 21.

5. Sur ce point, v. partic. D. Cohen, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004 – Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517 s.

6. Art. 8 : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du Code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et, à cette fin : 1° Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ».

7. V. par ex. Y. Lequette, « Avant-propos », in *Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ?*, actes de colloque du Master 2 Droit privé général, RDC 2012, p. 1393 s.

de temps l'existence d'un principe directeur de la *common law* qui impose l'exécution des contrats de bonne foi<sup>8</sup>.

**3.** Encore faut-il s'entendre sur les termes. Il est désormais acquis qu'en droit des contrats, la bonne foi apparaît comme une notion duale, comportant une face « subjective », règle négative de comportement (disposer d'une croyance erronée, ignorer une situation), et une face « objective », règle positive de comportement (se comporter de manière loyale, agir « moralement », conformément à la probité)<sup>9</sup>. Si l'on trouve des applications de la bonne foi subjective en droit des contrats (dont un certain nombre de questions contemporaines en droit du surendettement<sup>10</sup>), c'est surtout le volet objectif de la bonne foi, règle générale de comportement, qui confère son originalité à la matière et s'est largement développé, comme l'attestent, outre les illustrations déjà données, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil (les conventions « doivent être exécutées de bonne foi »), ou l'article 1103 de l'avant-projet de réforme de février 2015 (« les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi »). C'est à ce volet objectif que sera consacrée cette contribution, étant précisé que nous souhaiterions nous limiter à des observations sur l'état de la question en droit positif.

**4.** L'intérêt d'observations sur la bonne foi objective à la veille de la réforme ne saute pourtant pas aux yeux, dans la mesure où le droit français des contrats est sur le point d'être réformé par ordonnance – laquelle devrait, à peu de choses près, reprendre le contenu du dernier avant-projet de réforme du droit des contrats diffusé, en février 2015, par le ministère de la justice. Pourquoi se livrer à une étude du droit en vigueur à la fin de l'année 2015, si celui-ci est sur le point d'être modifié ? À première vue, la question laisse sceptique. Contre cette première impression, la démarche n'apparaît néanmoins pas inutile, et ce, pour plusieurs raisons. La première – qui ne nous semble pas la plus déterminante – réside dans ce que, en application des règles

classiques de conflits de lois dans le temps, le droit antérieur à la réforme restera applicable aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de celle-ci, sauf règles ponctuelles contraires. La deuxième raison consiste dans une alternative : en l'état des textes communiqués à la communauté juridique, il apparaît raisonnable de miser sur une certaine continuité des solutions entre le droit actuel et le droit à venir, si bien que l'étude de l'état du droit actuel conserve son intérêt dans la perspective du droit nouveau, qui en reconduirait l'essentiel des solutions ; toutefois, si le droit futur venait à s'écarter du droit en vigueur en 2015, disposer d'une synthèse, aussi modeste soit-elle, de la question avant la réforme, ne serait rétrospectivement pas inutile, afin de contribuer à mesurer la portée des changements intervenus. La troisième raison tient en ce que, dans tous les cas, il n'est pas rare que les changements de droits entraînent des distorsions dans la présentation de l'état du droit antérieur, celui-ci étant parfois indûment vu à travers le prisme déformant du droit nouveau. La présente étude se voudrait ainsi une modeste contribution à l'usage de la comparaison future de la bonne foi objective sous le droit immédiatement antérieur à la réforme et sous le droit issu de celle-ci.

**5.** *Quid* alors de l'état de la bonne foi objective à la veille de la réforme ? Illustration d'un mouvement esquissé par Portalis dans le *Discours préliminaire*, le codificateur de 1804 a, sur la bonne foi contractuelle, laissé la part belle à la jurisprudence et à la doctrine, au magistrat et au juriste-consulte (poser, à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi », n'est en effet prendre parti ni sur le contenu de la notion, ni sur l'étendue de ses fonctions), sans que ceux-ci aient toujours voulu ou pu pleinement saisir le coche. Du fait notamment de l'abondance et de la qualité des contributions déjà existantes, un sujet comme celui-ci n'est pas de ceux qui se prêtent aisément aux réinventions<sup>11</sup> ; faisant œuvre infiniment plus modeste, une radiographie du droit

8. Cour suprême du Canada 13 nov. 2014, *Bhasin c/ Hrynew* (2014 CSC 71) ; Y.-M. Laithier, « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi », *D.* 2015, p. 746 s.

9. V. Y. Loussouarn, « La bonne foi – Rapport de synthèse », in *La bonne foi, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 43, 1992, p. 7 s., spéc. p. 11 s., qui évoque « le clivage distinguant la bonne foi-croyance erronée de la bonne foi-loyauté, honnêteté ». La bonne foi objective est qualifiée ainsi car elle s'apprécie de manière *plus objective* que la bonne foi subjective, dans la mesure où « l'intention de l'agent compte moins que son comportement effectif » (*Rép. civ.* Dalloz, V<sup>o</sup> « Bonne foi », par Ph. le Tourneau et M. Poumarède, 2009, n<sup>o</sup> 4).

10. *Civ.* 2<sup>e</sup>, 15 oct. 2015 l'absence de bonne foi du débiteur ne peut conduire à une recevabilité partielle de sa demande. V. C. conso., art. L. 330-1 s.

11. V. déjà, le constatant, J. Klein, « La loyauté en droit des contrats », *Justice & cassation* 2014, p. 77 s.

positif nous semble aboutir à ce constat qu'à une notion demeurée fuyante font écho des fonctions devenues plus maîtrisées. En somme, une approche notionnelle révèle une notion souple, toujours indomptée (I), tandis qu'une approche fonctionnelle révèle des fonctions rigides, progressivement domestiquées (II)<sup>12</sup>.

## I. Une notion indomptée

**6.** Par essence, parce qu'elle est un standard juridique, une notion-cadre, à contenu variable, la notion de bonne foi objective en droit des contrats se révèle largement indomptée; en « tracer les limites »<sup>13</sup> et en esquisser une définition par son contenu restent aujourd'hui encore des questions redoutables. Sur ces points, l'approche notionnelle montre qu'au silence du législateur (A) et aux hésitations réticentes de la jurisprudence (B) répondent des dissonances doctrinales liées aux tentatives de théoriser la notion (C).

### A. Le silence législatif

**7.** Le premier point qui peut être relevé est l'absence de définition légale de la bonne foi contractuelle<sup>14</sup>. La loi se contente de mentionner cette dernière à plusieurs reprises, notamment dans le célèbre article 1134, alinéa 3, du Code civil : les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». La bonne foi objective irrigue aussi les contrats spéciaux<sup>15</sup>, et se trouve ainsi au centre de la définition de la convention de procédure participative, créée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 (art. 2062 C. civ.), mais sans davantage être définie. La bonne foi contractuelle est également simplement mentionnée, sans définition, dans les textes internationaux relatifs au droit des contrats. C'est ainsi par exemple que les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international disposent (article 1.7 de la version de 2010, « Bonne

foi ») : « 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée. » La démarche dans l'article 1-106 des principes du droit européen du contrat est similaire : « dans l'exercice de ses droits et l'exécution de ses obligations, chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi ». Et l'on notera chemin faisant que l'avant-projet de février 2015 n'est guère plus disert.

**8.** Par-delà ces allusions laconiques, peut-on voir dans la bonne foi un principe directeur du droit des contrats, ce qui participerait de la définition de la notion et, faute d'élément intrinsèque de définition donnée dans la loi, en apporterait à tout le moins un élément extrinsèque ? L'analyse a été débattue<sup>16</sup>. En l'état, si rien ne semble véritablement permettre de retenir cette qualification pour le droit en vigueur (à suivre l'article 1134, alinéa 3, la bonne foi est une simple règle, parmi d'autres, que doivent respecter les contractants), la loi d'habilitation du 16 février 2015 en fait explicitement l'un des « principes généraux du droit des contrats » que le gouvernement a la mission d'« affirmer », ce qui pourrait amener le statut de la bonne foi à changer. À noter que le droit canadien a récemment et clairement franchi le pas, en faisant du devoir de bonne foi en matière contractuelle un principe général de la *common law*<sup>17</sup>, tout comme la notion de *Treu und Glauben* du droit allemand (§ 242 BGB), et que le commentaire des principes Unidroit fait de la bonne foi objective « l'une des idées fondamentales à la base des Principes ».

**9.** Ce silence relatif du droit écrit confirme d'ailleurs la bonne foi dans son statut de standard juridique. Notion dont la définition et le contenu ne sont pas préétablis et peuvent évoluer, la bonne foi contractuelle fait ainsi partie des outils qui permettent une adaptation du droit aux

12. Double constat devenu classique dans sa substance au cours des dernières années. Rapp. S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats – Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, préf. M. Fabre-Magnan; addé J. Mestre, « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », *RLDC* n° 58, mars 2009, p. 9 s.

13. L. Leveneur, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 févr. 2001, *Contrats, conc., consom.*, 2000, comm. 140.

14. V. déjà Y. Loussouarn, « La bonne foi – Rapport de synthèse », in *La bonne foi, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 43, 1992, p. 7 s., spéc. p. 10.

15. V. par ex., pour le contrat de travail, entre autres illustrations, l'art. 1221-1 C. trav., qui reproduit l'art. 1134, al. 3, C. civ. (« Le contrat de travail est exécuté de bonne foi »), ou encore l'art. L. 1221-6, al. 3, C. trav., qui dispose que le candidat à un emploi « est tenu de répondre de bonne foi » aux demandes d'information faites par l'employeur.

16. V. par ex. J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 378, et comp. par ex. A. Ghozi et Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p. 2609 s. et Ph. Dupichot, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013, p. 387 s.

17. Préc. : Cour suprême du Canada 13 nov. 2014, *Bhasin c/ Hrynew* (2014 CSC 71); Y.-M. Laithier, art. préc.

situations et comportements les plus divers<sup>18</sup> : c'est le propre de toute notion-cadre que d'être à contenu indéterminé par la loi et d'associer le juge à la définition de son contenu normatif<sup>19</sup>.

## B. Les réticences jurisprudentielles

**10.** La main tendue par le législateur n'a pour autant pas été pleinement saisie par le juge : la jurisprudence demeure, elle aussi, assez silencieuse, et ne s'est, à notre connaissance, pas essayée à définir directement la notion de bonne foi objective en droit des contrats. La Cour de cassation se désintéresse même assez manifestement de cette question, puisque la bonne foi figure au titre des notions non contrôlées et qui relèvent du pouvoir souverain des juges du fond ; la qualification est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>20</sup>. La Haute juridiction exerce seulement parfois un contrôle du manque de base légale, comme l'attestent quelques arrêts rendus en matière de baux. Dans une affaire tranchée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 23 juin 2015<sup>21</sup> notamment, un arrêt d'appel est censuré pour n'avoir pas recherché si une clause résolutoire stipulée dans un bail commercial n'avait pas été mise en œuvre de mauvaise foi par le bailleur : l'arrêt est cassé pour défaut de base légale sans davantage de précision, la Cour de cassation se contentant d'envisager en creux un manquement possible à la bonne foi, sans le définir, ni même le caractériser dans son contenu.

**11.** Si l'on a pu voir dans cette quasi absence de contrôle une réticence motivée par l'imprégnation morale de la bonne foi<sup>22</sup> – argument discutable puisque, utilisée par les normes, la bonne foi quitte les terres isolées de la morale et devient aussi notion juridique –, ne s'agit-il pas néanmoins d'une forme de renonciation de la Cour de cassation à sa fonction normative et régula-

trice<sup>23</sup>, qu'elle revendique tant dans le contexte des réflexions contemporaines sur sa réforme ? Ainsi que l'écrivent des auteurs, aux propos desquels nous souscrivons, à condition de se donner les moyens suffisants, « aucune notion juridique n'est rebelle à une définition abstraite plus ou moins élaborée »<sup>24</sup> ; dès lors, s'abriter derrière le caractère par trop moral ou par trop abstrait de la bonne foi pour la laisser presque entièrement au pouvoir souverain des juges du fond n'apparaît pas pleinement convaincant : « chargée d'assurer la certitude et l'unité du droit », la Cour de cassation reste « pleinement dans son rôle en s'attachant à donner une *définition unique* de toutes les notions légales et à en assurer le respect par les cours et tribunaux »<sup>25</sup>. Ne devrait-elle pas le faire avec la bonne foi objective en droit des contrats ?

**12.** Quoi qu'il en soit, il résulte de cette vaste absence de contrôle que la bonne foi n'est pas assortie d'une définition jurisprudentielle uniforme et que les arrêts de la Cour de cassation sur la bonne foi objective sont bien souvent chargés d'implicite sur le plan notionnel. Et quoique l'on puisse ne pas être pleinement convaincu par ce renoncement, il semble difficile d'en blâmer sans réserve la jurisprudence : parce qu'elle est un standard juridique, définir strictement la bonne foi apparaît plus difficile que définir d'autres notions moins résistantes et protéiformes (la tâche n'est toutefois pas impossible, comme le montrent certains droits proches du droit français<sup>26</sup>). Raison pour laquelle les juges se contentent pour l'essentiel de qualifier les comportements qui leur sont soumis au gré des espèces de « bonne foi » ou de « mauvaise foi » sans véritable définition de référence.

**13.** Peut-être faut-il y voir aussi l'une des causes des assimilations de la bonne foi contractuelle à d'autres notions. L'étude de la jurisprudence

18. F. Grua, « La fée et l'horloge », *RTD civ.* 2001, p. 319 s., spéc. n° 9-10.

19. L. Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices* 1998, 87, spéc. p. 99-100. *Adde* « Les standards juridiques », dossier, *RDA* n° 9, p. 35 s.

20. Not. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juill. 1969, *Bull. civ. I*, n° 262 – Soc. 16 déc. 2014, n° 13-14.558, *Bull. civ. V*, n° 294 – Civ. 2<sup>e</sup>, 14 déc. 2006, n° 05-04.051, *Bull. civ. II*, n° 355 – Civ. 2<sup>e</sup>, 16 déc. 2004, n° 02-20.364, *Bull. civ. II*, n° 531 – Soc. 1<sup>er</sup> févr. 2001, n° 99-13.879, *Bull. civ. V*, n° 36. Rapp. encore Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mai 2006, n° 04-13.454, *Bull. civ. I*, n° 462.

21. Civ. 3<sup>e</sup>, 23 juin 2015, n° 14-12.606, NPB.

22. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz action, 2015, not. n° 65.102.

23. Pour une critique du refus de la Cour de cassation de contrôler la notion de bonne foi, J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz action, 2015, n° 65.62.

24. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz action, 2015, n° 65.71.

25. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz action, 2015, n° 65.91.

26. En droit espagnol par ex., v. not. STS 5263/1981 du 8 juill. 1981, sur le fondement de l'art. 7.1 du *código civil* : « una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y ateniimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena ».

révèle en effet que beaucoup de notions gravitent autour de celle de bonne foi objective et, plus ou moins rattachées à celle-ci, contribuent à en étendre le flou. Parmi d'autres, elle a pu être rapprochée de la loyauté<sup>27</sup>, de l'abus de droit<sup>28</sup>, ou encore, implicitement, du devoir de cohérence et de l'obligation de ne pas se contredire au détriment d'autrui<sup>29</sup>, voire des notions d'espérance légitime et de conduite raisonnable. Assimiler la bonne foi à d'autres notions, n'est-ce pas le risque lorsque la réflexion notionnelle est volontairement contenue, limitée, mesurée ? Prenant acte de ces hésitations, la doctrine a largement contribué à proposer des définitions de la notion de bonne foi objective retenue par le droit positif.

### C. Les dissonances doctrinales

**14.** La doctrine contemporaine a abondamment contribué au débat sur la notion de bonne foi objective en droit des contrats. Qu'est-ce que la bonne foi contractuelle objective ? Un relatif consensus *a minima*, après avoir relevé l'« imprécision »<sup>30</sup> de la notion, semble y voir aujourd'hui un synonyme de la loyauté des comportements et un « moyen de faire pénétrer la règle morale dans le droit »<sup>31</sup> – consensus *a minima* qui ne signifie pas que certains auteurs ne voient pas dans la bonne foi davantage. Ce consensus *a minima* ne doit pourtant pas masquer la polyphonie doctrinale, les dissonances même et le vigoureux débat notionnel auxquels a donné lieu la bonne foi contractuelle objective<sup>32</sup> : si l'on doit à la doctrine contemporaine d'avoir largement réactivé l'intérêt du droit positif pour la notion de bonne foi, ce dernier ne lui doit-il pas aussi en grande partie ses divisions sur le contenu et les utilités de la notion ?

**15.** D'un côté, une doctrine qui peut être qualifiée de « minimaliste » put considérer la bonne foi contractuelle objective comme pour ainsi dire presque vide de tout contenu, et estimer qu'elle ne poserait qu'une simple règle d'interprétation des contrats<sup>33</sup>. Cette position se recommandait d'une influence du droit romain, qui opposait les contrats de droit strict aux contrats de bonne foi (les seconds permettant au juge plus de souplesse dans l'interprétation)<sup>34</sup>, et marquerait en réaction l'idée qu'« il n'est plus de contrat que de bonne foi »<sup>35</sup>. Cette approche, qui n'est pas entièrement dépourvue de fondement en droit positif<sup>36</sup>, apparaît néanmoins aujourd'hui beaucoup trop restrictive au regard de l'évolution de celui-ci<sup>37</sup>; elle se révèle par ailleurs marginale depuis le milieu du xx<sup>e</sup> siècle.

**16.** D'un autre côté, aux antipodes, une doctrine « maximaliste » a pu voir dans la bonne foi objective la source d'une règle générale imposant une obligation renforcée de coopération et de solidarité entre les contractants et demandant à chacun d'agir au mieux des intérêts de son cocontractant. C'est le courant dit du « solidarisme contractuel », inspiré par les écrits de Demogue – qui estimait que la notion de bonne foi impliquerait, selon des expressions passées à la postérité, que « les contractants forment une sorte de microcosme » et ferait du contrat « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun »<sup>38</sup> –, qui, prenant appui sur un certain nombre d'évolutions récentes du droit positif des contrats, estime que la notion de bonne foi objective impose « des devoirs de coopération et d'abnégation »<sup>39</sup>.

27. Par ex. Com. 10 juill. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 188, où la déloyauté est prise comme un synonyme de la mauvaise foi.

28. Parmi de nombreux exemples, Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 2006, inédit, n° 03-15.394. V. en outre le commentaire sous l'article 1.7 des principes d'Unidroit; V. encore *Rép. civ.* Dalloz, V<sup>o</sup> « Abus de droit », par L. Cadiet et Ph. le Tourneau, n°s 78 s.

29. Com. 8 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n° 44. Et les principes d'Unidroit consacrent une disposition spécifique à l'interdiction de se contredire, l'article 1.8, mais le commentaire la rattache explicitement à la bonne foi, dont il indique qu'elle constitue une application.

30. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 439.

31. *Ibid.*

32. Débat qui s'est bien entendu répercuté sur les fonctions à assigner à la bonne foi objective contractuelle.

33. Pour une présentation, J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 16<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 378.

34. V. not. Dig. 44, 7, 2, 3, Gaius; D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 75 s.

35. F. Terré, Y. Lequette et Ph. Simler, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 439.

36. Rappr. art. 7 de la conv. de Vienne sur la vente internationale de marchandises, qui fait de la bonne foi une règle d'interprétation de la convention, et dans lequel certaines décisions ont pu voir une règle d'interprétation du contrat lui-même (not. CA Grenoble, 22 févr. 1995 [CNUDCI, déc. 154]; *Bundesgerichtshof*, Allemagne, 31 oct. 2001 [CNUDCI, déc. 445]).

37. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 439.

38. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 6, Rousseau, 1931, n° 3.

39. V. not. D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz-Puf-JurisClasseur, 1999, p. 603 s. (n° 14, p. 617, pour la citation), et les références citées *passim*.

**17.** Entre ces deux conceptions, une doctrine contemporaine majoritaire, qui peut être qualifiée de « médiane », tend à voir dans la bonne foi plus qu'une règle d'interprétation, mais moins qu'une règle imposant un devoir d'agir au mieux des intérêts de son cocontractant<sup>40</sup> : la bonne foi n'est-elle pas seulement la règle, élémentaire, selon laquelle « un contractant doit [...] s'abstenir de tout comportement déloyal envers son cocontractant »<sup>41</sup>, par exemple en lui faisant part de toutes les informations dont il dispose pour faciliter l'exécution du contrat et, plus généralement, en faisant preuve de rectitude, d'honnêteté, de probité<sup>42</sup> ? Dans cette conception, libérale au sens de la philosophie politique, la notion de bonne foi contractuelle objective se présente comme une règle de comportement<sup>43</sup> loyal<sup>44</sup>, transposition juridique du devoir moral de ne pas nuire à autrui, « règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante »<sup>45</sup>.

**18.** Et ne convient-il pas aujourd'hui d'ajouter à cet inventaire doctrinal une quatrième conception ? Une nouvelle manière de concevoir la notion de bonne foi objective a en effet récemment été proposée en doctrine. Aux termes de cette conception, la bonne foi objective imposerait une gradation dans les comportements en fonction du type de contrat concerné : la bonne foi serait toujours, *a minima*, pour tous les contrats, la source d'un devoir de loyauté entre les parties ; au-delà, la bonne foi imposerait également un devoir de coopération, mais dans certains contrats seulement (société, édition, distribution, contrats d'intérêt commun...) <sup>46</sup>. On pourrait qualifier ce mouvement, en surplomb de la controverse, de doctrine « typologiste ».

**19.** En dépit de ces clarifications doctrinales, peut-être aussi partiellement en raison de ces dissonances, il n'en demeure pas moins que, en

l'état du droit positif, la notion de bonne foi objective en droit des contrats continue de se montrer relativement fluctuante – sa définition, qui dépend de son contenu, n'est pas parvenue à être figée, fixée, dans une formule générale à même d'englober toute la richesse de ses applications –, si bien que l'on est incité presque naturellement à se tourner vers ses fonctions.

## II. Des fonctions domestiquées

**20.** Alors qu'il fut un temps permis de le prophétiser, la bonne foi objective n'est pas devenue la « bonne à tout faire du droit des contrats ». Elle apparaît sensiblement plus nette, plus rigide et délimitée, dans ses fonctions que dans sa notion. Les fonctions de la bonne foi objective ont en effet progressivement été domestiquées par le droit positif, constat qui se vérifie à la fois pour la question de déterminer les stades auxquels elle est applicable (A) et pour celle de savoir quelles conséquences lui sont attachées (B).

### A. Les stades de l'utilisation de la notion de bonne foi

**21.** L'étude du droit positif montre que la bonne foi objective joue un rôle avant, pendant et après le contrat. Sous l'influence de la jurisprudence, elle apparaît aujourd'hui étendue à tous les stades du processus contractuel, raison pour laquelle le professeur Mazeaud constatait dans ces colonnes « une amplification significative du devoir de bonne foi réalisée par la Cour de cassation »<sup>47</sup>.

**22.** D'abord, la bonne foi objective joue au stade précontractuel. L'article 1134, alinéa 3, du Code civil dispose que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi », mais ne contient rien sur la formation du contrat. Estimer sous ce prétexte que la bonne foi précontractuelle n'est pas exigée en droit positif constituerait néanmoins

40. Not. Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges P. Didier*, 2008 ; v. aussi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 439.

41. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 439.

42. V. aussi, dans le sens de cette assimilation, la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (COM(2011) 635 final), qui vise « le principe de bonne foi et loyauté », et qui, aux fins de ce texte, entend sous cette expression « un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise, et la prise en considération des intérêts de l'autre partie » (art. 2 – définitions).

43. C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, 2014, n° 594, p. 665 : « la bonne foi n'existe qu'à travers le comportement du débiteur ou du créancier, c'est-à-dire la façon dont il exerce ses droits ou exécute ses obligations ».

44. P.-Y. Gautier, « Loyauté : nouveau standard du Droit, ou bien leurre ? », *Justice & cassation* 2014, p. 55 s., spéc. p. 58 ; C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, 2014, n° 594, p. 664. Rapp. J. Klein, « La loyauté en droit des contrats », *Justice & cassation* 2014, p. 77 s., not. p. 83.

45. Y. Loussouarn, « La bonne foi – Rapport de synthèse », in *La bonne foi, Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 43, 1992, p. 7 s., spéc. p. 12.

46. S. Lequette, *Le contrat-coopération*, Economica, 2012, préf. C. Brenner, et « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », cette revue n° 7, févr. 2013, p. 66 s. ; et pour une synthèse, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 43.

47. D. Mazeaud, « Le changement en droit des contrats », cette revue n° 10, févr. 2015, p. 81 s., spéc. n° 13.

une erreur manifeste d'appréciation. La bonne foi dans la formation du contrat est sans conteste imposée par le droit positif ; « non seulement chacune des parties ne doit pas tromper l'autre mais elle doit adopter une attitude cohérente permettant à son partenaire de déterminer sa propre conduite »<sup>48</sup>. Et de fait, la bonne foi objective précontractuelle commande un certain nombre de devoirs de comportement progressivement dégagés.

Il en est ainsi de l'obligation de mener – et, le cas échéant, de rompre – les pourparlers de bonne foi, posée notamment par un arrêt *Manoukian* rendu le 26 novembre 2003 : la chambre commerciale de la Cour de cassation y approuve la condamnation d'actionnaires au paiement de dommages et intérêts pour avoir « rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement »<sup>49</sup>. Cette obligation a été rattachée, faute de texte spécifique, au devoir général de prudence et de diligence posé par l'article 1382 du Code civil.

Il en est également ainsi des liens entre le manquement au devoir de bonne foi et l'annulation du contrat pour réticence dolosive : pourquoi la réticence dolosive rend-elle « toujours excusable l'erreur provoquée »<sup>50</sup>, si ce n'est parce qu'elle est causée par l'absence de bonne foi, la déloyauté précontractuelle, de celui qui garde le silence ? Que sanctionne-t-on ici, sinon le manquement à une obligation de bonne foi dans la formation du contrat lorsqu'il se répercute sur le consentement d'une partie ? Un tel lien a d'ailleurs eu l'occasion d'être reconnu à plusieurs reprises par la jurisprudence<sup>51</sup>.

Pour de nombreux auteurs, la bonne foi précontractuelle a encore pu justifier l'émergence, puis l'« autonomisation », d'une obligation précontractuelle d'information<sup>52</sup>. De même, un

auteur a récemment soutenu que la bonne foi précontractuelle était au fondement de l'obligation de maintien de l'offre pendant le délai indiqué<sup>53</sup>. Peut encore être cité, pour les contrats du commerce international, le commentaire sous l'article 1.7 des principes d'Unidroit : « En indiquant que chaque partie est tenue de se conformer aux exigences de la bonne foi, le paragraphe 1 du présent article énonce clairement que même en l'absence de dispositions particulières dans les Principes, les parties doivent, pendant toute la durée du contrat, y compris pendant les négociations, agir de bonne foi. »

Il est donc certain que le droit positif confère une place de choix à la bonne foi précontractuelle ; simplement, celle-ci ne dispose pas d'un fondement spécifique et se raccroche à d'autres règles, notamment les articles 1116 et 1382 du Code civil. L'avant-projet de réforme de février 2015 propose d'ailleurs de lever tout doute lié à la formulation incomplète de l'actuel article 1134, alinéa 3, du Code civil en même temps que d'offrir un fondement spécifique à la bonne foi objective précontractuelle : l'article 1103 de cet avant-projet dispose que « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi »<sup>54</sup>.

**23.** Ensuite, la bonne foi objective doit incontestablement être présente au stade de l'exécution du contrat. Il s'agit de son domaine naturel, du cœur de l'obligation de bonne foi objective en droit positif. Il s'agit même de la seule phase où la bonne foi objective est prévue explicitement par le droit commun des contrats : on se souvient que l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, dispose que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

La jurisprudence ne manque pas de rappeler cette exigence à intervalles réguliers : les parties doivent agir de bonne foi dans l'exécution du contrat<sup>55</sup>. Ainsi, « chaque contractant doit exé-

48. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 43. *Addé* C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, 2014, n° 594. 49. Com. 26 nov. 2003, *Manoukian*, *Bull. civ. IV*, n° 186.

50. Civ. 3<sup>e</sup>, 21 févr. 2001, *Bull. civ. III*, n° 20.

51. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 févr. 1997, *Bull. civ. I*, n° 61 : « Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager ». V. aussi Civ. 3<sup>e</sup>, 16 mars 2011, *Bull. civ. III*, n° 36, qui insiste sur les liens entre les manquements à un « devoir général de loyauté » et le dol par réticence.

52. *Rép. civ.* Dalloz, V<sup>o</sup> « Bonne foi », par Ph. le Tourneau et M. Poumarède, 2009, n° 42 s.

53. J. Antipapas, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTD civ.* 2013, p. 27 s.

54. Le fondement textuel des décisions sur l'obligation de mener et de rompre les obligations de bonne foi passerait certainement alors de l'article 1382 du Code civil à ce nouvel article 1103 ; c'est moins certain concernant la réticence dolosive, dans la mesure où celle-ci se verrait reconnaître un fondement spécifique dans un autre article.

55. Parmi de nombreux exemples : Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2012, *Bull. civ. III*, n° 49, contrat de bail – Soc. 4 avr. 2006, *Bull. civ. V*, n° 132, contrat de travail – Civ. 3<sup>e</sup>, 2 mars 2005, *Bull. civ. III*, n° 51, marché à forfait.

cuter fidèlement ses engagements afin que le contrat produise son effet utile »<sup>56</sup>. À se livrer à une synthèse du droit positif, la bonne foi dans l'exécution du contrat semble recouvrir plusieurs facettes : devoirs de persévérance, de vigilance, de transparence et de fidélité<sup>57</sup>. Et dans les contrats qui impliquent une coopération particulière, la bonne foi dans l'exécution du contrat peut justifier jusqu'à un devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui<sup>58</sup>.

Cette obligation, qui relève du droit commun des contrats, est parfois rappelée par certains textes propres à des contrats spécifiques ; notamment, l'article L. 1222-1 du Code du travail dispose que « le contrat de travail est exécuté de bonne foi ». Dans la mesure où l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, constitue déjà une règle à vocation subsidiaire générale, l'utilité technique de ce texte ne peut-elle être discutée ? On pourra toutefois mettre à son crédit qu'il a, à tout le moins, le mérite de rappeler la vigueur de la solution.

**24.** Enfin et en dépit de certaines apparences, le domaine de la bonne foi objective pourrait bien s'étendre également à l'après-contrat. À partir d'un arrêt rendu en 2005 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui avait affirmé que « l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels »<sup>59</sup>, on avait notamment pu se demander si l'exigence de bonne foi excluait la phase post-contractuelle, et ne s'étendait que de la conclusion du contrat à son extinction au sens large. Était-ce notamment à dire que la phase de « l'après-contrat » était dispensée de l'exigence de bonne foi ? Pouvait militer en ce sens, outre l'argument pratique de la fin des relations contractuelles entre les parties, un argument tiré d'une analyse littérale de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, figurant au visa de cet arrêt. Toutefois, cette formule, proba-

blement liée au contexte particulier des faits de l'espèce, n'a pas paru pouvoir signifier que la bonne foi est enfermée dans le contrat et que, après celui-ci strictement considéré, les parties ne seraient soumises à aucun devoir de bonne foi.

Ne serait-il pas en effet hasardeux de considérer, sans nuance, que la fin de la période contractuelle marque la fin de l'exigence de bonne foi<sup>60</sup> ? Ceux qui ont été dans les liens d'un contrat ne restent-ils pas soumis, après l'anéantissement de celui-ci, à une exigence de comportement plus diffuse imposée par la règle générale de prudence et de diligence contenue à l'article 1382 du Code civil ? Entendue comme un devoir général de loyauté et de ne pas causer de tort à autrui, la bonne foi objective ne s'apparente-t-elle pas alors à un devoir général de comportement qui, bien que renforcée dans le contrat, le transcende<sup>61</sup> ? Plus encore, il n'apparaît pas inconcevable que cette exigence générale de loyauté soit renforcée dans le cadre d'un après-contrat, précisément parce que les parties ont été dans les liens d'un contrat et que, de ce fait, elles ne sont pas totalement étrangères l'une à l'autre (on imagine ainsi fort bien un devoir renforcé de confidentialité sur certaines informations telles la situation économique de l'ex-cocontractant, etc.<sup>62</sup>), étant simplement précisé que, dans cette hypothèse, le fondement d'une responsabilité pour manquement éventuel à un devoir de bonne foi ne pourrait être que délictuel<sup>63</sup>. Et l'exigence de bonne foi, imposée sans discussion au cours de la période pré-contractuelle, c'est-à-dire lorsqu'un contrat est simplement envisagé, ne devrait-elle pas être imposée *a fortiori* au cours de la période post-contractuelle, c'est-à-dire lorsqu'un contrat, loin d'avoir été simplement envisagé, a existé et a pris fin ?

56. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 43.

57. *Rép. civ.* Dalloz, V° « Bonne foi », par Ph. le Tourneau et M. Poumarède, 2009, n° 68 s.

58. V. not., caractéristique, *Civ. 3<sup>e</sup>*, 5 nov. 2003, *Bull. civ.* III, n° 189 – v. encore l'article L. 541-8-1 du Code monétaire et financier, aux termes duquel « les conseillers en investissements financiers doivent [...] se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients ».

59. *Civ. 3<sup>e</sup>*, 14 sept. 2005, *Bull. civ.* III, n° 166.

60. Dans le même sens, *Rép. civ.* Dalloz, V° « Bonne foi », par Ph. le Tourneau et M. Poumarède, 2009, n° 111 s.

61. *Rapp. not. Soc.* 30 mars 2005, *Bull. civ.* V, n° 110 : « pendant les périodes de suspension de son contrat de travail, le salarié reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté ». Dans le même sens, *Rép. civ.* Dalloz, V° « Bonne foi », par Ph. le Tourneau et M. Poumarède, 2009, n° 113.

62. V. aussi, à la marge, la doctrine qui voit le fondement des obligations légales de non-concurrence dans la bonne foi : Y. Auguet, *Concurrence et clientèle*, LGDJ, 2000, p. 306 s., préf. Y. Serra.

63. *Civ. 3<sup>e</sup>*, 18 mai 2011, *Bull. civ.* III, n° 79 : viole les articles 1382 et 1147 du Code civil la cour d'appel qui retient qu'un bailleur a manqué à son obligation de bonne foi en matière contractuelle alors que par l'effet de l'anéantissement rétroactif du contrat annulé, sa responsabilité ne peut être recherchée que sur un fondement délictuel ou quasi-délictuel.

## B. L'intensité des effets attachés aux manquements à la bonne foi

**25.** La dernière question envisagée ici est de savoir quelle est l'intensité des effets retenus par le droit positif lorsqu'une partie manque à son devoir de bonne foi objective. Deux observations sur l'objet de ces développements doivent être faites. D'une part, il faut préciser que, *en elle-même*, la bonne foi n'a pas d'intensité variable<sup>64</sup>, mais que ce sont les effets qui sont assignés à un manquement à la bonne foi, les sanctions de celui-ci, qui sont susceptibles de gradations. D'autre part, cette seule question de l'intensité des effets attachés aux manquements à la bonne foi pourrait appeler une étude d'ensemble, que les dimensions de la présente contribution ne permettent pas de mener : on pourrait songer à distinguer en fonction des stades d'admission de la bonne foi et constater que, dans la phase pré-contractuelle, l'absence de bonne foi est sanctionnée de manière non-autonome soit par la responsabilité civile délictuelle – hypothèse de négociations contractuelles menées de mauvaise foi<sup>65</sup> –, soit par l'annulation du contrat – hypothèse de réticence dolosive<sup>66</sup> – ; et ainsi de suite pour les phases contractuelle et post-contractuelle. L'objet de ces développements est néanmoins plus modeste et restreint. Ils se limiteront à l'intensité des effets attachés aux manquements à la bonne foi en tant que telle, lorsqu'elle repose sur un fondement textuel autonome, c'est-à-dire, en l'état du droit positif à la veille de la réforme, lorsqu'elle repose sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil – c'est dire que la question concerne, de fait, la seule phase de l'exécution du contrat<sup>67</sup>.

Lorsqu'elle est prise de manière *autonome*, la bonne foi peut révéler trois niveaux d'intensité dans ses fonctions : forte, moyenne, et faible. En droit français positif, la première fait l'objet d'un

rejet, la deuxième d'une incertitude, et la troisième d'une admission.

**26.** L'intensité forte, d'abord, consiste dans une entrée du juge dans le contrat. Elle est en grande partie rejetée par le droit positif.

On a vu que la bonne foi en elle-même ne permet pas d'attenter à la vie du contrat : la bonne foi n'étant pas *stricto sensu* une condition de formation du contrat, ce n'est pas tant sur le fondement d'un manquement à l'obligation de bonne foi dans la formation du contrat que sur d'autres fondements, en particulier le dol, que le juge pourra prononcer le cas échéant la nullité du contrat ; c'est dire que, si un contractant est de mauvaise foi lors de la conclusion du contrat, son attitude ne sera sanctionnée par la nullité de l'acte que si elle heurte en plus l'une des conditions de formation prévues par l'article 1108 du Code civil, au premier rang desquelles figure l'atteinte au consentement par l'effet d'une erreur provoquée<sup>68</sup>.

Un manquement à la bonne foi ne permet pas davantage d'attenter à la substance du contrat par le biais d'une révision judiciaire de celui-ci. En droit positif à la veille de la réforme, le manquement à la bonne foi par l'une des parties ne permet pas au juge de modifier les obligations stipulées au contrat, de les réduire ou de les modérer. C'est ce qu'a établi très explicitement la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt remarqué du 10 juillet 2007 : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »<sup>69</sup> ; par cette jurisprudence *Les Maréchaux*, devenue constante – et reprenant une formule issue de l'ouvrage des professeurs Malaurie, Aynès et Stoffel-

64. L'intensité de la bonne foi en elle-même se résume à ceci qu'elle est une règle impérative, que les parties n'ont pas la liberté d'aménager (comp. néanmoins Y.-M. Laithier, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », *D.* 2014, p. 33 s.).

65. *V. supra.*

66. *V. supra.*

67. Un examen étendu aux effets du manquement à la bonne foi rattachée à une autre notion et à un autre fondement (responsabilité civile délictuelle et art. 1382 ; dol et art. 1116 ; etc.) manquerait quelque peu l'objectif qui était de se limiter tant que faire se peut à une radiographie de la bonne foi objective en tant que telle.

68. 1) *V. supra* et not. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 févr. 1997, *Bull. civ.* I, n° 61 : « Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager ».

2) *Adde* que, de manière plus marginale, l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat a pu conduire des juges du fond à prononcer la résiliation d'un contrat dans une espèce où son exécution sans limite temporelle conduisait le créancier à manquer à son obligation de bonne foi : CA Paris, 15 janv. 1993, *D.* 1993, IR 155 (pour des observations, C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, 2014, n° 594, p. 663).

69. Com. 10 juill. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 188 – v. aussi Civ. 3<sup>e</sup>, 26 mars 2013, n° 12-14.870. Sur cette règle, v. not. P. Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mélanges D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 61 s.

Munck –, la Cour de cassation censure les décisions des juges du fond qui, pour sanctionner le manquement à la bonne foi par une partie au contrat, modifieraient les clauses de ce dernier. De fait, il est établi depuis 2007 que la mauvaise foi d'une partie n'autorise pas le juge à réécrire le contrat<sup>70</sup>; il lui est impossible de modifier les obligations qui y sont stipulées : ce faisant, « la Cour de cassation entend ne pas permettre à la bonne foi de ruiner l'économie du contrat voulue par les parties »<sup>71</sup>. On pourrait néanmoins y déceler une exception : la révision judiciaire des honoraires des mandataires en cas d'excès manifeste ne peut-elle trouver un fondement dans la bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil ? Quelques arrêts permettent d'aller en ce sens<sup>72</sup>; mais le fondement est loin d'être toujours explicite<sup>73</sup>, si bien que l'on pourrait tout aussi bien se demander si cette faculté de révision ne vit pas largement émanée de l'exigence de bonne foi objective dans l'exécution du contrat.

En l'état du droit positif, la bonne foi objective en elle-même ne permet pas non plus l'ajout d'obligations au contrat. L'article 1134, alinéa 3, ne semble pas contenir l'instrument idoine permettant de compléter le contenu stipulé du contrat avec des obligations non expressément prévues<sup>74</sup>. Si le juge peut compléter le contenu du contrat avec des obligations qui n'y sont pas expressément stipulées – ce qu'il fait somme toute rarement<sup>75</sup> –, il n'y est pas tant autorisé sur le fondement de l'obligation de bonne foi objective prévue à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, que sur le fondement d'un autre texte,

détaché de la stricte bonne foi : l'article 1135 du Code civil – qui dispose, sans référence à la bonne foi, que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »<sup>76</sup>.

**27.** L'intensité moyenne, ensuite, renvoie à la question de l'obligation de renégocier. Elle fait l'objet d'un traitement relativement incertain en droit positif : l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi impose-t-elle aux parties de renégocier le contenu d'un contrat déséquilibré ? Autrement formulé : le créancier qui n'accepterait pas de renégocier le contenu d'un contrat devenu déséquilibré du fait d'un changement de circonstances manquerait-il à son obligation d'exécuter les conventions de bonne foi posée par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil ?

Parmi quelques autres, un célèbre arrêt *Huard*, rendu en matière de contrats de distribution, avait approuvé une cour d'appel d'avoir décidé qu'en cas de changement de circonstances rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour une partie, le créancier manquait à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi en maintenant les choses en l'état<sup>77</sup>. Mais – remarque devenue classique –, si cet arrêt, aux frontières de la théorie de l'imprévision, a pu être interprété comme entraînant implicitement une obligation de renégocier à la charge des parties, il n'impose aucune obligation explicite en ce sens, mais ne fait qu'y inciter indirectement en retenant la responsabilité contractuelle du créancier. Il est ainsi permis de penser que, dans cer-

70. En contrepoint, avant l'arrêt précité, v. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 182.

71. C. Larroumet et S. Bros, *Le contrat*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, 2014, n° 594, p. 664. Certains auteurs se sont néanmoins demandé si la solution posée en 2007 n'était pas parfois plus ou moins subtilement infléchie : v. Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2012, *Bull. civ. I*, n° 49, ainsi que J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 16<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n° 378, p. 403, et les références citées.

72. V. not. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 mai 2005, n° 02-16.425, inédit : « si selon l'article 1134 du Code civil les conventions légalement formées font la loi des parties et doivent être exécutées de bonne foi, manque à cette obligation l'avocat qui après avoir sollicité des honoraires exorbitants prend l'initiative d'anticiper la perception de ces honoraires et fait état de diligences et d'un temps de travail manifestement excessifs au regard du dossier ». *Adde*, pour un marché à forfait, Civ. 3<sup>e</sup>, 2 mars 2005, *Bull. civ. III*, n° 51, préc. V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 311 ; J. Mestre et B. Fages, obs. sur les arrêts préc., *RTD civ.* 2005, p. 593.

73. V. par ex. Civ. 2<sup>e</sup>, 21 janv. 2010, n° 06-17.179, inédit – Civ. 2<sup>e</sup>, 7 oct. 2010, n° 09-69.756, inédit.

74. Il n'en demeure pas moins que c'est, à intervalles réguliers, l'un des fondements explicatifs proposés par une partie de la doctrine pour certaines obligations de source jurisprudentielle. V. par ex. – outre les obligations précitées, telle celle de maintien de l'offre –, pour l'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé, H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273 s. ; K. Grévaïn-Lemercier, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, PUAM, 2013, n° 140 s.

75. V. cep. la jurisprudence qui a pu découvrir une obligation de sécurité dans le contrat de transport de passagers (Civ. 21 nov. 1911), ou encore certaines obligations d'information et de conseil dans des contrats divers.

76. Comp. les articles 1546 du Code civil chilien et 1603 du Code civil colombien, qui rattachent expressément cette règle à l'exécution de bonne foi : « *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella* ».

77. Com. 3 nov. 1992, *Huard*, *Bull. civ. IV*, n° 338 : en l'espèce, société pétrolière qui privait son distributeur agréé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, ce dont il résultait une absence d'exécution de bonne foi et, indirectement et implicitement, invitait à voir une obligation de renégocier le contrat – rapp. Com. 24 nov. 1998, *Chevassus*, *Bull. civ. IV*, n° 277 (rendu sur le fondement de l'ancien art. 4 de la loi du 25 juin 1991, ci-devant art. L. 134-4 C. com.). V. aussi CA Nancy, ch. com., 26 sept. 2007.

tains contrats, l'obligation de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, imposerait indirectement de renégocier lorsque les circonstances économiques ont été modifiées depuis la conclusion du contrat, mais les arrêts en ce sens restent pourtant rares, peu explicites et limités à des types contractuels bien précis<sup>78</sup>, rendant incertaine cette fonction de la bonne foi.

Pourtant, le récent article L. 441-8 du Code de commerce, issu d'une loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (dite « Hamon ») et consacré aux contrats de vente sur certains produits et dont la durée est supérieure à trois mois, ne pourrait-il pas s'inscrire dans une tendance à relativiser cette incertitude, voire préfigurer une évolution plus générale du droit des contrats ? L'alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte dispose que ces contrats « comportent une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse » ; quant à son alinéa 3, il prévoit notamment que « la renégociation de prix est conduite de bonne foi »<sup>79</sup>. Sortant un instant des terres du droit positif, on relèvera que si l'article 1196 de l'avant-projet de réforme de février 2015 prévoit bien une telle obligation de renégocier, il le fait sans la rattacher à la bonne foi, dont l'avenir dans son lien avec l'obligation de renégocier ne semble dès lors pas assuré.

**28.** L'intensité faible enfin, consiste dans la simple paralysie de « prérogatives contractuelles » ; elle est admise sans discussion par la jurisprudence. *A minima*, le manquement à la bonne foi permet en effet au juge de paralyser l'exercice de prérogatives contractuelles, c'est-à-dire non pas le contenu même du contrat – l'équivalent du « *bargain* » anglo-saxon, le pur « contenu obligationnel »<sup>80</sup> –, mais des instruments qui permettent

d'en préciser la mise en œuvre<sup>81</sup>. C'est ce qu'a posé la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 10 juillet 2007 : « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle »<sup>82</sup>. Qu'est-ce à dire ? Entre autres illustrations, le juge peut refuser de faire produire effet à une clause résolutoire de plein droit invoquée de mauvaise foi<sup>83</sup>, ou encore de prendre en compte un dédit lorsqu'il est exercé de mauvaise foi<sup>84</sup>.

Au-delà de la question des prérogatives contractuelles, pourrait encore être rattachée à cette intensité faible le simple jeu de la responsabilité contractuelle pour sanctionner le créancier qui fait preuve de mauvaise foi dans l'exécution du contrat<sup>85</sup>.

**29.** Quel bilan offre le droit positif des contrats à la veille de la réforme sur la bonne foi objective ? Aux termes de cette étude, simple esquisse, nécessairement modeste et incomplète, on pourrait le résumer ainsi : il montre ici que souplesse sur souplesse ne vaut, et qu'à notion souple, fonctions rigides. C'est à ce prix qu'il peut assurer un équilibre entre l'objectif de moralité des comportements et celui, tout aussi important, de stabilité des contrats<sup>86</sup>.

L'usage fait des débuts d'année un moment privilégié pour former des vœux. Pour la bonne foi objective, formons celui que le relatif équilibre trouvé par le droit positif entre une notion indomptée et des fonctions domestiquées soit maintenu sous l'empire du droit à venir. On confiera en effet nos craintes de voir une notion que l'on ne parvient pas à maîtriser dotées de fonctions que l'on ne se résout pas à limiter. Quelle meilleure machine à casser le contrat ?

2 janvier 2016

78. V. S. Lequette, *op. cit.*

79. Ce qui laisse entière la question de savoir si cette renégociation en elle-même est fondée sur la bonne foi (le texte se contentant de poser que la bonne foi doit présider au déroulement de la renégociation).

80. P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 s.

81. V. P. Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mélanges D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 61 s.

82. Com. 10 juill. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 188, préc.

83. V. déjà Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1976, *Bull. civ. III*, n° 465. V. encore, récemment, Civ. 3<sup>e</sup>, 23 juin 2015, n° 14-12.606, inédit. *Addé* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 664, p. 718.

84. V. déjà Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 1976, *Bull. civ. III*, n° 199 : « la faculté de se dédire ayant été exercée de mauvaise foi, ce dédit ne pouvait produire aucun effet juridique ».

85. Pour un exemple récent, Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2012, *Bull. civ. III*, n° 49.

86. Rapp. L. Aynès, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 14 sept. 2005, *Dr. et patr. janv.* 2006, p. 87, qui émet le souhait que la bonne foi soit cantonnée « dans des limites compatibles avec la force obligatoire de l'engagement ».

# Petit trois du Grand A :

---

## la bonne foi en droit de la responsabilité civile

### La bonne foi en droit de la responsabilité civile

Jean-Sébastien Borghetti

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**L**a présente contribution constitue une présentation de l'état de la bonne foi en droit de la responsabilité civile. Profitant de la liberté de forme offerte par cette *revue*, le texte reprend, avec quelques modifications, le questionnaire élaboré en préparation du colloque consacré à « La bonne foi en droit privé comparé », organisé par l'Association Andrés Bello en novembre 2015.

#### I. Responsabilité contractuelle

##### **1. Votre droit des contrats connaît-il l'exigence de bonne foi en matière contractuelle ?**

**La règle est-elle d'origine légale ou jurisprudentielle ?**

**Quelle est son étendue : formation et exécution du contrat, ou l'un de ces deux aspects seulement ?**

Le droit français connaît évidemment l'exigence de bonne foi en matière contractuelle. Elle est énoncée au célèbre article 1134 du Code civil, qui dispose :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Le troisième alinéa de ce texte ne pose toutefois l'exigence de bonne foi qu'au stade de l'exécution du contrat. Ce texte avait au demeurant, semble-t-il, une portée assez réduite dans l'esprit des rédacteurs du Code, et signifiait surtout que les parties devaient remplir leurs obligations avec exactitude. À partir de l'entre-deux-guerres, cependant, et sous l'influence notamment de René Demogue, la doctrine et la jurisprudence ont commencé à voir dans l'article 1134, alinéa 3, un outil permettant de corriger la rigueur des principes de liberté contractuelle et de force obligatoire. Dans cette perspective, la bonne foi ne consisterait pas seulement en un devoir de comportement, mais pourrait à la limite poser des bornes aux droits que les parties tirent du contrat, voire leur imposer des obligations supplémentaires. Le courant solidariste, bien évidemment, insiste particulièrement sur l'exigence de bonne foi ainsi comprise, y voyant un moyen de tempérer les droits de la partie qui se trouve en position de force, notamment dans les contrats plaçant l'autre partie dans une situation de dépendance économique (tels que les contrats de distribution).

Il est toutefois difficile de dire quels sont aujourd'hui la place et le rôle exacts de la bonne foi en droit français des contrats, et notamment en matière de responsabilité contractuelle. Nul ne conteste que les contrats doivent être exécutés, et même conclus, de bonne foi, ce qui

implique que les parties ne doivent pas faire preuve de déloyauté dans la phase de négociation et de conclusion du contrat (v. *infra* n° 8). Le projet de réforme du droit français des contrats prévoit au demeurant explicitement d'étendre le devoir de bonne foi à la conclusion du contrat. Son article 1103 dispose ainsi :

« Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ».

## **2. Existe-t-il une différence clairement établie entre l'absence de bonne foi et la mauvaise foi ?**

Il est parfois suggéré de distinguer les deux. Il ne semble toutefois pas que, en droit positif, il existe une réelle différence entre absence de bonne foi et mauvaise foi.

## **3. La bonne foi (ou la mauvaise foi) du débiteur est-elle prise en compte dans l'appréciation du manquement contractuel ou de son imputabilité ?**

En principe non. Le Code civil a une approche objective du manquement contractuel, celui-ci étant indépendant de la faute ou de la bonne ou mauvaise foi du débiteur. L'article 1147, qui constitue le siège de la matière, dispose :

« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

La jurisprudence a quelque peu tempéré cette approche objective du Code en distinguant notamment les obligations de moyens des obligations de résultat. Si cette distinction a réintroduit le concept de faute au stade de l'appréciation du manquement contractuel (concept qui est par ailleurs employé par quelques dispositions relatives à l'inexécution de certains contrats spéciaux, tels que le bail ou le mandat), elle n'a pas eu pour effet d'y introduire les notions de bonne foi ou de mauvaise foi. Cela n'empêche toutefois pas que la mauvaise foi puisse, en tant que telle, constituer un manquement au contrat (v. *infra* n° 5).

## **4. Certaines règles relatives aux dommages et intérêts contractuels font-elles expressément référence à la bonne foi (ou à la mauvaise foi) ? Si oui, lesquelles ?**

Outre l'article 1147 précité, qui ne mentionne la mauvaise foi que pour mieux écarter sa prise en compte, une autre disposition du Code civil relative aux dommages et intérêts contractuels fait référence à la mauvaise foi. Il s'agit de l'article 1153 :

« Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance. »

Dans ce texte, la mauvaise foi doit être comprise comme la conscience qu'avait le débiteur de causer un préjudice particulier au créancier par son retard. Les applications de ce texte semblent cependant relativement rares en pratique.

## **5. La violation du principe de bonne foi (le cas échéant indépendamment de toute inexécution contractuelle) expose-t-elle son auteur à payer des dommages et intérêts ? Y a-t-il d'autres sanctions en cas de violation de ce principe ?**

La portée précise du principe de bonne foi posé dans le Code reste incertaine. La jurisprudence, après avoir donné quelques gages aux tenants du solidarisme, semble aujourd'hui revenue à une conception plus étroite du rôle de la bonne foi. La Cour de cassation a notamment affirmé, dans un arrêt remarqué de 2007, que la règle de l'article 1134, alinéa 3, ne permet pas de porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties (Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-14768, *Bull.*

civ. IV, n° 188). En revanche, toujours selon le même arrêt, le recours à l'exigence de bonne foi permettrait de sanctionner le recours déloyal à une prérogative contractuelle. La doctrine s'interroge sur la ligne de partage exacte entre les droits et obligations issus du contrat, d'une part, et les prérogatives contractuelles, d'autre part. Il est certain, en tout cas, que cet arrêt marque une volonté de cantonner le recours à la bonne foi. Cela se comprend. La bonne foi ne saurait en effet servir de « condition joker » qui permettrait, dans des cas mal définis et sur la base de considérations d'équité, de remettre en cause ce dont les parties sont convenues. L'atteinte que causerait une telle conception de la bonne foi à la sécurité juridique paraît difficilement acceptable.

Si le principe de bonne foi ne saurait modifier les droits et obligations nés du contrat, quel est son rôle ? Et, surtout, quelles doivent être les conséquences de l'absence de bonne foi de l'une des parties (c'est-à-dire sa mauvaise foi) dans la conclusion ou l'exécution du contrat ? Il est largement admis aujourd'hui que le devoir de bonne foi constitue une déclinaison du devoir général de prudence et de diligence pesant sur tous les sujets de droit, et dont la violation est susceptible d'engager leur responsabilité (v. *infra* n° 10). En conséquence, la violation du devoir de bonne foi par l'une des parties au contrat peut l'obliger à réparer, en principe sous forme de dommages et intérêts, le préjudice ainsi causé à son cocontractant. V. p. ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 novembre 1996, n° 94-13468, *Bull. civ. I*, n° 415 : « la juridiction du second degré a pu en déduire que l'assureur, tenu d'une obligation de loyauté dans la mise en œuvre du processus d'indemnisation après la survenance d'un sinistre, avait commis une faute contractuelle dont il devait réparation » (le devoir de loyauté auquel il est fait référence constituant une déclinaison du devoir de bonne foi).

Comme l'a suggéré par ailleurs la Cour de cassation dans son arrêt précité de 2007, l'exigence de bonne foi peut certainement jouer un rôle en cas de recours à certaines prérogatives contractuelles, distinctes des droits de créance créés par le contrat. Ces prérogatives peuvent consister, par exemple, dans la faculté d'invoquer une clause de résolution du contrat, ou encore dans la possibilité de fixer unilatéralement le prix d'une prestation. Dans de tels cas,

l'absence de bonne foi du créancier invoquant la prérogative doit pouvoir paralyser l'usage de celle-ci.

## **6. Votre droit connaît-il la notion d'abus de droit ? La loi, la jurisprudence ou la doctrine établissent-elles un rapport entre bonne foi et abus de droit ? Si oui, quel est-il ?**

Le droit français connaît évidemment la notion d'abus de droit. Celle-ci n'est cependant pas codifiée, ou alors de manière très ponctuelle.

Les rapports entre abus de droit et mauvaise foi ne sont pas clairs. Il semble que, en pratique, les deux notions soient largement interchangeables (v. L. Cadiet et Ph. le Tourneau, « Abus de droit », in *Répertoire civil*, Dalloz, qui donnent de nombreux exemples de cas où l'abus et la mauvaise foi semblent confondus).

Cela n'est pas très surprenant si l'on adopte la thèse, défendue avec brio par Ph. Stoffel-Munck (*L'abus dans les contrats*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000), selon laquelle l'abus en droit des contrats ne serait qu'une violation de la norme générale de prudence, de diligence et de loyauté, avec laquelle la bonne foi entretient une proximité évidente. En d'autres termes, et en schématisant, on pourrait presque dire : abus = absence de bonne foi = mauvaise foi = violation du principe général de loyauté = faute.

## **7. Y a-t-il des domaines du droit des contrats où la bonne foi est particulièrement invoquée pour justifier l'allocation de dommages et intérêts (par exemple la résiliation ou la résolution du contrat) ?**

De manière générale, le contrat se prête particulièrement à une invocation de la bonne ou de la mauvaise foi toutes les fois qu'il confère à l'une des parties une prérogative qui laisse à celle-ci une certaine marge de manœuvre, et qui lui permet donc d'agir de manière plus ou moins loyale. Ces cas sont aussi ceux qui se prêtent le plus à l'invocation de l'abus.

Parmi ces cas, on peut notamment citer la décision de résilier ou de résoudre le contrat, ainsi que la fixation unilatérale du prix (lorsque l'une des parties a cette faculté). V. aussi p. ex. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 février 2005, n°s 03-15409, 03-15482, *Bull. civ. III*, n° 24 : le droit discrétionnaire du maître de l'ouvrage d'agréer un sous-traitant est susceptible d'abus si les motifs

du refus sont fallacieux et « fabriqués » avec des moyens frauduleux.

**8. La bonne foi est-elle particulièrement invoquée à propos de la phase précontractuelle ? Si oui, la violation du principe de bonne foi oblige-t-elle son auteur à payer des dommages et intérêts ? Comment ceux-ci sont-ils calculés ?**

**Si la bonne foi (ou la mauvaise foi) est invoquée pour justifier une responsabilité précontractuelle, en quoi cette responsabilité fondée sur l'absence de bonne foi ou la mauvaise foi se distingue-t-elle de la responsabilité pour faute ordinaire ?**

Ainsi qu'il a déjà été dit, la jurisprudence a étendu le devoir de bonne foi au stade de la conclusion du contrat. Il est admis, en particulier, que les négociations contractuelles doivent être menées de bonne foi. Une partie peut dès lors engager sa responsabilité *délictuelle* à l'égard de l'autre si elle viole son devoir de bonne foi dans la conduite des négociations. La jurisprudence de la Cour de cassation donne peu d'exemples de ce qui peut constituer une telle violation. On s'accorde cependant à considérer que manque à son devoir de bonne foi la partie qui négocie avec une autre partie tout en étant décidée à ne pas contracter, ou dans le seul but d'obtenir des renseignements, ou encore pour paralyser l'autre partie. La jurisprudence considère par ailleurs que la rupture des pourparlers est libre, ce qui est une suite logique de la liberté de (ne pas) contracter, mais qu'une partie engage néanmoins sa responsabilité en cas de rupture *abusive*. La rupture doit être considérée comme abusive (on pourrait tout aussi bien dire fautive ou contraire à la bonne foi) lorsqu'une partie rompt les négociations avec l'intention de nuire. Les circonstances de la rupture peuvent également être fautives (lorsqu'elles sont injurieuses, par exemple), mais le simple fait de rompre les négociations, c'est-à-dire de ne pas vouloir conclure le contrat, ne saurait constituer en lui-même une faute. Il convient de souligner que d'autres droits, comme le droit anglais, récusent l'existence d'une exigence générale de bonne foi au stade des négociations contractuelles et admettent dès lors de manière sensiblement plus restrictive l'engagement de la responsabilité d'une partie du fait de la conduite ou de la rup-

ture des pourparlers (v. le fameux *dictum* de Lord Ackner dans l'arrêt *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, [1992] 1 All ER 453 : « *However the duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. [...] A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party* »).

En cas de violation du devoir de bonne foi dans le cours des pourparlers ou de rupture abusive ou fautive de ceux-ci, la partie à laquelle elle est imputable engage sa responsabilité délictuelle. Une question délicate, est alors celle du calcul des dommages et intérêts dus par la partie fautive. De même que la jurisprudence refuse à raison la conclusion forcée du contrat, elle refuse d'indemniser la perte de chance de réaliser les gains attendus du contrat projeté. La victime peut seulement demander le remboursement des frais engagés inutilement, ainsi que l'indemnisation de la perte d'autres opportunités. Cette indemnisation correspond à la mesure de l'intérêt négatif, par opposition à l'intérêt positif, même si ces deux notions ne sont pas encore véritablement reconnues en droit positif français.

## II. Responsabilité délictuelle

**9. La bonne foi est-elle un concept employé par les textes en droit de la responsabilité délictuelle ? Si oui, lesquels ?**

**La bonne foi est-elle un concept employé par les tribunaux en droit de la responsabilité délictuelle ? Si oui, sur quels sujets ou dans quels contextes ?**

**La violation du principe de bonne foi en dehors de tout contexte contractuel est-elle une source de responsabilité délictuelle ?**

Les textes relatifs à la responsabilité délictuelle, que ce soit dans le Code civil ou en dehors de celui-ci, ne mentionnent pas la bonne foi. La jurisprudence non plus ne semble guère recourir à cette notion dans le contexte délictuel, sauf dans le domaine particulier des négociations en vue de la conclusion d'un contrat.

**10. Indépendamment du recours (ou du non-recours) à la notion de bonne foi par les textes et la jurisprudence, l'exigence de bonne foi est-elle invoquée par la doctrine**

***pour justifier certaines règles du droit de la responsabilité délictuelle, par exemple le principe général de responsabilité pour faute, ou la prise en compte de la faute de la victime pour réduire son droit à indemnisation ?***

Ainsi qu'il a déjà été dit, le principe de bonne foi, notamment en ce qu'il comporte une exigence de loyauté, peut être rapproché du « devoir général de prudence et de diligence », ou « norme générale de civilité » qui sous-tend le principe de responsabilité pour faute posé à l'article 1382 du Code civil :

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

Même si ce devoir général de prudence et de diligence est à certains égards plus large que le principe de bonne foi, notamment parce qu'il implique une prudence dans la manière de se comporter, et non pas seulement une droiture d'intention, il recoupe sur certains points la bonne foi, notamment en ce qui concerne la loyauté. Les deux principes participent en outre de la même inspiration. À cet égard, on peut dire, avec certains auteurs (notamment Ph. Stofel-Munck) que c'est le même esprit qui court dans les articles 1134 et 1382 du Code civil.

En revanche, et contrairement à ce qui s'observe dans certains pays, notamment germaniques, l'idée que la prise en compte de la faute de la victime pour réduire son droit à indemnisation pourrait être rattachée au principe de bonne foi ne se trouve guère dans la doctrine française.

***11. L'absence de bonne foi (ou la mauvaise foi) du demandeur peut-elle justifier l'impossibilité pour lui de se prévaloir d'une règle du droit de la responsabilité délictuelle ?***

Un tel mécanisme ne paraît pas présent en droit français. On peut toutefois y rattacher la prise en compte de la faute de la victime, déjà évoquée. Lorsque cette faute consiste en un manquement à la bonne foi, par exemple en une déloyauté, c'est bien alors l'absence de bonne foi qui vien-

dra exclure ou limiter le droit à réparation du demandeur.

### **III. De manière générale**

***12. Votre droit reconnaît-il expressément l'existence de règles communes aux deux ordres de responsabilité (contractuelle et délictuelle) ? Si oui, quelles sont-elles (très brièvement) ? Le principe de bonne foi en fait-il partie ?***

Le Code civil ne pose pas explicitement de règles qui soient communes aux deux ordres de responsabilité. Cela étant, il est largement admis que, sous quelques réserves, un certain nombre de règles sont effectivement communes à la responsabilité délictuelle et à la responsabilité contractuelle, notamment en ce qui concerne l'appréciation du caractère direct de la causalité, la détermination des préjudices réparables, la prise en compte de la faute ou du fait de la victime... Le principe de bonne foi, dont on a vu qu'il n'était pratiquement pas invoqué de manière explicite en matière délictuelle, n'en fait toutefois pas partie.

***13. Peut-on dire que la bonne foi est un principe transversal, qui irrigue l'ensemble du droit de la responsabilité, contractuelle et délictuelle ?***

Sans doute, quoique de manière quelque peu cachée. Le droit français peut être considéré comme moralisant, dans la mesure où il fait peser sur les sujets de droit une exigence générale de diligence, de moralité et de loyauté qui se manifeste aussi bien en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, encore que sous des modalités et sous le couvert de textes différents. La bonne foi constitue une manifestation essentielle de cette exigence. Elle n'est certes pas expressément requise en matière délictuelle, mais l'esprit qui sous-tend l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, ou en tout cas son interprétation actuelle, se retrouve également dans cette matière, notamment dans certaines applications de l'article 1382 du Code civil.

# Petit quatre du Grand A :

---

## la bonne foi en droit de l'environnement

### La bonne foi en droit de l'environnement

**Mathilde Hautereau-Boutonnet**

Maître de conférences à Aix-Marseille Université, Chaire CNRS  
Droit de l'environnement, (CERIC UMR 7318)

À première vue, s'intéresser à la bonne foi en droit de l'environnement peut mener à une double déception. D'emblée, si l'on se tourne vers l'ensemble des manuels de droit de l'environnement, on note clairement l'absence d'intérêt pour cette notion. La première impression est alors que la notion n'existe pas. Certes, cette première déception peut être adoucie si l'on prend soin d'observer davantage la matière et, malgré l'absence de l'expression, de rechercher ses traces à travers son sens. En effet, en substance et pour les besoins de la contribution, la bonne foi est une notion floue qui irrigue l'ensemble du droit et comprend différentes définitions selon son utilisation. Critère d'interprétation, croyance erronée, la bonne foi est aussi « une qualité morale ». « Être de bonne foi, c'est faire preuve d'un esprit loyal, sincère, honnête » rappelle Elisabeth Zoller dans le *Dictionnaire de la culture juridique*<sup>1</sup>. Or, ce dernier aspect paraît parfaitement recouvrir certaines situations que l'on rencontre en droit de l'environnement. Outre que l'esprit loyal joue un rôle dans l'examen des conditions de certaines infractions pénales environnementales ou de l'application de la prescription trentenaire en matière de

remise en état d'un terrain sur lequel était exploitée une ICPE (Installation Classée pour la Protection de l'Environnement), elle se niche dans la multiplication, non seulement des obligations d'information environnementale à l'égard des consommateurs, des actionnaires, des contractants ou plus largement du public, mais aussi des obligations environnementales invitant à la prudence de toute personne à l'égard de la protection de l'environnement. Pourtant la déception demeure car, une fois découverte que, malgré les apparences, la bonne foi possède diverses manifestations en droit de l'environnement, se dégage l'impression qu'elle ne fait que rappeler certains de ses aspects classiques bien connus du droit, à savoir une moralisation du comportement de l'homme dans les relations sociales.

Est-ce à dire qu'elle ne mérite aucunement de s'y intéresser ? Rien n'est moins sûr si l'on s'attarde sur un élément qui attire l'attention : la jeunesse de la bonne foi en droit de l'environnement. En effet, si l'on observe ses différentes manifestations, l'on peut noter qu'elles apparaissent à l'occasion des transformations du droit de l'environnement<sup>2</sup>. Traditionnellement publiciste, la discipline connaît une évolution quant à

---

1. Sous dir. D. Alland et S. Rials. Pour une vue globale de la bonne foi v. not. Ph. le Tourneau, *Rep. Civ.* Dalloz, V° « Bonne foi ».

2. L. Neyret, « Le changement en droit de l'environnement », *RDA*, n° 10, « Le changement du droit », févr. 2015, p. 251.

ses acteurs, outils et finalités. À côté de l'État, les particuliers, les consommateurs, les propriétaires, les entreprises, les actionnaires, les contractants deviennent acteurs de protection de l'environnement. L'action unilatérale de l'État par le biais de la police administrative compose avec les outils de marché s'appuyant sur le contrat et l'information. Idéologiquement, sous l'impulsion notamment de l'objectif de développement durable, la matière s'ouvre alors au droit privé et, avec lui, à la conciliation des intérêts économiques, sociaux et écologiques. En effet, tout en s'appuyant sur les acteurs privés et instruments traditionnellement privatistes pour renforcer la protection de l'environnement, le droit de l'environnement tend à opérer une conciliation des intérêts individuels et de l'intérêt général.

Or, au cœur de cette conciliation, la bonne foi joue un rôle régulateur des intérêts publics et privés, de l'environnement et du marché. Face à la croissance de la transparence environnementale impulsée par le droit positif et supposée contribuer au renforcement de la protection de l'environnement, l'exigence de la bonne foi dans la transmission de certaines informations au public, en particulier les actionnaires et consommateurs, lui permet d'utiliser les données environnementales dans un sens favorable à la protection de l'environnement. Par ailleurs, renforçant les obligations de prudence des entreprises et des propriétaires à l'égard de l'environnement, le droit de l'environnement leur impose une certaine loyauté dans l'exercice de libertés et droits individuels et économiques tels que la liberté de concurrence et le droit de propriété. Enfin, conscient de l'importance à donner à certains acteurs privés dans la protection de l'environnement, en particulier aux acquéreurs de sites pollués, il tend à contrôler la bonne foi dans leur ignorance quant à son état de pollution pour lui imposer de contribuer à la dépollution.

D'où l'intérêt, derrière la mise en lumière de la découverte de la bonne foi au travers les nouveaux concepts de transparence (I), prudence (II) et ignorance (III) environnementales, de comprendre qu'elle répond à la nécessité de réguler les nouvelles forces en présence, économiques, sociales et écologiques.

## I. La bonne foi dans la transparence environnementale

La protection de l'environnement est devenue une donnée importante pour le marché, de même que le marché est devenu facteur de protection de l'environnement. D'où une tendance à faire part, volontairement ou sous l'influence du législateur, de certaines informations environnementales, à l'ensemble des acteurs du marché, consommateurs, partenaires, fournisseurs et actionnaires. L'information se transforme en « argument environnemental »<sup>3</sup>. Or, parce que cette *transparence environnementale* comprend des dérives de déloyauté, certains dispositifs ont pour objet de l'encadrer. C'est ici que la bonne foi joue un rôle régulateur important à la fois pour le marché et l'environnement.

### A. Ce rôle régulateur de la bonne foi se manifeste clairement en droit de la consommation

Il est vrai que, en tenant compte des effets environnementaux de leur achat, les consommateurs peuvent favoriser l'émergence d'un marché protecteur de l'environnement<sup>4</sup>. C'est le cas s'ils se tournent vers des achats valorisant les effets écologiques d'un bien, que ce soit par le biais d'un slogan ou d'un label. De ce fait, le droit positif, par l'intermédiaire de modes de régulation traditionnels autant que renouvelés, tend à contrôler le contenu de ces informations. Il s'en dégage une exigence de bonne foi des entreprises concernant les informations données aux consommateurs. C'est alors le marché de la consommation durable qui en ressort protégé<sup>5</sup>.

C'est ce qui résulte, en premier lieu, de la sanction de la déloyauté dont fait part une entreprise au sujet de certaines allégations environnementales à destination du consommateur.

D'une part, cette sanction peut résulter de l'application du dispositif des pratiques commerciales réglementées. L'article L. 121-1 du Code de la consommation définit certaines pratiques commerciales trompeuses et, parmi elles, se trouve celle qui « repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plu-

3. V. B. Berenguer, *L'argument environnemental en droit du marché*, Thèse Université de Montpellier 2015, dir. M. Depincé.

4. *Idem*.

5. Sur ce développement, M.-P. Blin-Franchomme, I. Desbarats, G. Jazottes et V. Vidalens, *Entreprise et développement durable*, Lamy Axe droit, p. 176 s.; M.-P. Blin-Franchomme, « Le marché de la consommation durable : regards sur la loyauté des pratiques commerciales », CCC 2012. Étude 13.

sieurs » des éléments cités ensuite par le législateur, en particulier « les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ». Or, certaines données environnementales qui concernent les caractéristiques d'un bien ou service peuvent être fausses ou induire en erreur le consommateur. C'est ce que montre un arrêt de la Cour de cassation rendu le 6 octobre 2009<sup>6</sup> dans lequel l'entreprise Mosanto, fabricant d'un désherbant, s'est vue reprochée d'avoir associé l'image d'un oiseau aux termes « respect de l'environnement », « propre », « biodégradable » et « efficacité et sécurité pour l'environnement »<sup>7</sup>. Par ailleurs, au titre des pratiques commerciales « réputées » trompeuses (article L. 121-1-1 du Code de la consommation), certaines sont susceptibles de s'appliquer aux allégations environnementales. On pense en particulier à celles qui ont pour objet « pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas » ou « d'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ». L'entreprise diffusant des informations environnementales valorisant son engagement pour une production et distribution de biens ou services en accord avec certains référentiels environnementaux, Code, charte ou normes techniques environnementales, est alors appelée à faire preuve de bonne foi. Enfin, cette exigence de bonne foi dans la transparence environnementale trouve aussi sa source dans la sanction de la publicité comparative qui n'est valable, selon l'article L. 121-8 du Code de l'environnement, qu'à certaines conditions, notamment ne pas être trompeuse ou ne pas induire en erreur, porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif, comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essen-

tielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie. Ainsi, dans un arrêt du 25 septembre 2012<sup>8</sup>, la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui était confrontée à un litige opposant la société Nespresso à la société Bodum, fabricant de cafetières à pistons – cette dernière ayant diffusé une publicité présentant les cafetières à dosette comme polluantes – a affirmé que, en mettant « exclusivement en avant une caractéristique négative du produit d'un concurrent, présentée dans des conditions de nature à jeter le discrédit sur celui-ci », la publicité comparative n'était en l'espèce pas licite. Ainsi l'information environnementale à destination des consommateurs implique une loyauté quant au contenu de l'information autant qu'à l'égard de ses concurrents.

L'exigence de bonne foi dans la transparence environnementale trouve ses racines, d'autre part, dans un mode de sanction plus souple, à savoir le contrôle disciplinaire exercé par l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité, association qui regroupe la grande majorité des professionnels de la publicité. L'article 1<sup>er</sup> des statuts de cette association énonce que son objectif est de « mener dans l'intérêt et le respect du public, toute action en faveur d'une publicité loyale et saine ». Elle intervient alors pour contrôler la loyauté de la publicité en se fondant sur un Code déontologique émanant de la Chambre de commerce internationale et, s'agissant de l'environnement, sur un dispositif appelé Recommandations Développement Durable<sup>9</sup>. À ce titre, elle contrôle à la fois l'argument environnemental contraire aux principes du développement durable et l'argument environnemental déloyal<sup>10</sup>, celui-ci étant faux ou disproportionné ou susceptible d'induire en erreur le consommateur. Par l'intermédiaire du Jury de déontologie publicitaire, l'ARPP peut alors rendre un avis consistant à demander le retrait ou la modification du message publicitaire. La sanction de la déloyauté réside alors dans le risque de réputation sociétale. Ainsi un avis du 29 septembre 2011 estime que l'allégation « 100 % écologique » au sujet

6. Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757, *RTD com.* 2010. 218, obs. B. Bouloc.

7. V. aussi CA Paris, chambre d'instruction, 3 oct. 2013, n° 2010/0850, au sujet d'une publicité parue dans le journal *Le Monde* vantant les mérites écologiques d'un véhicule hybride en raison de l'utilisation du bioéthanol.

8. Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11/21266.

9. *Recommandations Développement Durable*, 17 déc. 2003, site de ARPP.

10. V. B. Berenguer, *Thèse préc.*, p. 159.

d'un véhicule électrique Mitsubishi est de nature à induire le public en erreur dès lors qu'un véhicule a nécessairement une incidence négative sur l'environnement<sup>11</sup>.

Se dessinent alors des lignes directrices indiquant ce que peut être un comportement loyal en matière de transparence environnementale en droit de la consommation. D'où, plus positivement et au-delà de l'analyse *a contrario* – comment ne pas être de mauvaise foi –, la nécessité de souligner, en second lieu, la tendance consistant à définir les caractéristiques d'une information environnementale loyale par le biais de normes de droit plus souples. Si les Recommandations Développement Durables émises par l'ARPP vont en ce sens, les entreprises peuvent aussi s'appuyer sur un avis du Conseil national de la consommation du 6 juillet 2010 qui propose « des points de clarification » au sujet de certaines allégations et terminologies utilisées par les entreprises, à l'instar de « durable », « responsable », « bio », « naturel », « biodégradable », etc. Par ailleurs, le Ministère de l'écologie a publié un « Guide pratique des allégations environnementales à l'usage des professionnels et des consommateurs »<sup>12</sup> rappelant l'importance d'une communication loyale et définissant là aussi ce que l'on peut attendre de l'utilisation de certains termes par l'entreprise. Enfin, ces dernières peuvent trouver appui dans l'adhésion à la norme internationale ISO 14021 dont l'objectif est de favoriser une communication environnementale sincère et précise. C'est donc à la fois dans le droit dur et le droit souple que la bonne foi environnementale des entreprises à l'égard des consommateurs se niche. Cette même collaboration se retrouve en ce qui concerne l'exigence de bonne foi en droit des sociétés.

**B. Quant au droit des sociétés, il faut en effet rappeler l'importance de la transparence environnementale et la nécessité à cette fin de l'encadrer**

En dehors des obligations comptables comprenant certaines données environnementales, selon l'article L. 225-102-1 du Code de commerce,

certaines sociétés se voient imposer d'inclure dans leur Rapport de gestion « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, incluant les conséquences sur le changement climatique de son activité et de l'usage des biens et services qu'elle produit, ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités ». Ce rapport est important pour ceux qui se soucient de la santé environnementale d'une entreprise, notamment en tant qu'actionnaires, fournisseurs ou futurs partenaires, et pour ceux qui exercent des activités similaires, les concurrents. D'où l'importance de la bonne foi dans la transmission de ces informations environnementales.

Contrôlée au titre du droit commun de la responsabilité<sup>13</sup> ou des sanctions pénales quant aux informations comptables<sup>14</sup>, plus positivement, elle semble guidée par différents dispositifs : outre qu'un certificateur tiers-indépendant doit attester de ces différentes informations, un arrêté du 13 mai 2013<sup>15</sup> est venu guider le conseil d'administration ou le directoire de la société devant établir le Rapport. Dans le domaine environnemental, il précise les différentes informations à délivrer en ce qui concerne la politique générale, la pollution et la gestion des déchets, le changement climatique, l'utilisation durable des ressources et la protection de la biodiversité. L'on peut y voir un guide réglementaire indiquant la manière d'informer loyalement le public quant aux aspects environnementaux de l'entreprise, dans le souci du marché et de l'environnement. Là encore, les entreprises trouvent aussi un appui dans l'adhésion à la norme 26 000 relative à la responsabilité sociétale ou au *Global Reporting Initiative* concernant la communication des données de développement durable, ces normes souples – volontaires et proposées – ayant pour but d'assurer la qualité et la pertinence des informations environnementales transmises. C'est aussi en ce sens que la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014<sup>16</sup> (modifiant la directive

11. Ecolab, n° 145/11.

12. [http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/guide\\_allegations\\_ok.pdf](http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/guide_allegations_ok.pdf).

13. Sur ce rappel, M-P. Blin-Franchoime, I. Desbarats, G. Jazottes et V. Vidalens, *Entreprise et développement durable*, op. cit., p. 137 s.

14. Article L. 465-2 du Code monétaire et financier.

15. Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012, art. 1.

16. PE et Cons. UE, dir. 2014/95/UE, 22 oct. 1994 : JOUE n° L 330, 15 nov. 2014, p. 1. V. J. Girard, « La lente mais certaine généralisation du reporting extrafinancier, pilier de la responsabilité sociale des entreprises », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, mars 2015/pratique 3.

2013/34/UE du 26 juin 2013) veille à ce que la publication d'informations non financières, non seulement soit exigée à un même niveau et dans les mêmes conditions dans les États membres, mais aussi soit élaborée avec les mêmes méthodes pour opérer des comparaisons possibles. Le public intéressé pourra alors, selon les données environnementales transmises, choisir ou non de collaborer avec telle entreprise ou telle autre. C'est ainsi que la loyauté de la transparence environnementale peut exercer une influence sur la protection de l'environnement.

## II. La bonne foi par la prudence environnementale

Comme la transparence dans les rapports de droit privé, l'obligation de prudence à l'égard de l'environnement imposée à certains acteurs privés, notamment aux exploitants d'installations classées et aux propriétaires des terrains les accueillant, occupe une place croissante en droit de l'environnement. Or, cette prudence environnementale manifeste une certaine exigence de bonne foi dans l'exercice de leur liberté de concurrence ou leur droit de propriété respectueux de l'environnement.

**A. Du côté du droit de la concurrence,** il faut rappeler que si la liberté du commerce et de l'industrie est reconnue de valeur constitutionnelle<sup>17</sup> et a pour conséquence la libre concurrence, celle-ci doit être loyale entre les divers concurrents<sup>18</sup>. Fondée sur l'article 1382 du Code civil, l'action en concurrence déloyale est subordonnée à la preuve d'une faute et d'un préjudice : la première réside dans « tout comportement qui s'écarte de la conduite normale du professionnel avisé et qui, faussant l'équilibre dans les relations concurrentielles, rompt l'égalité des chances qui doit exister entre les concurrents dans un système d'économie libre »<sup>19</sup>; la seconde s'infère en général du trouble commercial.

Or, cette action peut concerner le domaine environnemental. C'est ce que montre un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 janvier 2014<sup>20</sup>. En l'espèce, il était reproché à une société d'exercer illégalement

une activité sans avoir sollicité une autorisation préfectorale au titre du droit des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE). La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir admis « qu'un tel agissement avait apporté une distorsion dans le jeu de la concurrence afférente au marché des activités de stockage de véhicules hors d'usage » et conclut que « la qualification de concurrence déloyale ne suppose pas que les faits incriminés aient procuré un profit à leur auteur ». On en retient que, *a contrario*, il est exigé, au titre de la loyauté entre concurrents, de respecter la réglementation environnementale qui leur est imposée. Exercer la liberté de concurrence implique de respecter la législation environnementale. Ceci n'est pas anodin du côté de la protection de l'environnement : outre qu'une technique classique initialement destinée à préserver le jeu de la concurrence contribue à la mise en œuvre des règles de droit de l'environnement, la bonne foi dans l'exercice de la liberté de concurrence implique une certaine prudence dans l'exercice d'une activité néfaste pour l'environnement. La bonne foi dans l'exercice d'une liberté s'apprécie au regard du comportement environnemental de son titulaire.

Cette instrumentalisation de la bonne foi est d'autant plus remarquable qu'elle pourrait s'accroître dès lors que la législation environnementale est devenue une contrainte financière. Face au renforcement de l'ordre public environnemental, certaines entreprises pourraient être tentées de faire preuve de mauvaise foi sur le marché et manquer de prudence environnementale en ne respectant pas la législation environnementale – bien que cela dépasse largement le cadre national si l'on pense à la contrainte carbone et la tentation de la délocalisation environnementale.

### **B. C'est à cette même limitation de l'exercice du droit de propriété en faveur de la protection de l'environnement que conduit le droit des sites pollués**

Il convient ici de rappeler que les sites pollués sont aujourd'hui un enjeu économique, social et écologique important. La dépollution des friches

17. Conseil Const. 16 janv. 1982, *Gaz Pal.* 1982, 1, p. 67, note J. Piédelièvre et J. Dupichot.

18. Sur ce rappel, *Jurisclasseur Concurrence-Consommation*, Fascicule 240, J. Passa et J. Lapousterie.

19. *Idem*, n° 10.

20. N° 12-25.443, *Environnement et Développement Durable* 2014/5, comm. 37, M. Guérin.

industrielles est une nécessité et son financement constitue une difficulté. L'enjeu est alors, en dehors de l'État, de désigner les responsables de la réhabilitation. Or, le propriétaire-bailleur du terrain accueillant des activités génératrices de déchets et de pollutions se trouve, jour après jour, en ligne de mire.

Du côté de la jurisprudence, il est susceptible d'être désigné comme débiteur d'une obligation d'élimination des déchets. Le droit des déchets résulte d'un dispositif créé par la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975<sup>21</sup>, plusieurs fois complétée et modifiée sous l'influence de l'Union européenne et que l'on trouve aujourd'hui aux articles L. 541-1 et suivants du Code de l'environnement. En substance, « tout producteur ou détenteur de déchets est tenu d'en assurer ou d'en faire assurer la gestion, conformément aux dispositions du présent chapitre » (C. env., art. L. 541-2), sachant que le dispositif définit le producteur comme « toute personne dont l'activité produit des déchets (producteur initial de déchets) ou toute personne qui effectue des opérations de traitement des déchets conduisant à un changement de la nature ou de la composition de ces déchets (producteur subséquent de déchets) » (C. env., art. L. 541-1-1) et le détenteur comme le « producteur des déchets ou toute autre personne qui se trouve en possession des déchets » (C. env., art. L. 541-1-1). Le juge a été plusieurs fois confronté à la question de savoir si le propriétaire d'un terrain sur lequel ont été déposés des déchets peut être qualifié de détenteur ou de producteur, et donc débiteur de cette obligation de gestion. De manière générale, la Cour de cassation et le Conseil d'État s'accordent sur cette possibilité assortie de certaines conditions : d'une part, la responsabilité du propriétaire ne peut être que subsidiaire, c'est-à-dire à défaut de tout autre responsable tel que le dernier exploitant de l'activité ayant été exercée sur le terrain. D'autre part et surtout, seul le propriétaire fautif est concerné. Alors que la Cour de cassation fait peser sur le propriétaire une présomption lui

impliquant de démontrer « être étranger » au fait de l'abandon des déchets et « ne l'avoir pas permis ou facilité par négligence ou complaisance »<sup>22</sup>, le Conseil d'État semble exiger la preuve de la négligence du propriétaire dans cet abandon<sup>23</sup>. Alors que, selon le Conseil d'État, la preuve de la négligence du propriétaire à l'égard de l'abandon entraînera la mise en œuvre de l'obligation de gestion des déchets, pour la Cour de cassation, c'est la preuve de son absence de négligence qui est attendue.

Du côté de la loi, l'on retrouve en germe cette exigence dans le domaine de la dépollution des sites. Depuis la loi ALUR<sup>24</sup>, selon l'article L. 556-3, I, du Code de l'environnement : « En cas de pollution des sols ou de risques de pollution des sols présentant des risques pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques et l'environnement au regard de l'usage pris en compte, l'autorité titulaire du pouvoir de police peut, après mise en demeure, assurer d'office l'exécution des travaux nécessaires aux frais du responsable. » Il est prévu que, au terme d'une désignation des responsables par ordre de priorité, en l'absence d'autres responsables, à savoir le dernier exploitant de l'activité ICPE ou le producteur ou détenteur des déchets selon certaines conditions, le propriétaire de l'assise foncière des sols pollués puisse être responsable « s'il est démontré qu'il a fait preuve de négligence ou qu'il n'est pas étranger à cette pollution » (C. env., art. L. 556-3, II).

Dans les deux cas, le comportement du propriétaire à l'égard du dépôt de déchets ou de la pollution sur son terrain conditionne dorénavant le déclenchement des obligations environnementales favorables à la protection de l'environnement. Prudent, il échappera à leur mise en œuvre; imprudent, il devra s'en charger. D'où le sentiment que, derrière ce que certains auteurs voient comme l'avènement du statut de propriétaire innocent<sup>25</sup>, se joue l'exigence d'une « bonne foi » dans l'exercice de son droit de propriété pour échapper à la gestion des déchets ou à la dépollution des sites, cet exercice devant alors

21. L. n° 75-633, 15 juill. 1975 : *JO* 16 juill. 1975, p. 7279.

22. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 juill. 2012, n° 11-10478 : *D.* 2012, p. 2208, note M. Boutonnet.

23. CE, 25 sept. 2013, n° 358923 : *JCP N* 2013, p. 31 ; *D.* 2013, Point de vue, p. 2528, note M. Boutonnet – CE, 26 juill. 2011, n° 328651 : *Environnement* 2011, comm. 131, note P. Billet.

24. V. L. n° 2014-366, 24 mars, art. 173 ; J.-P. Boivin et A. Souchon, « Les sols pollués dans la loi ALUR : vers le printemps d'une nouvelle police ? » : *JCP N* 2014, n° 19, 575 ; O. Salvador, « La loi ALUR : des avancées significatives en matière de sites et sols pollués » : *JCP N* 2014, n° 15, 1158 ; C. Goupillier et C. Facelina, « La loi ALUR : âge de raison du droit des sols pollués ? » : *Dr. env.* mai 2014, p. 194 ; F.-G. Trébulle, « Sols pollués : le clair-obscur de la loi ALUR » : *Environnement et dév. durable* 2014, étude 13 ; B. Wertenschlag et T. Geib, « L'environnement s'invite dans le projet de loi ALUR » : *AJDI* 2013, p. 801.

25. F.-G. Trébulle, *D.* 2011, p. 2696 ; Ph. Billet, *Environnement* 2011/12, comm. 131.

être conciliable avec les intérêts environnementaux. Il s'agit en substance, en exerçant le droit de propriété, d'adopter un comportement qui démontre une certaine prudence face au risque d'abandon des déchets ou de pollution sur le terrain dont on est propriétaire : le propriétaire ne peut rester passif dans la dégradation environnementale de son terrain au risque d'être débiteur de certaines obligations légales.

La notion de bonne foi s'inscrit ici dans un cercle vertueux : si, pour échapper à ces diverses obligations environnementales légales, le propriétaire doit démontrer « sa bonne foi », plus positivement, il est alors appelé à adopter un comportement favorable au respect de l'environnement. La bonne foi se trouve instrumentalisée en faveur de la protection de l'environnement. Une sorte de pré-constitution de la preuve de la bonne foi conduit à agir pour l'environnement. En ce sens, le propriétaire de bonne foi devra veiller à ce que l'exploitant dont l'activité est à l'origine de la pollution et des déchets mette en œuvre des mesures favorables à leur élimination. Il pourra même, comme l'y invite aujourd'hui la pratique notariale, se pré-constituer une preuve contractuelle de sa bonne foi en insérant dans le contrat de bail commercial des clauses démontrant qu'il a invité son locataire à respecter la législation environnementale et à veiller à ce qu'il remplisse ses obligations en matière de droit des installations classées et de déchets<sup>26</sup>. C'est dire que l'exigence de bonne foi extracontractuelle, dont le propriétaire serait débiteur, est appelée à être prouvée par le biais de clauses environnementales dans le contrat.

Cette exigence de bonne foi, comme conciliation des intérêts individuels du propriétaire et de l'intérêt général environnemental peut ne pas surprendre. Si le droit de propriété possède un caractère « fondamental »<sup>27</sup>, son exercice est limité par certaines exigences légales et réglementaires (art. 544 C. civ.), pour des nécessités d'intérêt général<sup>28</sup>, notamment, sous l'influence de la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>29</sup>. Exiger du propriétaire un comportement de bonne foi pour éviter la dégradation de l'envi-

ronnement peut être vu comme une limite nécessaire au droit de propriété. Surtout, on reconnaît ici l'influence du droit de l'environnement sur le droit civil. On pense ici à l'influence du principe pollueur payeur (article 4 de la Charte de l'environnement consacrant l'obligation de contribuer à la réparation des dommages causés à l'environnement) et des devoirs de prendre part à la préservation de l'environnement et d'en prévenir les atteintes (art. 2 et 3 de la Charte de l'environnement) qui, selon la décision du Conseil Constitutionnel du 8 avril 2011 (QPC n° 2011-116 relative à la règle de la préoccupation) impliquent que « chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité »<sup>30</sup>. Reste à savoir si cette vigilance environnementale pourrait renforcer l'exigence de bonne foi jusqu'à reconnaître, comme corollaire de la limitation du droit de propriété, une obligation de jouissance environnementale en droit du bail du côté du locataire... La question se pose d'autant plus que l'exigence de bonne foi en droit de l'environnement semble aussi contaminer les rapports contractuels, en particulier du côté de l'acquéreur-immobilier.

### III. La bonne foi par l'ignorance environnementale

Le droit positif montre que l'ignorance environnementale manifeste aussi le rôle de la bonne foi en droit de l'environnement, cette manifestation pouvant se lire aussi bien du côté du droit des déchets que du droit des contrats de vente de sites pollués.

#### **A. Du côté du droit des déchets, cette manifestation de la bonne foi prend ses racines dans l'arrêt du Conseil d'État Unibail-Rodamco du 24 octobre 2014<sup>31</sup>**

En l'espèce, il s'agissait d'une société devenue propriétaire d'un ensemble immobilier qui avait été exploité par une société d'imprimerie au titre du droit des ICPE. Les terrains étaient pollués par des solvants. L'exploitant ayant été mis en liqui-

26. O. Herrnberger : *Environnement et dev. durable* 2012/12, Fiche pratique, p. 83.

27. Conseil Const. 16 janvier 1982, D. 1983, p. 169; Cass., 1<sup>re</sup> civ. 4 janv. 1995, *Bull. civ. 1*, n° 3, D. 1995, somm. 328, obs. M. Grimaldi.

28. F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., n° 86.

29. V. l'arrêt Hamer, CEDH 27 nov. 2007, Hamer c/ Belgique, req. n° 21861/03, D. 2008, p. 884, note J.-P. Marguénaud.

30. V. F. G. Trébulle, *RDI* 2011, p. 369.

31. CE, 24 oct. 2014, n° 361231 : *Énergie – Environnement – Infrastructures* 2015/2, n° 13, note J.-S. Boda.

dation judiciaire, les mesures de remise en état prescrites par le préfet au titre du droit des ICPE n'avaient pas été effectuées. Le préfet s'est alors tourné vers le propriétaire, ce que celui-ci a contesté devant le tribunal administratif. Rappelons que seul l'exploitant est débiteur de l'obligation de remise en état<sup>32</sup>. Toutefois, parce que le préfet peut aussi remédier à l'inaction du maire en s'appuyant sur le droit des déchets, le Conseil d'État a préféré annuler l'arrêt d'appel sur le fondement de l'erreur de droit. À cette fin, il invite les juges du fond à examiner la responsabilité du propriétaire en tant que détenteur des déchets. Sur ce point, il amorce une évolution importante de la jurisprudence précitée en affirmant que le propriétaire est débiteur de l'obligation d'éliminer les déchets « s'il a fait preuve de négligence à l'égard d'abandons sur son terrain ou s'il ne pouvait ignorer, à la date à laquelle il est devenu propriétaire de ce terrain, d'une part, l'existence de ces déchets, d'autre part, que la personne y ayant exercé une activité productrice de déchets ne serait pas en mesure de satisfaire à ses obligations. » Or, visant celui qui « est devenu propriétaire », l'arrêt vise incidemment l'acquéreur.

Entre en scène la preuve de la bonne foi environnementale de l'acquéreur immobilier pour échapper à une obligation administrative environnementale. Celui-ci sera en effet débiteur de l'obligation de gestion des déchets abandonnés sur le bien acquis dès lors qu'il n'était pas ignorant de certains faits, à savoir l'existence des déchets et des difficultés financières pour les éliminer, autrement dit la connaissance du risque lié à l'existence d'une activité génératrice de déchets sur le terrain. Alors que la jurisprudence antérieure limitait cette bonne foi au comportement du propriétaire en l'invitant à la prudence à l'égard des activités exercées sur son terrain en tant que bailleur, l'arrêt du 4 octobre 2014 l'étend en amont à l'acquéreur en l'invitant incidemment à démontrer son état d'ignorance quant à l'état environnemental du terrain lors de l'acquisition. L'acquéreur de bonne foi est celui qui ignorait les risques environnementaux liés à l'immeuble. Il ne s'agit plus seulement de conci-

lier droit de propriété et protection de l'environnement mais aussi liberté contractuelle et protection de l'environnement, le droit des contrats et l'ordre public environnemental. La bonne foi apparaît comme un élément pivot dans une mise en œuvre de la législation environnementale conciliatrice des intérêts individuels des contractants et de l'intérêt général environnemental, du droit des contrats et du droit de l'environnement : si l'acquéreur de bonne foi ignorant échappe à la législation protectrice de l'environnement, celui qui ne pouvait pas ignorer doit y répondre.

***B. Or, cette prise en compte de la bonne foi en droit des déchets n'est pas sans conséquence sur le droit des contrats de vente de sites pollués***

En effet, d'une part, si la bonne foi réside dans l'ignorance, celle-ci pourrait être bien rare dans ce domaine, tant le droit français a développé une diversité d'obligations d'information environnementale précontractuelle dont est débiteur le vendeur à l'égard de son acquéreur et qui peuvent d'ailleurs être le signe aussi de la bonne foi lors de la conclusion du contrat. Outre la nécessité pour le vendeur de préciser s'il y a eu une ICPE soumise à autorisation ou à enregistrement sur le terrain<sup>33</sup>, la loi *ALUR* a créé une nouvelle obligation selon laquelle « sauf dans les cas où trouve à s'appliquer l'article L. 514-20, lorsque les informations rendues publiques en application de l'article L. 125-6 font état d'un risque de pollution des sols affectant un terrain faisant l'objet d'une transaction, le vendeur ou le bailleur du terrain est tenu d'en informer par écrit l'acquéreur ou le locataire. Il communique les informations rendues publiques par l'État, en application du même article L. 125-6<sup>34</sup>. L'acte de vente ou de location atteste de l'accomplissement de cette formalité »<sup>35</sup>. Par ailleurs, sur le fondement du droit commun des contrats, le vendeur est soumis à une obligation d'information générale lui imposant de fournir toutes les informations déterminantes pour le consentement de l'acquéreur à condition d'en avoir connaissance, le professionnel vendeur étant

32. V. not. CE, 8 juill. 2005, n° 247976, *Aluisuisse-Lonza-France* : D. 2005, p. 3078, note B. Quiriny ; *LPA* 23 sept. 2005, p. 5, note F. Braud et A. Moustardier ; M. Hautereau-Boutonnet, *RDC* 2015.3, p. 586.

33. C. env., art. L. 514-20.

34. V. aussi C. env., art. L. 514-20, al. 2.

35. V. L. n° 2010-788, 12 juill. 2010.

présupposé ici de mauvaise foi. Le juge n'hésite pas à étendre cette jurisprudence aux éléments environnementaux<sup>36</sup>. Il en résulte que l'exécution de ces obligations d'information peut fournir des indications que le juge estimera comme suffisamment claires pour indiquer l'existence de la pollution. L'acquéreur ayant eu à disposition ces informations pourrait être considéré comme non-ignorant.

Surtout, en utilisant l'expression « ne pouvait ignorer », on se demande si cette bonne foi n'invite pas l'acquéreur lui-même à se renseigner. Déjà en droit commun, l'acquéreur n'est pas toujours aussi passif que cela peut le paraître. Bien au contraire, la jurisprudence montre « que chaque fois que l'acquéreur est en mesure de s'informer par lui-même, il doit bien évidemment le faire; et il ne saurait alors se prévaloir de sa propre carence pour venir reprocher au vendeur de ne pas lui avoir communiqué les renseignements nécessaires à une prise de décision éclairée »<sup>37</sup>. Rien n'empêche alors de penser que, « au maximum », la solution du Conseil d'État conduite à exiger qu'en cas de cession d'immeubles potentiellement pollués, il soit attendu d'un acheteur d'être plus diligent et de procéder à certaines recherches sur l'importance des déchets et la capacité de l'exploitant à les gérer. Alors que l'acheteur profane pourrait être alerté de la nécessité de se renseigner dès lors qu'il a connaissance d'un état de pollution, l'acheteur compétent dans ce domaine (professionnel, tel un aménageur ou promoteur, ou industriel) pourrait devoir aller plus loin en établissant un véritable audit environnemental, ce qui existe déjà dans la pratique notariale des ventes de sites pollués<sup>38</sup>. De la bonne foi par l'ignorance environnementale, on glisserait vers la bonne foi dans l'ignorance environnementale...

Au final, au cœur des relations contrat/environnement ou intérêts particuliers/intérêt général, la bonne foi apparaît là encore un élément pivot d'un cercle vertueux en faveur de la protection de l'environnement. Si la mauvaise foi de

l'acquéreur qui n'ignore pas la situation environnementale du bien peut déclencher l'obligation légale d'élimination des déchets, elle peut aussi, en amont et incidemment, l'inviter à mieux connaître l'état de son bien pour anticiper ce risque environnemental. L'arrivée de la bonne foi dans ce domaine pousse à instrumentaliser le contrat de vente en y insérant des clauses, telles des garanties de passif, favorables à la remise en état du terrain. Le Conseil d'État pousse à ce que, lors de la vente, l'acquéreur non-ignorant s'entende avec le vendeur pour mettre en place une politique contractuelle de dépollution industrielle au nom de l'impératif de protection de l'environnement.

Faut-il s'en étonner ? Pas vraiment si l'on rappelle de nouveau l'influence de la fondamentalisation du droit de l'environnement et, surtout, si l'on regarde au-delà de nos frontières, certains droits allant encore plus loin. En droit américain<sup>39</sup>, à la suite du scandale de Love canal, a été votée la loi CERCLA (*Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act*) qui a pour finalité de faciliter la décontamination des sites les plus dangereux. Cette loi a mis en place un système permettant de faire peser la dépollution sur un grand nombre de personnes toutes « potentiellement responsables ». Parmi elles, et aucunement par ordre hiérarchique, selon une jurisprudence très extensive, se trouvent les propriétaires des terrains sur lesquels il y a de la pollution. Certes, la jurisprudence admet des moyens d'exonération permettant à l'acquéreur de ne pas assumer cette obligation. Toutefois, à cette fin, il doit faire preuve du fait qu'il a effectué des audits environnementaux qui n'ont pas permis de détecter la pollution. Plus précisément, l'acquéreur doit démontrer que, malgré la réalisation d'audits environnementaux, la pollution n'a pu être détectée. Pèse sur lui une obligation de bonne foi qui implique de se renseigner quant à l'état du terrain et qui lui permettra de s'exonérer de l'obligation environnementale de dépollution.

36. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 mai 2011, n° 09-16677 : CCC 2011, comm. 184, note L. Leveueur.

37. O. Barré, *Rép. civ. Dalloz*, V° « Vente », n° 162; P. Jourdain, « Le devoir de "se" renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) » : *D.* 1983, chr., p. 139.

38. V. M. Boutonnet, M. Mekki et O. Herrnberger (dir.), « Les sites pollués, un enjeu pour les professionnels de l'immobilier » : *JCP N* 2014, n° 9, p. 1103-1114, spéc. les contributions de X. Lièvre, F. Muller et O. Herrnberger.

39. Sur ce rappel, v. la thèse de S. Lavallée et ses incursions en droit comparé, *La réhabilitation des terrains contaminés et le droit québécois : un droit négocié*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2004, p. 57 et s.

De même, au Québec<sup>40</sup>, depuis une loi du 1<sup>er</sup> mars 2003, une obligation administrative de réhabilitation des sols pollués pèse sur le gardien du terrain, et donc potentiellement sur l'acquéreur. Pour y échapper, le gardien peut prouver son ignorance, son absence de faute ou le cas fortuit d'une migration. C'est ainsi que l'acquéreur a tout intérêt, dans les faits, à procéder à un audit environnemental démontrant sa bonne foi face à l'ignorance de la pollution. Ces deux droits étrangers montrent que, de plus en plus, les obligations administratives de dépollution au nom de la protection de l'environnement – et donc de l'intérêt général – et les obligations personnelles de gestion du risque environnemental dans la relation contractuelle – au nom des intérêts particuliers – entretiennent des liens fructueux. L'exi-

gence de bonne foi dans la relation contractuelle du côté de l'acquéreur attestée par les informations qu'il reçoit et recherche rencontre l'exigence sociale, économique et écologique de dépollution immobilière. C'est dire que, en droit français, les impératifs de protection de l'environnement pourraient demain également accentuer l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles. Plus que l'ignorance, c'est la prudence et la transparence précontractuelles qui pourraient se renforcer.

D'où l'impression que derrière l'avènement de la bonne foi en droit de l'environnement, c'est le rôle des acteurs de droit privé dans la protection de l'environnement aussi bien que la conciliation de leurs propres intérêts avec l'intérêt général qui se joue...

---

40. V. S. Lavallée, « Le terrain contaminé : une fatalité historique pour le contrat ? Perspective québécoise », in M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

# Petit cinq du Grand A : la bonne foi en droit du marché

## La bonne foi en droit du marché

Sarah Bros

Professeur à l'Université d'Évry-Val d'Essonne

La bonne foi des entreprises et celle des consommateurs sont indifférentes à l'application de la majorité des règles du droit économique. L'objet de ces règles n'est ni l'individu, ni l'entreprise, mais le marché lui-même. L'expression « droit du marché » est utilisée depuis le début des années 2000<sup>1</sup> pour mettre en lumière la cohérence des règles destinées au marché, lieu d'échange des biens et des services, en vue de garantir son bon fonctionnement. La protection des acteurs du marché, que sont les entreprises et les consommateurs, n'est pas la finalité de ces règles ; celles-ci sont orientées vers l'efficience économique. On ne s'étonnera dès lors pas que la bonne foi ne soit appelée qu'à jouer un rôle mineur en droit du marché, l'aspect économique des rapports sociaux prévalant sur toute autre considération.

La bonne foi est avant tout une notion civiliste que l'on peut définir comme la croyance sincère en la licéité de ses actes<sup>2</sup>. Ainsi entendue, la bonne foi est psychologique et s'apprécie *in concreto*. La bonne foi s'entend également de la loyauté d'un comportement, de son intégrité et de son honnêteté<sup>3</sup>. Cette acception de la bonne foi est plus objective, même si on ne peut pas faire totalement abstraction de l'aspect psychologique<sup>4</sup>. Sous ces deux aspects, qui correspondent à la définition de la notion en matière contractuelle, la bonne foi

traditionnelle trouve évidemment sa place dans le fonctionnement du marché, lequel repose sur la conclusion de contrats. Le droit commun des contrats s'applique nécessairement aux opérations réalisées sur le marché des biens et des services, car toutes sont réalisées au moyen de contrats, contrats de vente et de prestations de services pour l'essentiel. L'exigence de bonne foi telle qu'elle est entendue en droit commun s'applique donc bien aux opérations de marché.

Si l'on s'écarte du droit des contrats, la plupart des dispositions assurant spécifiquement l'encadrement du marché ne font pas expressément référence à la bonne foi. Néanmoins, des termes que l'on rapproche généralement de la bonne foi, ou de son contraire, la mauvaise foi, ne sont pas absents des textes. Ainsi, la loyauté ou l'abus sont récurrents dans le Code de commerce et dans le Code de la consommation. Une question importante est de savoir si les termes de loyauté et d'abus sont compris dans ce domaine de la même manière qu'en droit commun.

Une étude de la jurisprudence et de la doctrine permet d'en douter. En effet, pour l'application des textes du Code de commerce relatifs aux pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations, on peut lire dans les manuels et dans certaines décisions que l'intention anticoncurrentielle

1. Cf. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, Puf, Thémis, 2002 ; D. Mainguy (dir.), *Dictionnaire de droit du marché, Concurrence, distribution, consommation*, Ellipses 2008. Nous retiendrons sous cette expression les règles applicables à la concurrence, à la distribution et à la consommation des biens et des services, à l'exclusion des produits financiers. Bien qu'il existe un marché des produits financiers, ces produits ne sont pas des biens de consommation courante et, tant leur « production » que leur « consommation » relèvent de mécanismes spécifiques. V. cependant, N. Decoopman, « Droit du marché et droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ 1996, p. 141, pour qui le droit du marché comprend les règles applicables aux marchés financiers.

2. Ou la volonté de se conformer au droit, v. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, V° « Bonne foi ».

3. *Ibidem*.

4. V. Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », *Rép. Civ.* Dalloz, n° 2 s.

des acteurs de marché n'est pas recherchée<sup>5</sup>. Elle n'apparaît donc pas comme une condition d'application des textes. Ce sont des situations objectives qui déclenchent la mise en œuvre de la réglementation. La bonne foi des acteurs du marché ne joue pas non plus comme un fait justificatif. Ce n'est pas parce que l'entreprise est de bonne foi et n'a pas voulu porter atteinte à la concurrence que son comportement est exonéré de sanction. La bonne foi ne joue aucun rôle ni dans la qualification de l'opération prohibée (monopoles, ententes, concentrations) ni en tant que cause d'exonération de son auteur. Le droit de la concurrence encadre et sanctionne tout type de comportements susceptibles de porter atteinte au bon fonctionnement du marché. C'est l'attitude faussant le marché qui est sanctionnée<sup>6</sup>.

La même remarque peut être faite à la lecture du Code de la consommation. Les dispositions énumèrent de manière détaillée le contenu des obligations des professionnels à l'égard des consommateurs. Le professionnel doit adopter un comportement prédéterminé par le droit et est sanctionné en cas de non-respect, souvent sans égard à sa bonne ou sa mauvaise foi<sup>7</sup>. Étonnamment, la définition des clauses abusives adoptée en 1995 dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne fait aucune référence à la bonne foi, quand la directive du 5 avril 1993 que transpose la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 énonçait la contrariété à la bonne foi comme un élément de la définition de la clause abusive.

Comment justifier cette place minime laissée à la bonne foi dans le droit économique ? On peut avancer trois raisons principales. D'abord, le droit de la consommation, et plus encore le droit de la concurrence, se présentent comme des droits-sanctions, c'est-à-dire comme des règles encadrant les comportements économiques sous peine de sanctions. Or, ces règles n'ont pas principalement vocation à sanctionner *a posteriori* les acteurs de marché, mais plutôt à les contraindre *a priori* à adopter des comportements donnés. Autrement dit, les

règles du droit du marché ont essentiellement un rôle prophylactique, et les sanctions prévues en cas de non-respect sont conçues comme des menaces pesant sur les acteurs de marché. La réglementation vise à réaliser une homogénéisation des pratiques commerciales en éradiquant certaines pratiques, non pas en raison de l'intention de leur auteur, mais parce qu'elles portent atteinte à l'efficacité économique.

Ensuite, le recul de la bonne foi par rapport au droit commun garantit l'efficacité de la réglementation. En effet, l'appréciation de la bonne foi relève d'une casuistique ne permettant pas d'anticiper l'application de la règle à tel ou tel comportement.

Enfin, l'effacement de la bonne foi traduit également la volonté de réduire le contentieux juridictionnel. L'appréciation au cas par cas du comportement des acteurs de marché ne permet pas la standardisation des comportements économiques. En favorisant le recours à la négociation et aux modes alternatifs de règlement des litiges<sup>8</sup>, les autorités espèrent éviter la juridictionnalisation des conflits.

La bonne foi et ses succédanés n'étant pas complètement absents des textes, il importe de déterminer leur signification et leur rôle en droit du marché. À lire les dispositions, on comprend que la bonne foi prend deux significations particulières. Parfois, l'expression « bonne foi » employée dans les textes signifie simplement « absence de mauvaise foi », telle qu'on la connaît en droit des contrats (I). D'autres fois, des expressions généralement reliées à la bonne foi prennent en droit du marché un sens particulier, celui de légalité ou d'illégalité (II).

## I. La bonne foi, absence de mauvaise foi

À part en droit des biens et dans quelques autres domaines du droit civil (droit de la famille, quasi-contrats notamment), les règles qui renvoient à la bonne foi ne l'exigent pas, positivement, pour l'acquisition d'un droit, mais font de l'absence de

5. La bonne foi est ainsi indifférente pour l'appréciation des conditions de l'action en concurrence déloyale, v. M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 6<sup>e</sup> éd. 2014, n<sup>os</sup> 332 et 343, pour la preuve d'une entente, *ibidem*, n<sup>o</sup> 435 ; M.-S. Payet et M.-A. Frison-Roche, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2006, n<sup>o</sup> 154 et la note 4. V. aussi, Com. 20 mai 2014, n<sup>o</sup> 12-26705 ; *Bull.* IV, 90, concernant un abus de position dominante. Plus généralement, concernant les sanctions des pratiques anti-concurrentielles, M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 614.

6. V. notamment, L. Vogel, *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, t. 1, 19<sup>e</sup> éd. LGDJ, Lextenso, n<sup>o</sup> 860, à propos des abus sanctionnés en droit de la concurrence.

7. Ainsi, le consommateur qui a mis en œuvre la garantie de conformité peut réclamer des dommages-intérêts au vendeur sans que la mauvaise foi de ce dernier ne soit exigée, alors qu'elle l'est en droit civil, quand l'acquéreur réclame des dommages-intérêts à raison des vices cachés de la chose (comp. C. conso, art. L. 211-11 et C. civ., art. 1643 tel qu'interprété par la jurisprudence).

8. V., en dernier lieu, ordonnance n<sup>o</sup> 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation transposant la directive 2013/11 du 21 mai 2013 relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation.

mauvaise foi une condition d'application d'une règle. Cette signification devenue classique de la bonne foi, qui est celle du droit des contrats, se trouve également dans quelques dispositions spécifiques au droit du marché.

L'absence de mauvaise foi est ainsi érigée en condition de l'ouverture d'une procédure de surendettement à l'égard d'un particulier (C. conso., art. L. 330-1), mais également en condition du maintien de la protection, car la dissimulation intentionnelle d'informations entraîne la déchéance du bénéfice de la procédure du traitement du surendettement (C. conso., art. L. 333-2).

Quoique de manière moins explicite, l'absence de mauvaise foi permet également, en droit de la consommation, d'apprécier si le prêteur a correctement rempli son obligation d'information à l'égard du consommateur-emprunteur et, à l'inverse, si ce dernier a effectivement communiqué des informations fiables à son prêteur<sup>9</sup>. S'il n'est pas fait expressément mention de la bonne foi dans ces textes, il ne fait aucun doute que la qualité des informations transmises s'apprécie à l'aune de la sincérité de l'auteur de la déclaration. Néanmoins, cette exigence de sincérité de l'information ne saurait révéler une application générale de la bonne foi en droit du marché car d'autres dispositions édictant des obligations d'information ne contiennent aucune référence, même implicite, à la bonne foi; elles énumèrent avec luxe de détail les mentions et des éléments devant traduire cette information<sup>10</sup>. Soit les éléments fournis sont véridiques et l'exigence d'information est remplie, soit les éléments sont tronqués et la réglementation est violée, sans qu'il soit besoin de sonder l'intention de l'auteur de l'information erronée.

En droit de la concurrence, l'absence de mauvaise foi (plus exactement l'absence de déloyauté)

a été érigée par la Cour de cassation en condition de la recevabilité d'un moyen de preuve devant l'Autorité de la concurrence. Elle a ainsi affirmé dans un arrêt rendu en Assemblée plénière le 7 janvier 2011<sup>11</sup> que, sauf disposition contraire du Code de commerce, les règles de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles, au rang desquelles le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Ainsi, l'offre de preuve d'une pratique anticoncurrentielle faite au moyen d'enregistrements téléphoniques réalisés à l'insu de leur auteur n'est pas jugée admissible.

Lors de l'application d'une sanction en raison d'une pratique anti-concurrentielle, la bonne ou la mauvaise foi d'un acteur de marché paraît également jouer un rôle dans la détermination du *quantum*. Si l'absence de mauvaise foi ne joue pas en principe comme un fait exonérateur d'une sanction, la mauvaise foi apparaît comme une circonstance aggravante de la sanction. Il est ardu d'apprécier le rôle de l'absence de mauvaise foi des acteurs de marché dans la détermination de la sanction d'une pratique anticoncurrentielle. Bien que les critères posés par la loi<sup>12</sup> complétés par l'Autorité de la concurrence<sup>13</sup> et la jurisprudence paraissent essentiellement objectifs, la nécessaire personnalisation de la sanction et les atténuations qui peuvent être décidées font réapparaître, en filigrane des décisions, une certaine prise en compte de la bonne foi de l'auteur du manquement. Ainsi, pour la mise en œuvre d'un programme de clémence, qui suppose la coopération de l'entreprise avec les autorités<sup>14</sup>, ou bien lors de l'appréciation de l'exécution des engagements qui ont été pris par une entreprise en vue de mettre un terme à ses agissements ou sa structure anticoncurrentielle<sup>15</sup>, la bonne foi de l'entreprise n'est pas indifférente, quoique l'inverse soit régulièrement affirmé<sup>16</sup>.

9. C. conso., art. L. 311-8 : « Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière » (souligné par nous) et C. conso., art. L. 311-10 : « Les informations figurant dans la fiche doivent faire l'objet d'une déclaration certifiant sur l'honneur leur exactitude. »

10. V. par exemple, en matière de crédit, C. conso, art. L. 311-18 et R. 311-5.

11. P. n° 09-14316 et 09-14667, *LPA 12 mai 2011*, n° 94, p. 10, note M. Eeckhoudt.

12. C. com., art. L. 464-2.

13. Communiqué Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

14. Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes du 8 décembre 2006, *JO C2 98* du 8 déc. 2006; Communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence.

15. V. par exemple, Autorité de la Concurrence 20 septembre 2011, n° 11-D-12, *Rev. jur. Écon. Publ.* 2012, comm. 13, obs. P. Idoux, qui insiste sur la bonne foi qui doit nécessairement inspirer l'exécution des engagements. V. aussi, pour l'appréciation du non-respect d'une injonction, Com. 14 mars 2006, *Rev. Lamy conc.* 2006, n° 569, obs. V. Selinsky, qui souligne le caractère délibéré et persistant du non-respect de l'injonction pour justifier une aggravation de la sanction.

16. Par ex. : « La procédure de non-respect d'engagements instituée par l'article L. 464-3 a un caractère objectif, de sorte que le manquement à un engagement est passible de sanction pécuniaire sans qu'il soit besoin de démontrer [...] l'intention dolosive recherchée par l'auteur du manquement » Aut. Conc. déc. n° 11-D-10 6 juillet 2011, point 59; *Rev. Lamy Conc.* 2011, n° 1934, obs. S. Destours.

Que ce soit par le biais du droit des contrats ou de la procédure civile, la bonne foi, peu visible dans les codes visités, occupe une place discrète mais certaine en droit du marché, en instituant une indispensable appréciation morale de comportements conçus de manière objective par les rédacteurs des textes, par souci d'efficacité économique.

## II. La mauvaise foi, illégalité d'un comportement

On serait tenté de croire qu'en droit du marché, les termes de loyauté et d'abus s'entendent de la bonne foi objective. La notion de bonne foi objective renvoie à des standards de comportement : tout intervenant sur le marché doit se comporter de façon loyale, respecter l'attente raisonnable de l'autre partie, ne pas trahir sa confiance légitime. Il serait donc attendu de la part des acteurs de marché qu'ils adoptent des comportements conformes à ces standards et, s'ils s'en éloignent, une sanction est encourue.

Quels sont les standards du droit du marché ? La loyauté constitue la norme la plus communément admise. Elle se trouve surtout exprimée sous son aspect négatif, l'abus, ou déloyauté. Ainsi, la loyauté de la concurrence constitue un objectif poursuivi par le droit du marché, tout comme la loyauté des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs. Il n'est cependant pas certain que tous les textes édictent des standards de comportement.

Quelques textes de droit de la consommation semblent effectivement renvoyer à des standards de comportement. Ce sont les textes qui font d'une attitude une infraction pénale intentionnelle. Ainsi les pratiques commerciales trompeuses, les fraudes et falsifications ne sont pas constituées par le seul élément matériel, un élément intentionnel est en outre exigé<sup>17</sup>. Cependant, l'élément intentionnel, dénommé « mauvaise foi » par la jurisprudence<sup>18</sup>, n'est pas la conscience d'agir de manière illicite, il tient à l'absence de précaution prise par le professionnel<sup>19</sup>. L'élément intentionnel est limité à la portion congrue, il tient plus de la négligence que de la mauvaise foi. On notera cependant que, pour l'abus de faiblesse, une véritable conscience de l'état de faiblesse est requise. L'abus de faiblesse mis à part, on peut se demander s'il est bien question de standard de comporte-

ment dans le droit pénal de la consommation. Les règles énoncent des comportements obligatoires dont le non-respect est sanctionné.

La loyauté et l'abus en droit de la concurrence ne renvoient pas non plus à des standards de comportement. Ce sont en réalité des attitudes précises qui sont énumérées dans les textes et qui sont prohibées soit en tant que telles, soit en raison de leur effet anticoncurrentiel. Il ne s'agit dès lors pas de bonne foi au sens objectif défini ci-dessus, mais de loyauté au sens étymologique du terme, c'est-à-dire de légalité. Ainsi ce qui est loyal est légal, c'est-à-dire autorisé par la loi, et ce qui est déloyal est illégal. C'est bien ainsi que le droit de la concurrence se préoccupe de loyauté : les pratiques dites abusives ne sont pas conformes au droit et donc illicites. On trouve ainsi des listes de comportements illicites, réputés « déloyaux ». Soit la pratique figure dans une liste (pratiques restrictives de concurrence), soit elle répond à des critères plus ou moins généraux (ententes, déséquilibre significatif), mais toujours objectifs. L'application de ces textes n'implique pas l'appréciation d'un comportement.

Quant au droit de la consommation, il était initialement présenté comme l'ensemble des règles édictées en vue d'assurer la protection du consommateur. Cette présentation ne correspond plus du tout à la réalité. De la même manière que le droit de la concurrence a perdu sa fonction protectrice des concurrents<sup>20</sup>, le droit de la consommation ne joue plus de rôle protecteur à l'égard des consommateurs. Le droit de la consommation est devenu le droit de la régulation de l'activité économique de distribution des biens et des services aux consommateurs, au même titre que le droit de la concurrence régule l'intervention des entreprises sur le marché. Comme en droit de la concurrence, la loyauté ou l'abus ne sont pas compris comme édictant des standards de comportement, éléments de mesure de ce qui est permis. Les pratiques déloyales ou abusives, les obligations d'information, les règles applicables en matière de sécurité des personnes, la réglementation du crédit consenti à un consommateur et même l'interdiction des clauses abusives édictent des comportements ou des clauses obligatoires et en interdisent d'autres. Ici aussi, la loyauté s'entend en son sens premier comme la *légalité d'un comportement*.

17. Par exemple, Crim. 23 avril 1992, CCC 1993, comm. 20, note G. Raymond.

18. Crim. 22 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 170; Crim. 10 mai 1993, CCC 1993, comm. 204, note G. Raymond; *Dr. pén.* 1993, comm. 188, note J.-H. Robert.

19. Crim. 20 septembre 2011, n° 11-81326, CCC 2012, comm. 32, obs. G. Raymond.

20. V. notamment l'évolution des conditions de l'action en concurrence déloyale.

# Petit six du Grand A :

## la bonne foi en droit des sociétés

### La bonne foi en droit des sociétés

**Dorothee Gallois-Cochet**

Agrégée des facultés de droit

Professeur à l'Université Paris-Dauphine, PSL (Cr2D)

1. Selon la méthodologie souhaitée par les organisateurs du colloque de l'association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains sur le thème de *La bonne foi en droit comparé*, un questionnaire, élaboré par nos soins, a été soumis à des experts, avocats ou universitaires représentant les différents pays étudiés. Les réponses obtenues – en l'occurrence, pour le droit des sociétés, d'Espagne<sup>1</sup>, du Brésil<sup>2</sup>, du Venezuela<sup>3</sup>, du Mexique<sup>4</sup> et de la France – nous ont permis de présenter une analyse en droit comparé, ici livrée aux lecteurs de la *Revue de droit d'Assas*<sup>5</sup>.

2. L'évocation de la bonne foi en droit des sociétés n'est surprenante dans aucun des systèmes juridiques étudiés. Le droit des sociétés est un terrain d'application naturel de l'obligation de bonne foi du droit des contrats, auquel il emprunte d'ailleurs sa définition et la distinction entre bonne foi subjective<sup>6</sup> et objective<sup>7</sup>. La bonne foi se manifeste également en droit des

sociétés à travers des notions connexes, comme la loyauté ou la fidélité<sup>8</sup>. Certains systèmes juridiques connaissent toutefois un réel décalage entre une reconnaissance théorique – ou doctrinale – de la bonne foi en droit des sociétés et sa faible portée pratique<sup>9</sup>, illustrée par le peu d'applications en jurisprudence<sup>10</sup>.

Lorsque l'on s'intéresse aux déclinaisons concrètes de la bonne foi, il apparaît que la société, en tant que sujet de droit, est soumise à une obligation de bonne foi dans la conclusion et l'exécution des contrats qu'elle noue avec les tiers. Mais le régime de ces actes sociaux externes n'est pas spécifique au droit des sociétés ; il relève de l'étude de la bonne foi en droit commun des contrats<sup>11</sup>. De manière spéciale, la question de la bonne foi en droit des sociétés se pose surtout dans l'ordre interne, c'est-à-dire dans les rapports entre la société, ses associés et ses dirigeants. La bonne foi des associés et celle des

1. Rafael Rojo Alvarez-Manzaneda, Professeur titulaire de droit commercial, faculté de droit de l'Université de Grenade, Espagne.

2. Marcelo Vieira von Adamek, Directeur culturel de l'Association des avocats de Sao Paulo et avocat, Sao Paulo, Brésil.

3. Pedro Saghy, Professeur à l'Université catholique Andrés Bello, Caracas, Venezuela et avocat, Caracas.

4. Eduardo Rocha Nunez, Professeur à l'Université de Monterrey, Mexique, et avocat.

5. Du fait de la méthode suivie, les rapports des experts consultés sont la seule source citée pour les systèmes juridiques étrangers.

6. Dite aussi psychologique, puisqu'il s'agit de sonder la conscience du sujet, de rechercher son état psychologique. C'est à cette acception que renvoie la mauvaise foi.

7. Dite aussi morale ou comportementale, puisqu'il s'agit d'apprécier le comportement du sujet par rapport à un modèle de conduite sociale – ou un standard juridique – supposant d'agir avec honnêteté, loyauté et probité.

8. Ce qui montre la primauté de la conception objective de la bonne foi en droit des sociétés. Les notions de bonne foi, de loyauté et de fidélité ont toutes une racine commune dans *fideis*, la confiance en latin.

9. Le rapport brésilien évoque une consécration beaucoup plus rhétorique qu'opérationnelle de la bonne foi en droit des sociétés.

10. Le rapport vénézuélien souligne l'absence totale d'application en jurisprudence.

11. Dans l'ordre externe et pour le droit spécial, on peut également relever le rôle résiduel de la mauvaise foi, du moins en droit français (et européen). Dans les SARL et les sociétés par actions, soumises à la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009 « tendant à coordonner, pour les rendre équiva-

dirigeants se trouvent d'ailleurs au cœur des interrogations et analyses des différents experts consultés.

Cette référence aux dirigeants de la société appelle, au préalable, une précision terminologique. Les juristes espagnols et latino-américains parleraient en effet plus volontiers des administrateurs. Dans leurs systèmes juridiques, toutes les formes sociales sont dotées d'un ou plusieurs administrateurs. Quant aux éventuels gérants ou directeurs généraux, ils ne sont pas des organes de gestion mais des « fondés de pouvoir », liés à la société par un contrat de travail. En droit français, à l'inverse, le terme d'administrateur est très spécifique : il ne concerne que certaines sociétés anonymes<sup>12</sup>, étant, en outre, précisé que le conseil d'administration est un organe secondaire par rapport au directeur général. Le terme générique de dirigeants permet ainsi de désigner des organes de gestion et d'administration qui varient d'une forme sociale à l'autre.

**3.** Cette précision étant apportée, il faut se demander si les associés et dirigeants de sociétés sont tenus d'une obligation de bonne foi. *A priori*, la logique voudrait que l'on s'intéresse dans un premier temps aux associés, dès lors que, par essence, ils sont les premiers acteurs du mécanisme sociétaire. Pourtant, nous verrons qu'il n'est pas facile de dire si les associés sont tenus d'une obligation de bonne foi. Les réponses s'avèrent partagées, avec des différences d'analyse sensibles selon les systèmes juridiques. Ainsi, la bonne foi des associés est controversée. À l'inverse, les dirigeants apparaissent comme les débiteurs incontestés d'une obligation de bonne foi dans l'ensemble des systèmes juridiques analysés. La bonne foi des dirigeants est beaucoup plus consensuelle. C'est pourquoi, en faisant le choix d'aller du plus simple au plus compliqué, nous examinerons dans un premier temps le consensus sur la bonne foi des dirigeants (I), puis, dans un second temps, la controverse sur la bonne foi des associés (II).

## I. Le consensus sur la bonne foi des dirigeants

**4.** C'est souvent en mettant les concepts à l'épreuve de la pratique que l'on se rend compte si les différences, d'un système juridique à l'autre, sont réelles ou si elles tiennent principalement à des modes de raisonnement qui n'excluent pas une communauté d'application. C'est pourquoi il est intéressant, après s'être interrogé sur l'existence et le fondement de l'obligation de bonne foi des dirigeants, d'examiner ses applications concrètes.

### A. Existence et fondement

**5.** L'existence d'une obligation de bonne foi des dirigeants est admise de manière unanime dans les systèmes juridiques étudiés, sous la terminologie d'obligation de loyauté. Seules varient les modalités de cette reconnaissance, pour lesquelles trois situations peuvent être identifiées. Dans certains systèmes juridiques, d'abord, il existe des dispositions légales particulières qui imposent une obligation de loyauté à certains dirigeants. C'est le cas pour les administrateurs de sociétés de capitaux en Espagne<sup>13</sup>, pour ceux des sociétés par actions au Brésil<sup>14</sup>, ou pour ceux des sociétés cotées au Mexique. Dans chacun de ces cas, la doctrine considère qu'au-delà des dispositions particulières, l'obligation de loyauté des administrateurs est une obligation générale, qui s'impose quelle que soit la forme sociale. L'obligation de loyauté des dirigeants peut, ensuite, et dans le silence de la loi, être consacrée par la jurisprudence. C'est la situation française. Enfin, cette reconnaissance peut être exclusivement doctrinale, comme au Venezuela.

Au-delà de cette consécration unanime, on relève des approches divergentes quant au fondement de cette obligation. Deux fondements sont possibles, l'un contractuel, l'autre fiduciaire. Selon la logique contractuelle, l'obligation de bonne foi est une conséquence évidente du contrat qui lie le dirigeant à la société. C'est l'ap-

lentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers », la société est engagée à l'égard des tiers par les actes accomplis par ses représentants légaux, même si ces actes dépassent l'objet social, sauf si la société prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet, étant exclu que la seule publication des statuts au RCS suffise à constituer cette preuve (Dir., art. 10.1). L'exception à l'engagement de la société, ouverte sur option par la directive et consacrée par le droit français, est généralement désignée sous l'appellation de mauvaise foi du tiers.

12. Celles qui sont dotées d'un conseil d'administration (type moniste) et non d'un directoire et d'un conseil de surveillance (type dualiste). La nomination d'administrateurs est facultative dans la SAS (C. com., art. L. 227-5). Elle est impossible dans la SARL.

13. Loi des sociétés de capitaux, art. 226 (diligence) et 227 (loyauté).

14. Loi des sociétés par actions, art. 155.

proche du droit vénézuélien<sup>15</sup>. Naturellement, une telle analyse pose problème pour les systèmes juridiques qui considèrent que le dirigeant n'est pas lié à la société par un contrat, qu'il n'est pas un mandataire au sens du droit commun du mandat. Tel est le cas en droit français – selon la doctrine majoritaire<sup>16</sup> –, mais aussi en droit espagnol, au moins pour les sociétés de capitaux<sup>17</sup>. On peut alors comprendre que l'approche fiduciaire soit privilégiée.

Selon la logique fiduciaire, le dirigeant est une personne qui agit dans l'intérêt ou pour le compte d'une autre et qui, du fait de cette relation de confiance particulière, est tenu d'une obligation de loyauté<sup>18</sup>. L'approche fiduciaire est très nette en droit brésilien, où l'obligation de loyauté trouve son fondement dans la fonction du dirigeant<sup>19</sup>. Elle nous semble implicite en droit français, où la jurisprudence a consacré l'obligation de loyauté en considérant qu'elle était inhérente au statut des dirigeants<sup>20</sup>. Malgré cette pluralité de fondements explicatifs, on trouve une certaine unité dans les applications pratiques que les différents systèmes juridiques étudiés donnent à l'obligation de loyauté des dirigeants.

## B. Applications pratiques

**6.** Trois séries d'applications pratiques peuvent être identifiées à propos de l'obligation de bonne foi des dirigeants : la première est relative à la concurrence faite à la société et, plus largement, à la captation par le dirigeant d'opportunités d'affaires de la société ; la deuxième concerne le vote dans les organes collégiaux de direction ; la troisième porte sur le cas particulier des cessions de parts sociales ou d'actions par les associés.

Premièrement, tous les pays admettent que le dirigeant est tenu d'une obligation de non-concurrence à l'égard de la société. Le dirigeant méconnaît son obligation s'il a une activité

identique ou similaire à celle de la société, s'il négocie un marché dans le domaine d'activité de la société pour son compte ou pour le compte d'une autre société, s'il crée une société concurrente de celle de la société ou s'il devient associé d'une société concurrente. La prohibition peut être expresse : c'est le cas en Espagne et au Venezuela pour les administrateurs des sociétés de capitaux, ou au Brésil pour les administrateurs des sociétés par actions. Il semble que ce qui, dans ces pays, est explicite pour les administrateurs vaut *a fortiori* pour les dirigeants des sociétés de personnes. En France, où rien n'est prévu dans la loi, l'obligation de non-concurrence des dirigeants de sociétés a été consacrée par la jurisprudence<sup>21</sup>.

**7.** L'obligation de loyauté emporte-t-elle également interdiction pour le dirigeant de capter des opportunités d'affaires dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions ? Certains pays le prévoient expressément dans leur législation. Le droit espagnol est à cet égard significatif. L'article 228 de la loi sur les sociétés de capitaux prévoit : « aucun administrateur ne peut réaliser pour son bénéfice personnel ou celui des personnes qui lui sont liées, des investissements ou d'autres opérations liées aux biens de la société dont il a pris connaissance pendant l'exercice de ses fonctions, si l'investissement ou l'opération a été proposé à la société ou si la société s'y intéresse ». Cette interdiction est particulièrement large, puisque l'opération est fautive pour le dirigeant dès lors qu'elle a été proposée à la société, quand bien même celle-ci n'aurait pas souhaité l'exploiter ou n'aurait pas eu les capacités financières de le faire. C'est la logique du droit anglais du « *no profit rule* », qui interdit au dirigeant d'obtenir tout profit personnel grâce à sa position, là où le droit américain, plus souple, ne sanctionne le dirigeant que si la société subit

15. Ce n'est, comme dit l'expert vénézuélien, qu'une énième manifestation de l'obligation de bonne foi dans les relations contractuelles.

16. V. par exemple M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, t. 2, 21<sup>e</sup> éd., LGDJ – Lextenso éditions, 2014, n° 1667 ; ou encore P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ – Lextenso éditions, 2015, n° 447 ; À l'exception notable de F. Deboissy in M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 28<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2015, n° 280 – Adde F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées brésiliennes*, t. LV/2005, n° 42 à 45.

17. Et sans doute aussi, quoique de manière moins nette, pour les sociétés de personnes.

18. La clé de lecture fiduciaire explique d'ailleurs la primauté du terme de loyauté pour les dirigeants : les devoirs fiduciaires sont traditionnellement associés aux notions d'honnêteté et de loyauté.

19. Selon l'expert brésilien, « l'exigence de la bonne foi dérive seulement de la condition de titulaire de l'organe, qui a alors la mission d'exécuter le contrat de société et d'observer les devoirs propres à cette fonction, devoirs fiduciaires qui, comme on l'a vu, sont imprégnés de la notion de bonne foi ».

20. V. K. Grévain-Lemerrier, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, préf. H. Le Nabaque, PUAM, 2013, n° 120 s.

21. Solution constante depuis Com. 24 févr. 1998, n° 96-12.638, *Bull. Joly Sociétés* 1998. 813, comm. 266, note B. Petit ; *Rev. sociétés* 1998. 546, note M.-L. Coquelet.

un préjudice<sup>22</sup>. La même interdiction existe au Brésil, où le dirigeant ne doit pas utiliser pour son propre profit des opportunités commerciales dont il a connaissance de par ses fonctions. En France, c'est la Cour de cassation qui a consacré l'interdiction de capter des opportunités d'affaires dans un arrêt de 2012<sup>23</sup>. En l'espèce, le dirigeant a vu sa responsabilité engagée pour manquement à son obligation de loyauté, parce qu'il avait réalisé pour son compte personnel l'acquisition d'un immeuble, alors que les associés entendaient acheter l'immeuble ensemble pour y exercer l'activité de la société. La Cour de cassation fait ainsi entrer dans le giron des opportunités d'affaires interdites au dirigeant des opérations qui n'ont pas vocation à être réalisées par la société elle-même, mais par ses associés personnellement – même s'il y a un lien avec l'activité sociale<sup>24</sup>.

**8.** Deuxièmement, l'obligation de bonne foi des dirigeants se traduit par un devoir d'abstention lors du vote au sein du conseil d'administration en présence d'un conflit d'intérêts. Ainsi par exemple, en droit brésilien, la loi prévoit que le dirigeant a le devoir de ne pas agir en conflit par rapport à l'intérêt de la société, ce qui sous-entend logiquement une abstention de voter. En droit espagnol, la loi sur le marché des valeurs impose aux administrateurs de sociétés cotées de s'abstenir de voter dans tous les cas où ils sont en conflit d'intérêts. Le droit français ne contient pas de règle générale imposant un devoir d'abstention en cas de conflit d'intérêts. En revanche, c'est un principe de droit souple, prévu par le code de gouvernement d'entreprise

à l'encontre des administrateurs de sociétés cotées<sup>25</sup>.

**9.** Troisièmement, l'obligation de loyauté des dirigeants a une incidence en matière de cession de parts sociales ou d'actions par les associés. Il s'agit ici d'une spécificité du droit français, dont l'origine, là encore, est prétorienne. À l'origine de cette solution jurisprudentielle se trouve le célèbre arrêt Vilgrain<sup>26</sup>, dans lequel le dirigeant s'était porté acquéreur des actions qu'un associé souhaitait vendre, sans informer l'associé qu'il menait dans le même temps des négociations avec un tiers, négociations qui lui permettraient de revendre les actions avec une substantielle plus-value. Le dirigeant a été condamné à verser des dommages et intérêts à l'associé pour avoir manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé. Avec cet arrêt, la Cour de cassation employait pour la première fois l'expression « devoir de loyauté » du dirigeant. La solution fait, depuis, l'objet d'une jurisprudence constante<sup>27</sup>. Elle présente une double originalité. Non seulement, ce sont les associés – et non la société – qui sont créanciers de l'obligation de loyauté. Mais en outre, il s'agit d'une dérogation aux règles normalement applicables en matière de réticence dolosive, dès lors qu'en droit français l'acheteur n'a pas l'obligation d'informer le vendeur sur la valeur de la chose vendue<sup>28</sup>. Le dirigeant doit au contraire, du fait de son obligation de loyauté, informer l'associé cédant de toute circonstance de nature à influencer sur son consentement<sup>29</sup>. Il semble même être tenu de cette obligation lorsqu'il n'est pas le cocontractant de l'associé ven-

22. V. M. Corradi, « Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté », *Bull. Joly Sociétés* 2011. 157, n° 54 – Adde G. Helleringer, « Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires », *D.* 2012. 1560.

23. Com. 18 déc. 2012, n° 11-24.305, *Bull. civ. IV*, n° 233 ; *D.* 2013. 288, note T. Favario ; *JCP E* 2013, 1084, note M. Roussille ; *Rev. sociétés* 2013. 362, note T. Massart ; *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 200, note B. Dondero ; *RTD com.* 2013. 90, obs. P. Le Cannu et B. Dondero.

24. En revanche, dans la mesure où le préjudice des associés était ici démontré, l'arrêt ne permet pas de savoir si la jurisprudence à venir consacrera une interdiction *per se* faite au dirigeant de capter des opportunités d'affaires, ou si la preuve d'un préjudice devra être établie.

25. V. Code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF (nov. 2015), recommandation n° 20, Déontologie de l'administrateur, p. 22.

26. Com. 27 févr. 1996, *JCP G* 1996. II. 22665, note J. Ghestin ; *D.* 1996, jurispr. 591, note Ph. Malaurie et somm. 342, obs. J.-C. Hallouin ; *Bull. Joly Sociétés* 1996. 485, note A. Couret ; *JCP E* 1996. II. 838, note D. Schmidt et N. Dion.

27. V. Com. 6 mai 2008, n° 07-13.198, *Bull. Joly Sociétés* 2008. 885, § 190, note Th. Massart ; *Rev. sociétés* 2009. 95, note L. Godon ; M. Roussille, « De la réticence dolosive du dirigeant en matière de cessions de droits sociaux – Quand déloyauté rime avec sévérité... », *JCP E* 2009. 1631 ; Com. 12 mai 2004, *Bull. civ. IV*, n° 94 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004. 1114, § 218, note D. Schmidt ; *Rev. sociétés* 2005. 140, note L. Godon ; *JCP G* 2004. I. 10513, note A. Constantin ; *JCP E* 2004. 1393, note F.-G. Trébulle ; *D.* 2004, somm. comm. 2923, obs. E. Lamazerolles.

28. Cass. 3<sup>e</sup> civ. 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Grands arrêts* n° 151 ; *Defrénois* 2007, art. 38562-28, p. 443, obs. E. Savaux ; *D.* 2007. 1051, note D. Mazeaud ; *D.* 2007. 1054, note P. Stoffel-Munck ; *D.* 2007. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2007. 335, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2007. 703, obs. Y.-M. Laithier ; *RDC* 2007. 798, obs. P. Collart-Dutilleul.

29. Com. 12 mars 2013, n° 12-11.970, *Dr. sociétés* 2013, comm. 78, note R. Mortier ; *Dr. et patrimoine* 2014. 102, note D. Poracchia ; *Rev. sociétés* 2013. 689, note T. Massart ; *RDC* 2013. 873, note Y.-M. Laithier.

deur<sup>30</sup>. Cette solution jurisprudentielle suscite le plus grand étonnement des experts des autres systèmes juridiques<sup>31</sup>.

En définitive, et au-delà de cette divergence ponctuelle, l'obligation de bonne foi des dirigeants apparaît comme très largement consensuelle, dans sa consécration théorique comme dans ses applications pratiques. Tel n'est pas le cas de l'obligation de bonne foi des associés.

## II. La controverse sur la bonne foi des associés

**10.** L'existence même d'une obligation de bonne foi des associés suscite des difficultés, qu'il convient de mettre en lumière avant de s'interroger sur ses éventuelles applications pratiques.

### A. Existence et fondement

**11.** Les différents systèmes juridiques appréhendent diversement l'existence et, le cas échéant, le fondement de l'obligation de bonne foi des associés. Ainsi, le droit vénézuélien ne reconnaît pas d'obligation de bonne foi à l'encontre des associés. À l'inverse, pour d'autres, l'obligation de bonne foi des associés est une évidence. Ainsi, en droit espagnol, les associés ont indiscutablement un devoir de fidélité et de loyauté. Le débat doctrinal ne porte que sur le fondement de ce devoir : manifestation des règles générales du droit des contrats ou règle spéciale du droit des sociétés. La doctrine espagnole traditionnelle y voit une règle spéciale, propre aux sociétés de personnes et liée au *ius fraternis* ou à l'*affectedio societatis*<sup>32</sup>. La doctrine contemporaine, dans sa majorité, préfère rattacher l'obligation de bonne foi au droit des contrats, au titre de l'exécution du contrat de

société. Ce rattachement justifie qu'une obligation de bonne foi s'impose aux associés quelle que soit la forme sociale, au-delà du cercle des sociétés de personnes. L'existence d'une obligation de bonne foi des associés ayant un fondement contractuel se retrouve en droit brésilien<sup>33</sup>.

Le droit brésilien impose également une exigence de bonne foi particulière à l'actionnaire de contrôle<sup>34</sup>. C'est dire que le pouvoir particulier de cet actionnaire fonde son obligation de bonne foi. On retrouve ici une logique fiduciaire : le pouvoir que l'actionnaire de contrôle exerce dans l'intérêt et pour le compte de la société fait naître une obligation particulière de loyauté. Le pouvoir pourrait-il être le fondement d'une obligation de bonne foi de tous les associés et pas seulement d'un actionnaire de contrôle<sup>35</sup> ? La réponse dépend de l'analyse que l'on fait des droits des associés. Si l'on y voit des droits-fonction, exercés au service et dans l'intérêt de la société, il est possible de raisonner selon une logique fiduciaire, impliquant une obligation particulière de loyauté. Si l'on y voit des droits « propres », alors la logique fiduciaire ne peut fonder l'obligation de bonne foi, faute de pouvoir exercé pour le compte et dans l'intérêt de la société. Or, en droit positif français, les droits d'associé sont perçus comme des droits propres<sup>36</sup> et non comme des droits-fonction. Cela constitue un obstacle à la reconnaissance d'une obligation de bonne foi des associés. L'examen des éventuelles applications pratiques de la bonne foi des associés permettra de s'en rendre compte.

### B. Applications pratiques

**12.** Deux questions se trouvent au cœur des discussions : les droits de l'associé et plus spécialement son droit de vote, ainsi que l'obligation de

30. V. Com. 12 mars 2013 préc. En l'espèce, un dirigeant avait acheté les actions d'un associé, puis deux dirigeants avaient vendu ensemble leurs actions – parmi lesquelles celles précédemment acquises à l'associé – avec une substantielle plus-value. Les juges du fond rejettent l'action en responsabilité intentée par l'associé contre les deux dirigeants. La Cour de cassation casse pour violation de l'article 1382 du Code civil, au motif que « manque que son devoir de loyauté le dirigeant social qui s'abstient d'informer l'associé cédant de circonstances de nature à influencer sur son consentement ».

31. Interrogés sur ce point particulier, les experts espagnol et vénézuélien estiment que leur droit positif n'admettrait pas l'existence d'un manquement à la bonne foi dans une telle situation.

32. Le *ius fraternis* et l'*affectedio societatis* créant une obligation particulière de loyauté entre les associés.

33. Selon l'expert brésilien, « il y a des règles éparées qui sont des manifestations ponctuelles de cette exigence de bonne foi et par ailleurs, la société est un contrat qui, comme tel, doit être exécuté de bonne foi ; on peut donc affirmer l'existence d'un devoir de loyauté des associés ».

34. Loi des sociétés par actions, art. 116 et 117.

35. Comp., à propos du pouvoir du dirigeant, K. Grévin-Lemercier, *op. cit.*, n° 140 s. – H. Le Nabasque, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999. 273.

36. V. par exemple M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 28<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2015, n° 369. L'expression de « droits propres » est également utilisée par la jurisprudence.

non-concurrence de l'associé à l'égard de la société<sup>37</sup>.

Premièrement, l'associé est-il tenu d'une obligation de bonne foi ou de loyauté dans l'exercice de son vote ? La réponse est positive en droit mexicain. L'associé a le devoir de ne pas voter s'il est dans une situation de conflit d'intérêts : c'est une application de son obligation de bonne foi. Le droit brésilien livre une réponse identique. L'associé est tenu d'un devoir de ne pas agir en conflit d'intérêts par rapport à la société et ce devoir d'abstention est une application de la bonne foi<sup>38</sup>.

Une telle règle n'existe pas en droit français. Le vote est perçu comme un droit personnel de l'associé et non comme un pouvoir exercé dans l'intérêt de la société. En outre, ce droit de vote est sacralisé par la jurisprudence. La Cour de cassation décide ainsi qu'un associé ne peut pas être privé de son droit de vote en l'absence d'une disposition légale<sup>39</sup> expresse<sup>40</sup> en ce sens. Aucune règle légale n'impose à l'associé de s'abstenir de voter lorsqu'il est dans une situation de conflit d'intérêts. Quant à la jurisprudence, elle considère qu'une situation de conflit d'intérêts n'est pas un motif pertinent pour imposer un devoir d'abstention<sup>41</sup>. Le droit de vote s'exerce librement, avec pour seule limite l'abus de droit<sup>42</sup>. Certains auteurs considèrent que les règles sur l'abus du droit de vote sont la manifestation

d'une obligation de loyauté des associés<sup>43</sup>. Mais d'autres ne partagent pas cette analyse. Ils remarquent que la sanction de l'abus intervient à la marge, dans la stigmatisation d'un excès, mais que le principe demeure le libre exercice du vote. Selon H. Le Nabasque, « la loyauté n'est pas compatible avec l'idée de seuil ou d'excès car elle n'est pas susceptible de degrés; elle est ou elle n'est pas »<sup>44</sup>. L'analyse est convaincante<sup>45</sup>.

**13.** La question de l'obligation de bonne foi peut également se poser dans l'exercice de droits d'associé autres que le droit de vote. Par exemple en Espagne, dans les sociétés professionnelles, les associés ont un droit de retrait et la loi prévoit expressément que ce droit doit être exercé conformément aux exigences de la bonne foi<sup>46</sup>. Au Brésil, il est admis que tous les droits d'associé doivent être exercés de bonne foi et que le devoir de loyauté limite l'exercice de toute position juridique de l'associé. Il en est ainsi, notamment des droits pécuniaires. En France, au contraire, le droit de l'associé de percevoir les dividendes votés par l'assemblée n'est pas limité par une obligation de bonne foi. L'associé est bien fondé à demander le paiement des dividendes, sans être tenu de prendre en compte l'intérêt de la société, par exemple des difficultés de trésorerie apparues après la décision de distribution. Le droit espagnol raisonne ici comme le

37. Il est également intéressant de noter qu'en droit brésilien, la mauvaise foi d'un associé autorise les autres associés à l'exclure immédiatement de la société (C. civ. de 1916, art. 1405 abrogé, autrefois applicable à la société civile). Selon notre collègue, cette solution, qui n'a pas été reprise expressément par le Code civil de 2002, pourrait néanmoins être appliquée par les tribunaux.

38. Ce devoir résulte de la loi des sociétés par actions, art. 115.

39. V. Com. 9 févr. 1999, n° 96-17.661, *Bull. Joly Sociétés* 1999, 566, n° 122, note J.-J. Daigre; *JCP E* 1999, 724, note Y. Guyon; *Rev. sociétés* 1999, 80, note P. Le Cannu; *Dr. sociétés* 1999, comm. n° 67, obs. T. Bonneau.

40. Com. 23 oct. 2007, n° 06-16.537, *Bull. Joly Sociétés* 2008, 101, n° 23, note D. Schmidt; *JCP G* 2007, II, 10197, note D. Bureau; *D.* 2008, p. 47, note Y. Paclot; *JCP N* 2007, 1324, note S. Reifegerste; *JCP E* 2007, 2433, note A. Viandier; *JCP E* 2008, 1280, n° 8, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker; *Dr. sociétés* 2007, comm. n° 219, obs. H. Hovasse.

41. V. à cet égard Com. 4 mai 2010, n° 09-13.205, *JCP G* 2010, 729, note D. Gallois-Cochet; *D.* 2010, chron. 2797, obs. E. Lamazolles; *JCP E* 2010, 46, obs. F. Deboissy et G. Wicker; *Dr. et patrimoine* mai 2011, 78, note D. Poracchia; *Rev. sociétés* 2010, 222, note A. Couret; *Bull. Joly Sociétés* 2010, 647, § 134, note B. Dondero. Cet arrêt décide que le gérant associé de SARL peut participer au vote de l'assemblée relatif à la fixation de la rémunération pour ses fonctions de gérant. Le pourvoi rejeté faisait valoir dans l'une des branches de son moyen unique que « le gérant doit s'abstenir de voter afin d'éviter tout conflit d'intérêt ».

42. L'abus de droit, qui est une règle jurisprudentielle, peut se manifester de deux manières : abus de majorité ou abus de minorité. Il y a abus de majorité si la décision est contraire à l'intérêt social et qu'elle a été prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité (Com. 18 avr. 1961, *Bull. civ. IV*, n° 175). Il y a abus de minorité si la décision est contraire à l'intérêt social, en ce qu'elle empêche la réalisation d'une opération essentielle pour la société, et qu'elle a été prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la minorité au détriment de ceux de la majorité (Com. 15 juill. 1992, n° 90-17.216, *Bull. civ. IV*, n° 279).

43. C'est également l'opinion de l'expert espagnol, à propos de l'abus de majorité en Espagne. Le décret royal législatif 1/2010 du 2 juillet 2010 a approuvé la refonte de la Loi sur les sociétés de capitaux et le texte nouveau consacre la possibilité de contester une décision sociale lorsque cette décision est contraire à l'intérêt social et adoptée par la majorité dans son intérêt propre au détriment injustifié des autres associés (Loi des sociétés de capitaux, art. 204.1). La loi espagnole consacre ainsi une définition de l'abus de majorité similaire à celle du droit français. Et notre collègue considère « qu'il est possible de déduire de cette disposition légale un devoir de loyauté des associés, sans que cela ne fasse aucun doute ».

44. V. H. Le Nabasque, Préf. à K. Grévaïn-Lemercier, *op. et loc. cit.* – *Adde* L. Nurit-Pontier, « La loyauté en droit des sociétés », *Actes pratiques* mars-avr. 2011, étude n° 3.

45. V. dans le même sens J.-S. Borghetti, intervention au Colloque sur *La bonne foi en droit de la responsabilité civile*.

46. Loi 2/2007, 15 mars 2007 sur les sociétés professionnelles, art. 13.1.

droit français : dès lors que la distribution a été approuvée légalement, l'associé devient créancier des dividendes et cette créance n'est pas révocable par les dirigeants. Ce dernier exemple met en évidence que l'obligation de bonne foi n'irrigue pas de manière systématique l'exercice des droits d'associé.

**14.** La seconde application pratique de l'obligation de bonne foi des associés est l'obligation de non-concurrence. Les associés sont-ils tenus, en cette seule qualité, de ne pas exercer d'activité concurrente de celle de la société ? Les différents systèmes juridiques étudiés offrent des réponses diamétralement opposées. Au Brésil ou au Mexique, il est évident que l'associé a une obligation de non-concurrence à l'égard de la société ; il s'agit d'une obligation expresse. En Espagne, l'associé d'une société de personnes a une obligation de non-concurrence, fondée sur l'*intuitus personae*. La situation est plus incertaine dans les sociétés de capitaux<sup>47</sup>.

En France, au contraire, il n'existe pas d'obligation générale de non-concurrence. La Cour de cassation décide, depuis 2011, que l'associé n'est pas tenu, en cette qualité, de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société<sup>48</sup>. Mais, dans chacun des arrêts rendus jusqu'à présent, la Cour de cassation vise une forme spéciale de société : société à responsabilité limitée ou société par actions simplifiée. De sorte qu'une incertitude pèse sur la situation des associés de sociétés de personnes<sup>49</sup>. Certains auteurs pensent que l'*intuitus personae* ou l'*affectio societatis* imposent à ces associés une obligation de non concurrence. D'autres considèrent au contraire que les notions d'*intuitus personae* ou d'*affectio societatis*, dépourvues de fondement légal, ne peuvent pas faire obstacle à la liberté d'entreprendre, qui est un principe de valeur constitutionnelle<sup>50</sup>. À cet égard, il semble que le droit vénézuélien reconnaisse le même principe que le droit français : l'associé y est libre

de participer à d'autres sociétés ayant une activité concurrente de celle de la société.

**15.** La question se pose également de la captation par l'associé d'opportunités d'affaires de la société. L'associé qui n'est pas tenu d'une obligation de non-concurrence peut, *a fortiori*, exploiter des opportunités d'affaires de la société. Ainsi, en droit vénézuélien, il n'y a pas d'interdiction de principe faite à l'associé d'exploiter des opportunités d'affaires dont il a connaissance en raison de sa qualité<sup>51</sup>. L'Espagne semble retenir le même principe de la liberté de l'associé. À l'inverse, certains systèmes juridiques interdisent à l'associé non seulement de faire concurrence à la société, mais aussi de capter des opportunités d'affaires. C'est le cas du droit brésilien, qui est à cet égard particulièrement exigeant. L'associé est tenu du devoir de ne pas utiliser des opportunités commerciales dont il a connaissance en raison de sa qualité d'associé, pour son propre profit ou pour celui des tiers, même s'il n'y a pas de préjudice pour la société. Le constat peut donc être fait d'une grande disparité entre les systèmes juridiques étudiés à propos de l'obligation de non-concurrence de l'associé et de son éventuel corollaire, la captation des opportunités d'affaires. Ces différences rejaillissent logiquement sur l'appréciation portée par la doctrine quant à l'existence ou non d'une obligation de bonne foi des associés et expliquent son caractère controversé.

**16.** L'étude de la bonne foi en droit des sociétés nous a conduits à concentrer notre analyse sur la bonne foi des dirigeants et celle des associés. En demeurant dans l'ordre interne, la question pourrait également se poser de l'obligation de bonne foi de la société, à l'égard de ses associés ou de ses dirigeants. Le droit français en livre une illustration à travers l'obligation de loyauté de la société à l'égard de ses dirigeants dans l'exercice du droit de révocation. De manière traditionnelle, la jurisprudence admet en effet que le

47. Notre collègue espagnol estime néanmoins que la bonne foi des associés pourrait fonder une obligation de non-concurrence.

48. Com. 15 nov. 2011, n° 10-15.049, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *Bull. Joly Sociétés* 2012. 112, n° 116, note H. Le Nabasque ; *Gaz. Pal.* 11 févr. 2012, p. 19, note B. Saintourens ; *RTD com.* 2012. 137, note A. Constantin ; *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 24, obs. M. Roussille ; *D.* 2012. 134, note T. Favario ; *Rev. sociétés* 2012. 292, note L. Godon ; *JCP E* 2011. 1893, note A. Couret et B. Dondero ; *LEDJ* janv. 2012, p. 2, n° 2, obs. D. Gallois-Cochet – Com. 19 mars 2013, n° 12-14.407, *Dr. sociétés* 2013, comm. n° 102, obs. M. Roussille ; *Rev. sociétés* 2013. 358, note S. Prevost – Com. 10 sept. 2013, n° 12-23.888, *Bull. Joly Sociétés* 2013. 724, § 110V4, note J.-F. Barbiéri ; *JCP E* 2013. 1580, note A. Couret et B. Dondero.

49. Il ne fait aucun doute en revanche que l'absence d'obligation de non-concurrence vaut, au-delà de la SAS, pour les différentes sociétés par actions.

50. V. not. A. Constantin, *op. et loc. cit.* Nous partageons l'opinion de notre collègue.

51. La seule limite étant l'exploitation d'une information privilégiée.

dirigeant révoqué peut obtenir des dommages et intérêts si les circonstances de sa révocation ont été abusives<sup>52</sup>. Celles-ci peuvent tenir soit au caractère brutal et vexatoire de la révocation (atteinte à l'honneur ou à la réputation), soit à l'absence de respect du principe contradictoire (impossibilité pour le dirigeant de faire valoir ses observations avant que la décision de révocation ne soit prise)<sup>53</sup>. Dans un arrêt de 2013, la Cour de cassation a rattaché le respect du principe contradictoire à une obligation de loyauté pesant sur la société<sup>54</sup>. Aujourd'hui, la portée de cette

jurisprudence est incertaine. D'une part, la Cour de cassation semble vouloir renoncer à une approche excessivement formaliste du respect du principe contradictoire au profit d'une approche peu exigeante<sup>55</sup>. D'autre part, et surtout, la jurisprudence n'a donné aucune autre illustration d'obligation mise à la charge de la société sous couvert d'obligation de loyauté. En l'état du droit positif, c'est donc à l'égard des dirigeants et des associés que l'obligation de bonne foi déploie l'essentiel de ses effets.

52. Ces dommages et intérêts sont indépendants de ceux tenant au motif de la révocation.

53. Jurisprudence constante depuis Com. 26 avr. 1994, n° 92-15.884, *Pesnelle c/ Société Autoliv Klippan*, *Bull. civ. IV*, n° 158; *JurisData* n° 1994-001020; *Bull. Joly Sociétés* 1994. 831, § 221, note P. Le Cannu; *Rev. sociétés* 1994. 725, note D. Cohen; *RTD com.* 1994. 736, obs. B. Petit et Y. Reinhard; *JCP G* 1995. II. 22369, note D. Gibirila; *Defrénois* 1994, art. 35881, p. 1029, note J. Honorat.

54. Com. 14 mai 2013, n° 11-22.845, *Dr. sociétés* 2013, comm. 157, note M. Roussille; *D.* 2013, chron. p. 2729, obs. E. Lamazerolles; *D.* 2013. 2319, note B. Dondero; *Rev. sociétés* 2013. 566, note B. Saintourens. La Cour de cassation affirme dans un attendu de principe que « la révocation n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à sa réputation ou à son honneur ou si elle a été décidée brutalement, sans respecter l'obligation de loyauté dans l'exercice du droit de révocation ».

55. Com. 8 avr. 2014, n° 13-11.650, *Dr. sociétés* 2014, comm. 104, obs. M. Roussille; *Rev. sociétés* 2014. 725, note C. Tabourot-Hyest; *Bull. Joly Sociétés* 2014. 452, § 112D6, note P.-L. Périn – Com. 14 avr. 2015, n° 14-15.869, *Dr. sociétés* 2015, comm. 200, obs. D. Gallois-Cochet; *Rev. sociétés* 2015. 674, note B. Saintourens; *Bull. Joly Sociétés* 2015. 350, § 113S0, note P.-L. Périn.

# Petit sept du Grand A :

---

## la bonne foi en droit international privé

### Bonne foi et méthode conflictuelle

Édouard Treppoz

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

La rencontre entre la notion de bonne foi et le droit international privé n'est pas des plus aisées. La raison est simple et porte sur la nature méthodologique du droit international privé. Science de la méthode, le droit international privé n'a donc en apparence que peu de raison de se confronter à des notions substantielles. L'intervention de la bonne foi interviendrait en second lieu, une fois la loi désignée par la règle de conflit. Le mécanisme conflictuel serait donc *a priori* peu enclin à intégrer la notion de bonne foi. Tant la rigidité du mécanisme conflictuel que sa nature indirecte limiteraient la réalité d'une telle rencontre.

Cette étanchéité repose néanmoins sur une présentation quelque peu caricaturale du droit international privé réduit à la seule science des conflits de lois et plus précisément encore à la méthode savignienne. Chacun sait pourtant que si la règle de conflit reste la méthode de principe, elle subit une concurrence importante, notamment par le biais des règles matérielles. Le droit international ne se borne plus à désigner la loi étatique applicable. Souvent, et particulièrement pour les rapports commerciaux internationaux, il édicte une norme propre directement applicable à ces relations internationales de droit privé. L'approche est matérielle et permet ainsi de loger des notions substantielles au sein de ces règles matérielles de droit international privé. La question est passionnante et consiste à savoir quand

la bonne foi est consacrée par ces règles, notamment en droit des contrats, et en quoi l'objet international de ces règles induit éventuellement un traitement distinct de la notion de droit interne. Cette question ne sera néanmoins pas traitée dans le cadre réduit de cet article limité à la méthode conflictuelle.

Outre l'approche matérielle, il est néanmoins possible de conceptualiser d'autres entrées de la bonne foi en droit international privé. La première suppose de revenir sur une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation où cette dernière utilise la bonne foi d'un cocontractant pour valider directement un contrat, en lieu et place de l'invalidité postulée par la loi nationale de l'autre cocontractant. Le mécanisme est remarquable en ce que la Cour invoque la bonne foi pour assurer le cocontractant Français de l'application de la loi française, normalement inapplicable. Il faudra comprendre les tenants et les aboutissants de cet arrêt *Lizardi* et en évaluer la postérité plus de cent cinquante ans après. Au-delà de cette prise en compte directe et expresse de la bonne foi, il sera intéressant d'apprécier la place de cette notion au travers de son antonyme, la mauvaise foi. La question n'est plus celle d'une intégration directe de la bonne foi dans le mécanisme conflictuel. Elle devient celle d'une manipulation de ce mécanisme conflictuel, manipulation qui dévoilerait la mauvaise foi du sujet de droit. En matière de conflit de juridictions, l'hypothèse fait penser au

*forum shopping malus*<sup>1</sup>. En matière de conflits de lois, la question est plus difficile, car le choix se fait plus rare. La manipulation demeure néanmoins possible, avec le risque d'un exercice de mauvaise foi des règles de conflit de lois. En étenant ainsi notre objet d'étude, les points d'entrée de la bonne foi deviennent plus nombreux même si plus incertains.

## I. La mauvaise foi : instrument possible d'affinement de la règle

Étudier la place de la bonne foi par son antonyme, la mauvaise foi, peut apparaître audacieux. L'objectif est néanmoins de percevoir si le droit international privé sanctionne un exercice de mauvaise foi des règles de conflit. L'étude est particulièrement riche dans le cadre du conflit de juridictions, elle est plus incertaine en matière de conflit de lois. Dans un cas, un choix est offert par le droit. Dans l'autre, il est, le plus souvent, créé par le sujet de droit.

### A. L'exercice de mauvaise foi de la règle de conflit de juridictions

En matière de conflit de juridictions, le demandeur décide du for compétent. Ce choix résulte de la diversité des critères de rattachement, allié à la nature unilatérale de la règle de conflit. Ainsi, pour un contentieux contractuel entre deux sociétés française et américaine et à supposer que le défendeur soit américain, le demandeur aura le choix entre les tribunaux français compétents sur le fondement de l'article 14 du Code civil et les tribunaux américains compétents en raison domicile du défendeur. À supposer que le for de livraison soit le Portugal, il aurait été aussi possible de saisir les tribunaux portugais sur le fondement du for contractuel conformément au droit portugais. Chaque système se reconnaît compétent en raison d'un critère de rattachement différent (nationalité, domicile et livraison des marchandises), conduisant ainsi à un conflit positif que tranchera le choix du demandeur. En tant que tel, le *forum shopping* n'est pas problématique, le choix par le demandeur étant libre. Il lui appartient de choisir entre ces trois fors celui qui lui conviendra le mieux pour des raisons substantielles, temporelles, pro-

cédurales ou encore sociologiques. Il se peut pourtant que ce choix résulte d'une manipulation des critères de rattachement témoignant de la mauvaise foi du demandeur.

En droit continental, la lutte contre l'exercice de mauvaise foi des règles de compétence ne pouvant s'exercer en aval lors de la saisine du juge, elle s'exercera en amont au stade de la formulation de la règle. Le droit réprime les hypothèses d'exercice de mauvaise foi des règles de compétence en resserrant d'autant les conditions d'application de ces règles. En ce sens, et comme le montrent les espèces suivantes, le risque d'exercice de mauvaise foi entraîne un affinement réciproque de la règle. La règle se perfectionne pour prévenir ces risques. On pense ainsi à un important arrêt *Garret* rendu par la Cour de cassation<sup>2</sup>. L'affaire portait sur un différend contractuel entre une société suisse et une société américaine à propos de l'habillage d'un avion présidentiel. Alors que l'instance était pendante aux États-Unis, la société suisse cède sa créance à une société française qui s'empresse de saisir les tribunaux français sur le fondement de l'article 14 du Code civil. Pour la Cour d'appel, « la cession de créance du 27 juillet 1984 n'avait d'autre but que de permettre à la société Aéro Service d'invoquer le privilège de juridiction reconnu aux Français par l'article 14 du Code civil et de créer ainsi un élément de rattachement artificiel destiné à soustraire le litige relatif au recouvrement de la créance à ses juges naturels, en l'espèce la juridiction américaine, initialement saisie ». Le contrôle s'exerce *a posteriori* et dépend de la manipulation par le plaidant des règles de juridiction française. L'analyse de la Cour de cassation est autre. Conformément à l'approche unilatérale gouvernant la matière, elle commence par noter qu'il n'appartient pas au juge français de se prononcer sur la compétence étrangère et donc de considérer que le juge américain serait mieux approprié que le juge français. Pour autant, la Cour parvient au même résultat en considérant « que le cessionnaire français d'une créance n'est pas en droit de se prévaloir des dispositions de l'article 14 du Code civil lorsque cette créance fait l'objet d'un litige devant un tribunal étranger saisi par le cédant ou dont le cédant a accepté la compétence ». La

1. P. Vareilles-Sommières, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TFCDIP* 1998-2000, p. 49.

2. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 nov. 1987, n° 87-05.004, *Rev. crit. DIP* 1987. 364, note G.A.L. Droz; *JDI* 1988. 793, note E. Loquin; *JCP* 1989. II. 21201, note P. Blondel et L. Cadiet.

Cour ne sanctionne pas en aval le comportement du plaideur. Elle l'exclut en amont, la cession ne pouvant produire l'effet escompté. Le risque de détournement de mauvaise foi aboutit à un resserrement des conditions d'application du texte afin d'exclure précisément ce risque. L'approche est la même pour les achats-pièges en matière de contrefaçon. Le demandeur, pour attirer le contentieux de contrefaçon devant les juridictions qui lui paraissent les plus appropriées, fait acheter un objet contrefaisant en ce lieu. La manœuvre est néanmoins limitée par le fait que la compétence est créée à la hauteur de l'achat effectué<sup>3</sup>. La manipulation est possible, mais ne prospérera pas au-delà de l'achat. On pourrait enfin penser en droit de la famille à l'ancienne pratique du voyage de la répudiation. L'hypothèse est celle d'un couple algérien domicilié en France. L'épouse saisit les tribunaux français sur le fondement du domicile commun du couple. Le mari, peu de temps après, se rend en Algérie pour répudier sa femme. La décision ayant été acquise à l'étranger, l'ordre public s'applique de manière atténuée, justifiant la reconnaissance de cette décision de répudiation. On mesure pourtant là encore que l'obtention de la répudiation en Algérie n'avait d'autre but que de bloquer la procédure de divorce en France. Le jeu atténué de l'ordre public dépendait simplement du voyage express à l'étranger créant artificiellement un éloignement temporel et spatial, justifiant de parler de « fraude à l'intensité de l'ordre public »<sup>4</sup>. La réponse du droit face à la mauvaise foi du plaideur créant artificiellement une situation à reconnaître fut de moduler l'intensité de l'exception d'ordre public au-delà des simples critères temporel et spatial. Le droit évolue ainsi d'un ordre public atténué à un ordre public de proximité fonction de l'intégration de la situation au sein de l'ordre juridique. En l'espèce, le domicile commun en France des parties exclut toute application atténuée de l'ordre public, le domicile commun contrebalançant l'éloignement produit par le voyage à la répudiation<sup>5</sup>. Là encore, le droit international privé affine ses mécanismes afin de prévenir tout risque d'exercice de la règle de mauvaise foi. Le spectre de la mauvaise foi aboutit à un affinement corrélatif de la règle de conflit de juridictions.

## **B. L'exercice de mauvaise foi de la règle de conflit de lois**

En matière de conflit de lois, la part de volonté du sujet de droit est moindre. Mécanisme rigide fondée sur la localisation objective des situations de droit, la règle de conflit laisse en apparence peu de place à la volonté et, par voie de conséquence, à un exercice de mauvaise foi de ces règles. Exacte, cette présentation doit néanmoins être corrigée sur deux points.

Le premier porte sur le développement exponentiel de l'autonomie de la volonté, notamment en droit européen, et ce au-delà du droit des contrats. Ce développement de l'autonomie de la volonté ne fut pas sans garde-fou. Il fallait là encore conditionner cette autonomie pour éviter un exercice abusif. Les lois de police en sont un premier exemple. L'application des lois plus protectrices du consommateur ou du travailleur en est un deuxième exemple. Dans ce dernier cas, l'objectif est de prévenir les hypothèses d'exercice par l'employeur de mauvaise foi de cette liberté offerte, exercice de mauvaise foi dont le but serait de priver l'employé de toute protection. Le droit prévient ce risque en limitant d'autant la liberté offerte. Comme précédemment, le spectre de la mauvaise foi du sujet exerçant un choix offert par le droit suppose un affinement corrélatif de la règle de conflit. La liberté est conditionnée afin précisément de prévenir un tel risque.

Il se peut, et c'est le second point, que la règle de conflit de lois bien qu'objective laisse néanmoins une part réelle à la volonté du sujet. La volonté s'exerce alors dans les interstices disponibles du mécanisme conflictuel. On pense ainsi au rattachement par la localisation de la chose. Il est en effet aisé en déplaçant opportunément la chose de choisir indirectement la loi applicable. On peut comprendre qu'il soit dans certains cas intéressant pour le possesseur de faire apparaître la chose dont il revendique la propriété dans un pays où la possession lui permet d'obtenir la propriété de ladite chose. La question est particulièrement sensible pour les biens culturels dont la loi d'origine imposerait une restitution et dont la loi actuelle de localisation justifierait au contraire l'acquisition par le possesseur de bonne foi.

3. Cass., Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 2009, n° 08-14.119, *Rev. crit. DIP* 2009. 580 et la note.

4. I. Fadlallah, *Rev. Crit. DIP*, 1984. 336.

5. Cass., Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, *Rev. Crit. DIP*, 2004. 424, note P. Hammje; *JCP* 2004. II. 10128, note H. Fulchiron; *Grands arrêts DIP*, n° 63-64.

Outre la manipulation du rattachement, la volonté peut aussi s'immiscer au stade de la qualification. La qualification peut alors indirectement dépendre de la volonté des parties. On se souvient des fameuses fresques de Casenove, originellement immeubles devenant meubles par leur détachement<sup>6</sup>. La qualification de meuble les rendait ainsi mobiles, permettant de choisir la loi applicable par une localisation opportune desdites fresques. On pense aussi à l'affaire Caron mettant en scène ce père de famille voulant déshériter sa fille de ses biens immeubles localisés en France<sup>7</sup>. Théoriquement, la loi applicable était la loi française en raison de la localisation desdits biens et excluait toute manipulation par le sujet de droit. En pratique, le père décida d'affecter ses biens immeubles à une société civile. Par cette intégration, il transformait ses biens immeubles en part de société, devenant donc des biens meubles. La loi applicable n'était plus la loi du lieu de situation desdits immeubles, mais la loi du dernier domicile du défunt. La volonté retrouvait sa toute-puissance et le sujet de droit pouvait alors établir son domicile dans un pays ne connaissant pas de réserve héréditaire. *A priori* rigide et objective, la mécanique conflictuelle peut néanmoins être asservie par la volonté du sujet, mettant en exergue le risque d'un exercice de mauvaise foi de ces règles.

Trois attitudes sont possibles face à ce risque. La première suppose d'affiner la règle pour prévenir les hypothèses de mauvaise foi. La deuxième repose sur l'invocation de l'exception de fraude. La troisième attitude laissera au contraire prospérer la fraude.

La première attitude est présente en matière de loi applicable aux biens culturels et vise à prévenir une localisation de la chose dont le but serait de contourner l'application de la loi moins favorable au possesseur de mauvaise foi. Un premier affinement proposé consisterait à soumettre le jeu de la possession à la loi d'origine et non à la loi de situation actuelle du bien. Un second affinement plus radical consisterait à ne plus soumettre ces questions à la méthode conflictuelle en raison précisément de la fragilité du critère de rattachement. Il faudrait alors appré-

hender la difficulté à l'aune d'une réglementation matérielle internationale, à l'instar de la Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés de 1995. Dans tous les cas, l'affinement répond aux risques de manipulations de la règle de conflit, manipulation où pourrait se loger la mauvaise foi du sujet.

La deuxième attitude repose sur l'invocation de l'exception de fraude. On rappellera que ce mécanisme suppose un élément matériel, un élément légal et un élément intentionnel. Partant de l'hypothèse Caron<sup>8</sup> de notre père de famille délaissant sa fille, l'élément matériel sera l'affectation des immeubles à une société civile. L'élément légal sera l'éviction de la loi française de localisation des immeubles et par là même de la réserve héréditaire. L'élément intentionnel sera l'intention frauduleuse du sujet. Par cette manipulation, le sujet asservit le droit à ses desseins. Il cherche à obtenir indirectement ce qu'il ne peut obtenir directement. Il est alors tentant de loger dans cette intention frauduleuse la mauvaise foi du sujet. La fraude serait une réaction du droit sanctionnant la mauvaise foi du sujet asservissant le droit à ses desseins. La sanction du droit consiste alors à désactiver la manipulation. L'élément légal ne produira pas l'effet recherché, justifiant dès lors l'application de la loi que le sujet souhaitait précisément voir évincer. Le droit se protège de tout détournement, de toute manipulation par l'invocation de l'exception de fraude. Cette exception exclut que la mauvaise foi du plaideur ne prospère. La règle n'est pas en tant que telle affinée. Elle est néanmoins protégée contre les détournements de mauvaise foi dont elle pourrait être l'objet.

Il faut alors s'inquiéter lorsque précisément la fraude n'est pas sanctionnée alors même que la mauvaise foi est patente. L'affaire *Centros* jugée par la Cour de justice est particulièrement éclairante<sup>9</sup>. Les époux Bryde, de nationalité danoise, domiciliés au Danemark, ont créé une société au Royaume-Uni afin ensuite de créer une succursale au Danemark où s'effectuera l'ensemble de l'activité de ladite société. Dans une logique classique, la fraude était présente. L'élément matériel reposait sur la création d'une société au

6. Cass., ass. plén., 15 avr. 1988, D. 1988. 325, concl. J. Cabanes, note J. Maury, JCP 1988. II. 21066, rapport Grégoire, note Barbiéri.

7. Cass., Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, Rev. crit. DIP 1986. 66, note Y. Lequette; JCP 1986. II. 20630, note F. Boulanger; JDI 1987. 80, 1<sup>re</sup> esp., note M.-L. Niboyet-Hoegy.

8. Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985 préc.

9. CJCE, 9 mars 1999, C-212/97.

Royaume-Uni. L'élément légal repose sur l'invocation de la liberté d'établissement, permettant de s'établir au Danemark sans avoir à respecter le droit danois des sociétés. L'élément intentionnel repose sur l'asservissement de la liberté de circulation aux dessins locaux des époux Bryde. Autrement dit, les époux avaient artificiellement créé une coquille vide au Royaume-Uni pour se prévaloir de la liberté européenne d'établissement afin d'évincer la loi locale danoise normalement applicable. Selon les autorités danoises, la fraude devait être sanctionnée par son inefficacité<sup>10</sup>. La réponse de la Cour est autre, considérant en l'espèce que le mécanisme n'était nullement abusif. Selon la Cour, « le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité. » Appréhendé à partir du droit local évincé, le mécanisme est frauduleux, témoignant de la mauvaise foi des parties. Appréhendé à partir du droit européen, le mécanisme n'est plus frauduleux en ce qu'il tend au contraire aux objectifs du traité, soit la libre circulation. La mauvaise foi serait relative : patente en droit interne, absente en droit européen. L'arrêt *Centros* marque alors la primauté du point de vue européen sur le droit interne sur cette question de la mauvaise foi. La règle locale, bien qu'exercée de mauvaise foi, n'est ni affinée ni sanctionnée, en raison d'un impératif supérieur provenant du droit européen.

Après la place jouée par la mauvaise foi en droit international privé, il faut s'intéresser à la bonne foi. Alors que la mauvaise foi jouerait un rôle indirect, la bonne foi pourra jouer un rôle direct d'élaboration de la règle.

## II. La bonne foi : instrument d'élaboration de la règle

La bonne foi peut jouer un rôle direct dans l'application de la règle de conflit, à l'instar de l'arrêt *Lizardi* invoquant explicitement cette notion. Il faudra tenter d'explicitier ce recours à la bonne foi dans cet arrêt, pour en mesurer ensuite la destinée en droit positif.

### A. L'explicitation de l'arrêt *Lizardi*

Rendu en 1861, l'arrêt *Lizardi* pose la question de la valeur d'un engagement souscrit en France par un étranger incapable selon sa loi personnelle, mais capable selon la loi française<sup>11</sup>. En l'espèce, *Lizardi*, Mexicain majeur selon la loi française, mais mineur selon la loi mexicaine, achète à des joailliers Français des bijoux payés contre des billets et des lettres de change. Une fois majeur selon la loi de son pays, *Lizardi* saisit les tribunaux français pour annuler lesdits achats en raison de sa minorité à l'époque de la conclusion desdits contrats. Les défendeurs se fondèrent alors légitimement sur la loi française pour contester la nullité, *Lizardi* étant majeur selon la loi française. La première question portait sur la détermination de la loi applicable à une question de capacité se posant à l'occasion d'un contrat. Il était acquis en 1860 depuis l'arrêt *Busquetta*<sup>12</sup> de 1814 que le statut personnel des étrangers était soumis à leur loi nationale. En l'espèce, la question aurait pu rebondir sous l'angle de la qualification. L'existence d'un conflit de catégories entre la catégorie contractuelle et la catégorie personnelle était en effet patente. Certains systèmes, notamment celui anglo-saxon, classent cette question au sein de la catégorie contractuelle. Telle ne fut pas la position du droit français reconnaissant dans cette décision que cette question ressortissait par principe à la loi personnelle, soit en l'espèce à la loi mexicaine. Pour autant, et c'est là que réside l'intérêt de l'arrêt, la Cour reconnaitra « qu'il convient d'apporter à l'application du statut étranger des restrictions et des tempéraments sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français ». La

10. « Selon les autorités danoises, les époux Bryde ne pourraient toutefois se prévaloir de ces dispositions, dès lors que le montage de sociétés qu'ils envisagent aurait pour seul but de contourner l'application du droit national régissant la constitution de sociétés à responsabilité limitée et constituerait de ce fait un usage abusif du droit d'établissement. Le royaume de Danemark serait par conséquent en droit de prendre des mesures pour s'opposer à un tel abus, en refusant l'immatriculation de la succursale » (n° 23).

11. Req. 16 janv. 1861, *DP*. 1861. 1. 193, S. 1861. 1. 305, *Grands arrêts DIP*, n° 3.

12. CA de Paris, 13 juin 1814, *Grands arrêts DIP*, n° 1.

Cour de cassation continue en notant que si la capacité civile peut être facilement vérifiée quand il s'agit de transactions entre Français, il en est nécessairement autrement entre Français et étranger. Les Français, ajoute la Cour, « ne peuvent être tenus de connaître la nationalité de leurs contractants et les lois nationales de ces contractants ». La Cour conclut ainsi « qu'il suffit alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ». La bonne foi est ici expressément visée et justifie la validité du contrat, au lieu et place de la nullité édictée par la loi étrangère pourtant applicable à la capacité du contractant. En l'espèce, la Cour justifie la bonne foi du cocontractant français en notant que les achats étaient proportionnés à sa fortune, qu'ils ont été effectués sans opposition de la famille, par ailleurs présente et enfin que lesdits objets ont profités au demandeur. Rien ne pouvait dès lors laisser croire que Lizardi était incapable. La preuve de l'établissement de la bonne foi du vendeur permet alors de justifier la validité du contrat et ce malgré la nullité déduite de la loi normalement applicable.

Une telle décision a suscité un flot de commentaires et ne cesse aujourd'hui encore d'être halée d'une part de mystère. Certains y virent le jeu en droit international privé de la théorie de l'apparence<sup>13</sup>. Le cocontractant local pourrait se prévaloir de l'apparence de capacité créée par l'application de la loi française, en tant que loi du lieu de conclusion et ce malgré une réalité objective autre qui serait l'incapacité selon la loi personnelle. La bonne foi permettrait de justifier le rôle protecteur de l'apparence au profit du cocontractant local. D'autres préfèrent y voir une loi de police<sup>14</sup>. La difficulté proviendrait de l'application correctrice de la règle créée, cette dernière dérogeant à titre exceptionnel à la règle de conflit. Si cette approche est à n'en pas douter celle du règlement Rome I, l'analyse de l'arrêt *Lizardi* nous semble pouvoir être distincte. La Cour ne vient pas en effet corriger le jeu de la règle de conflit qui aurait surpris les attentes du cocontractant. La règle créée semble primer la

règle conflictuelle. Du moment que le cocontractant est étranger et que l'autre cocontractant local a traité « sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi », la validité du contrat est acquise. La règle nous paraît s'appliquer directement, sans véritablement prendre en compte le résultat produit par la règle de conflit. La question se déplace et consiste à préciser le pourquoi de cette règle matérielle. S'agit-il de protéger le cocontractant français ? le cocontractant de l'étranger ou plus largement encore le commerce local ? Il faut reconnaître, et Demolombe le notait déjà<sup>15</sup>, que l'objectif de cette règle est d'assurer la sécurité des transactions et la confiance légitime. La règle se rapproche dès lors d'une règle interne, l'article 2276 du Code civil. Comme il a été noté<sup>16</sup>, si cet article vise à protéger le commerce mobilier, sous condition de la bonne foi du possesseur, l'arrêt *Lizardi* vise, pour sa part, à protéger le commerce avec les étrangers en France sous condition de la bonne foi du cocontractant local. Il serait alors possible de considérer, comme cela a été soutenu<sup>17</sup>, que la règle s'apparente à une loi de police, dont l'objectif est d'assurer la sécurité du commerce en France. Sans doute, cette règle témoigne aussi de l'imperfection de la règle de conflit, justifiant d'élaborer une règle particulière directement fondée sur la bonne foi. Ce jeu de la bonne foi s'inscrirait alors dans une « continuité historique »<sup>18</sup> longue. La bonne foi imposerait l'application de la loi désignée par la règle de conflit, justifiant de lui faire jouer un rôle direct lorsque le jeu de la règle de conflit viendrait surprendre la bonne foi du sujet de droit.

### B. Les destinées de l'arrêt *Lizardi*

De manière remarquable, cette règle spécifique déduite de l'arrêt *Lizardi* va perdurer timidement en droit positif, pour se renouveler dans la convention de Rome devenue règlement Rome I.

En droit français d'abord, on notera que cette jurisprudence s'est prolongée sous des physionomies proches. Si la figure du bijoutier perdurait, celle du mineur était néanmoins remplacée par celle de la femme incapable selon sa loi étrangère<sup>19</sup>.

13. Particulièrement, M.-N. Jobard-Bachelier, *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, 1984, p. 114 s.

14. Ph. Francescakis, *Rép. dr. int. Dalloz*, 1<sup>re</sup> éd., V<sup>o</sup> « Capacité », n<sup>o</sup> 17. Présentant ce débat d'ordre méthodologique, B. Ancel et Y. Lequette, sous Lizardi, *Grands arrêts DIP*, p. 45.

15. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, vol. 1, n<sup>o</sup> 102, cité par B. Ancel et Y. Lequette, sous Lizardi, *Grands arrêts DIP*, p. 42.

16. B. Ancel et Y. Lequette, sous Lizardi, *Grands arrêts DIP*, p. 45.

17. *Ibidem*.

18. B. Ancel, « Le principe de bonne foi et les conflits de lois », in *Hommages Julio G. Gonzales Campos*, 2005, t. II, p. 1219 s.

19. Voir les décisions citées par B. Ancel et Y. Lequette, sous Lizardi, *Grands arrêts DIP*, p. 45.

Là encore, la bonne foi du cocontractant lui permettait d'obtenir la validité du contrat, indépendamment de la nullité selon la loi de la femme. Pour autant, cette jurisprudence n'est pas sortie de son lit. On aurait pu notamment imaginer l'appliquer aux actes conclus par des sociétés étrangères et dont la capacité s'apprécie par rapport à la *lex societatis*. Il aurait été alors possible de plaider là aussi que la bonne foi du cocontractant imposait la validité du contrat et ce indépendamment de la *lex societatis*. Ce n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation qui impose l'application de la loi espagnole pour apprécier les pouvoirs d'un dirigeant d'une société espagnole<sup>20</sup>. Sans doute, faut-il reconnaître que la pratique de ces contrats n'est pas la même que celle consistant à acheter un bijou place Vendôme. L'intervention d'une personne morale, qui plus est étrangère, impose de la part du cocontractant de vérifier les pouvoirs du dirigeant et donc la loi applicable. Autrement dit, il serait difficile de considérer que celui qui n'a pas effectué ces vérifications a néanmoins agi sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi. La jurisprudence *Lizardi* n'est pas appliquée, parce que ses conditions d'application ne peuvent en l'espèce être satisfaites, la bonne foi particulièrement étant absente.

Au-delà du droit français, l'arrêt *Lizardi* connaît une postérité remarquable, même si sous une forme renouvelée. On pense ainsi à l'article 13 du règlement Rome I. Selon cet article « Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part ». La règle est inspirée de l'arrêt *Lizardi* comme cela a été reconnu par un commentateur autorisé<sup>21</sup>. Il s'agit en l'espèce de subordonner l'invoquant de l'incapacité selon une loi distincte de la loi locale à la connaissance de cette incapacité par le cocontractant ou tout du moins l'imprudence de ce dernier. Le mécanisme est légèrement modifié. L'arrêt *Lizardi* justifiait directement la capacité au contrat si le cocontractant avait agi sans légèreté, sans imprudence et de bonne foi.

La règle prime la règle de conflit, à l'instar d'une règle matérielle ou d'une loi de police. Ici, le mécanisme est quelque peu différent. La règle de conflit s'applique. Seulement son effet est paralysé, si elle prône l'incapacité et que le cocontractant a ignoré cette incapacité sans imprudence de sa part. Une autre différence dépend de la nature unilatérale de l'arrêt *Lizardi*, tandis que l'article 13 du règlement bilatéralise cette exception. L'explication est double. D'une part, l'objectif de protection du commerce local est commun aux différents systèmes. D'autre part, le règlement européen corrige avec cette règle les imperfections des règles de conflit de source nationale en matière de capacité. Enfin, la dernière différence provient de l'invoquant de la bonne foi non expressément visée dans le règlement. On comprend qu'il soit préférable pour un texte d'harmonisation de ne pas utiliser un tel concept. Faut-il alors considérer qu'elle est implicitement visée ? Il faudrait alors déduire la bonne foi de l'ignorance de l'incapacité par le cocontractant et de sa prudence. On mesure ainsi que la bonne foi du cocontractant reste implicitement la condition de l'application de cette règle matérielle imposant la validité du contrat contre la loi normalement applicable. Il est enfin intéressant de noter que la règle est limitée au contrat avec une personne physique et ne s'applique pas à la question des pouvoirs d'un dirigeant. Là encore, la filiation avec le droit français est manifeste et sans doute avec la notion de bonne foi. Explicitement évoqué en 1861 dans l'arrêt *Lizardi*, la bonne foi reste la ou une des conditions de la non-application de la loi nationale du cocontractant, lorsque cette dernière impose la nullité du contrat. L'objectif semble perdurer : protéger le commerce local.

Il faut alors conclure que la bonne foi joue certainement un rôle en droit international privé au travers de son antonyme qu'est la mauvaise foi. Le traitement de la mauvaise foi permet un affinement réciproque de la règle de droit international privé. Elle joue aussi un rôle positif cette fois dans une hypothèse très particulière visant à protéger le commerce local lorsque les contrats sont conclus avec des étrangers. La parenté avec l'article 2276 du Code civil est patente, justifiant une remarquable postérité à cette solution et à ce rôle élaborateur de la bonne foi en droit international privé.

20. Cass., Com, 21 décembre 1987, *Rev. Crit. DIP*, 1989, 349, note M.-N. Jobard-Bachelier.

21. P. Lagarde, « Le droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991, 287.

# Petit huit du Grand A :

## la bonne foi en droit de l'arbitrage

### La bonne foi dans l'arbitrage<sup>1</sup>

Maximin de Fontmichel

Vice-Doyen de la faculté de droit de Versailles – Saint-Quentin  
Maître de conférences

L'arbitrage est-elle encore une justice de *gentlemen* ? Est-elle encore cette forme de justice entre personnes qui ne souhaitent pas faire de tort à autrui, qui évitent ce qui pourrait choquer et perturber l'esprit des autres<sup>2</sup> ? En somme est-elle encore une justice entre gens de bonne foi ? La question se pose avec une acuité particulière à l'heure où l'on dénonce la multiplication des dérives et des manœuvres déloyales en droit de l'arbitrage<sup>3</sup>.

Si la bonne foi a connu un essor considérable en droit commun à partir de la deuxième moitié du <sup>xx</sup>e siècle, l'arbitrage repose quant à lui depuis des siècles voire des millénaires sur le principe de bonne foi. En effet, parce qu'il repose à la fois sur la volonté des parties et sur la confiance des parties envers le tribunal arbitral<sup>4</sup>, l'arbitrage n'échappe pas au principe de bonne foi. Bien au contraire, comme le relève le Professeur Pierre Mayer, il s'agit du « principe des principes » en droit de l'arbitrage<sup>5</sup>. De la bonne foi des acteurs

de l'arbitrage dépend la survie même de la justice arbitrale.

En droit de l'arbitrage, comme en droit processuel de manière plus générale, on parle davantage de « loyauté »<sup>6</sup>, laissant volontiers le concept de bonne foi aux civilistes. La loyauté répond aux exigences de sincérité, de probité et d'honneur. Elle consiste à ne pas dissimuler ou à ne pas causer de tort à autrui. En somme, ce serait être de bonne foi. Ainsi, les standards de bonne foi et de loyauté, de par leur généralité et leur malléabilité, se confondent. Tous deux doivent être rapprochés d'une troisième notion qui a actuellement le vent en poupe : l'« éthique ». Être de bonne foi serait se conduire de manière éthique dans la procédure<sup>7</sup>. Mais on a beau démultiplier les concepts on est inlassablement confronté à des notions molles et imprécises. Dès lors qu'implique le principe de bonne foi dans l'arbitrage ? Comment lui donner un peu de contenance ?

1. Le présent article est tiré d'une intervention au Congrès de l'Association Andros Bello, à Sao Paulo, en novembre 2015. Le style oral a été conservé.  
2. V. la définition du « gentleman » donné par J. H. Newman, *The idea of a University*, Yale University Press, 1996, p. 145-146.  
3. Ces dérives étaient dénoncées dès 1989 par Ph. Fouchard : « Où va l'arbitrage international ? », *McGill L. J.*, 1989, vol. 34, n° 3, p. 435 spéc. n° 30 ; V. également B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Puf, 1998, spéc. p. 11.  
4. V. Ch. Jarrosson, « La loyauté des parties, condition du contrôle ? », in *L'arbitrage interne, le contrôle de la sentence*, Bull. CCI, hors-série 2003/3 ; J. Ortscheidt, « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage », *Just. & Cass*, Dalloz 2014, p. 85.  
5. P. Mayer, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international, Études de droit international », in *Mél. Pierre Lalive*, Hebing et Lischtenhalm, 1993, p. 553.  
6. V. Y. Derains, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 91 ; J. Ortscheidt, « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage », préc. ; V. plus généralement, M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 23, 2003.  
7. J. Ortscheidt, « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage », préc. p. 85.

Être de bonne foi dans un arbitrage serait atteindre un but – pour les parties, la défense de leurs intérêts, pour l'arbitre, la reddition de la sentence – en adoptant le comportement le plus prudent, le moins intrusif possible, sans dissimuler ni tromper les différents acteurs prenant part à la justice arbitrale. Être de bonne foi dans le contentieux arbitral n'interdit ainsi pas la stratégie ou la ruse, il interdit en revanche les coups bas et les mesquineries<sup>8</sup>.

Le visage de la bonne foi est alors double pour les acteurs de l'arbitrage. D'un côté il irrite, de l'autre il rassure. Il irrite car il limite la liberté des parties et des arbitres dans l'arbitrage. Tous les coups ne sont pas permis et l'arbitre qui s'est vu déléguer la mission de justice a le devoir de discipliner le procès arbitral. Mais son visage rassure aussi car le respect du principe de la bonne foi assure l'efficacité du fruit de l'arbitrage qu'est la sentence.

Le principe de bonne foi est omniprésent dans l'arbitrage puisque, s'il renvoie naturellement à la dimension processuelle, il rayonne également sur le plan substantiel. Il permet en effet aux arbitres, à l'instar de tout juge, d'apprécier les relations contractuelles entre les litigants et ce à tous les stades de la vie du contrat.

Cette omniprésence de la bonne foi est assurée par des fondements juridiques multiples et de différentes natures. Ainsi, le principe de la bonne foi reçoit à la fois l'appui du droit dur et du droit souple. Du côté du droit dur, il existe en France, depuis la réforme du 13 janvier 2011, une obligation expresse pour les arbitres et parties de se comporter de manière loyale dans la procédure<sup>9</sup>. Cette obligation expresse vient donc s'ajouter à un devoir général de loyauté inhérente à toute démarche procédurale.

Mais l'originalité se trouve assurément du côté du droit souple. Plus que nulle part ailleurs, la bonne foi s'immisce dans la procédure arbitrale par le biais de ce droit incitatif. On incite les acteurs à se comporter de bonne foi en les submergeant de codes éthiques en tout genre. Il existe ainsi une variété de codes éthiques qui participe à la création d'une véritable *soft law* arbitrale. Citons à titre d'exemple, en France, la

Fédération des Centres d'arbitrage qui a édicté une Charte éthique de l'arbitrage. Dans cette charte la bonne foi est une règle générale de comportement qui figure dans la section « principes communs » et qui s'applique indistinctement à tous les participants à l'arbitrage. Au niveau international, il faut évidemment faire référence aux *IBA Guidelines on Conflicts of Interest for International Arbitration*, ou *Les Guidelines on Party Representation in International Arbitration* qui sont devenues de véritables « fournisseurs de valeurs »<sup>10</sup> de l'arbitrage. Ces *Guidelines*, qui sont adoptées par un nombre important d'acteurs, sanctionnent des comportements qui peuvent être considérés comme des cas de concrétisation de la violation de la bonne foi<sup>11</sup>.

Cette nécessité de recourir à des fondements distincts pour proclamer le principe de la bonne foi révèle un changement de mentalité. Il conduit à dresser le constat que la bonne foi n'est plus une qualité spontanée chez les acteurs de l'arbitrage. En effet, des nouveaux profils et des nouveaux acteurs s'immiscent dans le monde de l'arbitrage sans en partager l'éthique et les codes, par ignorance ou par nuisance, mettant à mal le principe de bonne foi dans l'arbitrage.

On glisse alors d'un système de bonne foi spontanée à un système de bonne foi imposée. La bonne foi s'impose aussi bien sur le plan substantiel que processuel, aussi bien au seuil de l'instance que pendant la procédure et même après la reddition de la sentence. Ces différentes manifestations de la bonne foi sont assorties de sanctions qui opèrent à différents niveaux incitant les acteurs de l'arbitrage au respect de ce principe et, le cas échéant, les sanctionnant. Aussi faut-il voir dans la bonne foi dans l'arbitrage de multiples manifestations (I) et des sanctions efficaces (II).

## I. Les manifestations

Le principe de bonne foi s'impose aux acteurs de l'arbitrage tant sur le plan substantiel (A) que processuel (B).

8. V. en ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil, introduction*, Puf, 1997, spéc. n° 109-188.

9. C. proc. civ., art. 1464 al. 3 : « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

10. E. Gaillard, « Sociologie de l'arbitrage international », *JDI* 2015. 1089, spéc. n° 28.

11. Par ex. : mentir en connaissance de cause [*Guideline* 9] ; avoir un comportement dilatoire et chicanier [*Guideline* 13].

## A. Au plan substantiel

La bonne foi est au cœur de la résolution au fond des litiges par les arbitres. Ils n'hésitent pas à apprécier les relations contractuelles des litigants à l'aune de différentes obligations contractuelles induites par le principe de bonne foi. Il est ainsi pratiquement impossible d'analyser une sentence arbitrale, en particulier internationale, sans qu'elle se fonde sur le principe de bonne foi, ou du moins qu'elle en fasse mention<sup>12</sup>. Car la notion de bonne foi en droit de l'arbitrage parle à tous. Quelle que soit l'origine juridique de l'arbitre ou des parties, la bonne foi est un critère du juste. Ici, la malléabilité devient une force. Elle permet aux arbitres de comparer et de modeler le contenu de la bonne foi en fonction tant du litige soumis à leur analyse et que de leur tradition juridique. Un juriste continental pourra l'utiliser dans ses formes morales ou solidaires : sanctionner une rupture abusive de pourparlers ou rééquilibrer le contrat en l'adaptant aux circonstances économiques<sup>13</sup>. Au contraire, l'arbitre anglo-américain délaissera volontiers les rives de la morale ou de la solidarité pour faire prévaloir la bonne foi qui assure une sécurité contractuelle. Il sanctionnera alors le comportement contractuel de mauvaise foi qui détruirait les attentes légitimes du contractant. Dans l'appréciation de ces objectifs différents, un terrain d'entente devra être trouvé.

La nécessité de recourir au droit comparé dans l'arbitrage international sublime alors le principe de la bonne foi puisqu'il devient à la fois une source d'inspiration, une source de légitimité et une source de droit positif<sup>14</sup>. De la confrontation dans les sentences arbitrales des différentes perceptions de la bonne foi vont naître de véritables principes transnationaux du commerce international qui raisonneront devant chaque tribunal arbitral à l'avenir. Par exemple, au nom du principe de bonne foi, les arbitres du

commerce international ont consacré au plan substantiel la théorie de l'imprévision ou encore l'obligation de minimiser les dommages. C'est ainsi que la bonne foi, par le prisme du droit de l'arbitrage, est source de création de normes transnationales<sup>15</sup>.

Et s'il est encore nécessaire de s'assurer de l'application du principe de bonne foi pour trancher les litiges au fond, les parties peuvent même enjoindre les arbitres à statuer en amiable composition<sup>16</sup>. Les critères du juste et de l'équité devenant alors les pierres angulaires du raisonnement des arbitres.

Cette importance du principe de la bonne foi sur le plan substantiel révèle une pratique tout à fait inédite en droit de l'arbitrage. Puisqu'il peut déterminer le fond du litige, le respect qu'accorde un arbitre au principe de la bonne foi devient un élément décisif dans le processus de sélection des arbitres en amont de la constitution du tribunal. Avant de désigner un arbitre la partie doit s'interroger : celui-ci est-il enclin à faire la part belle à la bonne foi pour décider de son litige ? Si oui, est-ce dans mon intérêt de le nommer ? Bernardo Cremades révèle ainsi toute l'importance de cette recherche préalable à la désignation d'un arbitre, en particulier celle du président du tribunal, car la culture juridique d'un arbitre et sa formation agiront sur la place qu'il accordera à la bonne foi et, par conséquent, sur le fond de la décision<sup>17</sup>.

## B. Au plan processuel

Au plan processuel, le principe de bonne foi s'impose aussi bien aux parties qu'aux arbitres, et ce, à tous les stades du processus arbitral.

La bonne foi oblige, d'une part, les parties à différentes actions.

C'est vrai d'abord au seuil de l'instance. Le droit français requiert ainsi une collaboration des parties dans l'administration de la preuve en

12. B. Cremades, « Salient Issues in International Commercial Arbitration : Good Faith in International Arbitration », *Am. U. Int'l. Law Rev.*, 2012, 761. Dans le même sens : G. Horsmans, « L'interprétation des contrats internationaux », in *L'arbitrage commercial international. L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication de la CCI, p. 158 : « Argument de raison et d'évidence ou principe général de droit et de justice universellement admis, la bonne foi est, en tous cas, au centre et au cœur de la majorité des sentences arbitrales. Elle constitue une règle d'interprétation et le guide de toute action, comme de tout jugement ».

13. J. Klein, « La loyauté en droit des contrats », *Just. & Cass.*, Dalloz 2014, p. 80-81.

14. Sur les fonctions du droit comparé dans l'arbitrage v. E. Gaillard, « Du bon usage de droit comparé dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2005, 375.

15. La moitié des vingt principes de la *Lex mercatoria* cités par Lord Mustill sont rattachés au principe de la bonne foi : Lord Justice Mustill, « The New Lex Mercatoria in the First Twenty-Five Years », in *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, Clarendon Press, 1987, p. 149 s.

16. C. proc. civ., art. 1478 pour l'arbitrage interne et art. 1512 pour l'arbitrage international.

17. V. en ce sens, B. Cremades, « La buena fe en el arbitraje internacional », *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2012, vol. 1, p. 13, spec. p. 14.

apportant notamment leur concours aux mesures d'instruction, le tribunal pouvant tirer toutes les conséquences légales d'une abstention ou d'un refus<sup>18</sup>. Dans la même veine, certains règlements d'arbitrage imposent le devoir de se conformer à toute ordonnance rendue par le Tribunal arbitral<sup>19</sup>. À cet égard il faut aussi évoquer les sentences CCI n° 1434 de 1975 ou n° 440/1 de 1986 qui imposent une obligation de coopération de bonne foi des parties aux mesures d'instruction. Par conséquent, au seuil de l'instance, la bonne foi oblige les parties à ne pas faire d'inutiles obstructions. Il serait naïf de sous-estimer l'incidence psychologique de la désobéissance d'une partie sur le tribunal arbitral. L'image néfaste qui découle de comportements de mauvaise foi dès le début de la procédure pourrait en effet se répercuter au moment de la condamnation conduisant les arbitres à avoir la main plus lourde, notamment, en accordant la réparation du dommage non prévisible ou en écartant une clause limitative de responsabilité.

De même, on rattache souvent au principe de la bonne foi et de l'efficacité de la justice arbitrale l'obligation pour les plaideurs de concentrer au cours d'une seule et même instance les demandes et les moyens<sup>20</sup>, allant plus loin que la célèbre jurisprudence française *Cesareo* en matière de procédure civile.

À ce stade, une question se pose : la bonne foi peut-elle être employée comme motif suffisant pour faire exception à des règles procédurales établies par les parties ? Par exemple, l'arbitre peut-il accorder une prorogation du délai de remise d'une pièce ou d'un mémoire fixé dans le calendrier de procédure s'il estime qu'une partie est de bonne foi dans son retard ? La réponse est ici délicate. Deux principes de force comparable s'affrontent en droit de l'arbitrage : la volonté des parties et la bonne foi. Par principe, il apparaît que la bonne foi n'est pas suffisante pour remettre en cause la volonté des parties. Un accord des parties est nécessaire pour accorder une telle prorogation. En aucun cas, les arbitres ne peuvent proroger eux-mêmes les délais de

l'arbitrage en dépit de la bonne foi d'une partie. Il faut donc soit un accord soit viser un règlement d'arbitrage qui prévoit la compétence de l'institution administrant l'arbitrage pour proroger le délai, à la demande de l'une des parties ou du tribunal arbitral, voire même d'office<sup>21</sup>.

Dans l'instance ensuite, les manifestations de la bonne foi rejoignent généralement celles connues en procédure civile classique puisqu'il s'agit avant tout chose d'assurer une mission juridictionnelle. Aussi, faut-il respecter avec toute sa vigueur le principe de la contradiction. De même, la bonne foi implique de soulever toutes les irrégularités affectant la procédure arbitrale dont les parties auraient connaissance et cela en temps utile<sup>22</sup>. À défaut, on présume y avoir renoncé. Cette règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure est une application particulière du principe général de loyauté. On la retrouve aussi bien pendant l'instance qu'après la reddition de la sentence au stade du recours en annulation. Ainsi, tous les moyens d'annulation d'une sentence ne sont pas recevables devant le juge de l'annulation alors même qu'ils correspondent à des cas d'ouverture du recours énoncés à l'article 1520 du Code de procédure civile. Que ce soit en arbitrage interne ou international, tout grief invoqué à l'encontre d'une sentence doit, pour être recevable devant le juge de l'annulation, avoir été soulevé, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même<sup>23</sup>. Dès lors, à moins que l'irrégularité ne lui soit cachée ou révélée tardivement pour pouvoir être utilement dénoncée pendant l'instance arbitrale, celui qui participe à la procédure ne pourra se prévaloir au stade de l'annulation d'une méconnaissance du principe de la contradiction, d'un défaut d'indépendance ou d'un manque d'impartialité, ou de la nullité de la convention d'arbitrage.

Le principe de bonne foi impose, d'autre part, une certaine conduite aux arbitres.

Le principe de bonne foi se confond dans un premier temps avec les principes d'impartialité, d'égalité et du contradictoire. La bonne foi enca-

18. C. proc. civ., art. 1464 al. 3.

19. Règlement d'arbitrage de la CCI, art. 22-5.

20. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2008, n° 07-13266, G&A distribution c. Prodim, « qu'il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur une même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile ».

21. Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, art. 30.2.

22. C. proc. civ., art. 1466, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'art. 1506, 3<sup>e</sup> du même code.

23. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 2006, n° 03-19054.

drant la conduite des arbitres n'aurait *a priori* pas d'existence autonome. Ainsi, l'arbitre auteur d'une rétention d'information viole l'obligation de révélation sans qu'il soit nécessaire de se préoccuper de prouver sa bonne ou mauvaise foi. L'obligation de révélation ici se suffit à elle-même. De même, si l'arbitre ne verse pas au débat un document qu'il va pourtant utiliser pour prononcer sa décision, nul besoin de prouver là encore sa bonne ou mauvaise foi, il viole directement le principe de la contradiction.

Dès lors, se pose naturellement la question de savoir s'il existe une obligation de bonne foi de l'arbitre autonome de tout autre principe processuel fondamental. Autrement dit, un arbitre peut-il respecter le principe de la contradiction, d'égalité ou d'impartialité mais être tout de même critiqué pour être de mauvaise foi ?

C'est là que le contrat d'arbitre révèle une nouvelle utilité<sup>24</sup>. Ce contrat rend l'arbitre débiteur d'obligations de bonne foi spécifiques dont la violation peut entraîner la mise en responsabilité de l'arbitre voire sa révocation. C'est le cas s'il surprend les parties par des décisions procédurales auxquelles elles ne pouvaient pas s'attendre<sup>25</sup>. Par exemple, demander aux parties des traducteurs ou des expertises coûteuses car l'arbitre a menti sur sa maîtrise de langue ou sur l'étendue de sa compétence dans la matière litigieuse. C'est aussi le cas lorsque les arbitres font supporter aux parties des charges superflues dans l'arbitrage : réunions physiques ou lieux de séjours coûteux sans prendre en compte le souhait des parties de privilégier des conférences téléphoniques ou des visio-conférences. L'arbitre pourrait également être considéré de mauvaise foi si le calendrier de procédure n'est fixé qu'en fonction de ses convenances personnelles en raison de son manque de disponibilité. Finalement, l'arbitre aurait un comportement déloyal à chaque fois qu'il abuserait de son autorité pour imposer aux parties des mesures qu'elles ne souhaitent pas et qu'une bonne administration de la justice ne justifie pas<sup>26</sup>.

La présence de la bonne foi dans l'arbitrage prend donc corps grâce à diverses manifestations. Qu'il se confonde avec d'autres principes du procès équitable ou qu'il soit autonome, le

principe de la bonne foi dans l'arbitrage possède des contours précis. Son respect est, par ailleurs, assuré par des sanctions efficaces qui permettent de préserver l'intégrité de la justice arbitrale.

## II. Les sanctions

Les sanctions de la violation du principe de bonne foi peuvent être classées en deux catégories : celles qui visent à remettre en cause des actes ou des éléments qui découlent d'un comportement de mauvaise foi d'une part (A), et celles qui atteignent directement les personnes coupables d'un comportement de mauvaise foi d'autre part (B).

### A. La sanction des actes

La première catégorie de remèdes consiste à écarter ou annuler des actes juridiques ou des procédures qui auraient été entachés d'une manière ou d'une autre par la mauvaise foi d'un acteur de l'arbitrage.

On songe d'abord à la sanction classique de la fin de non-recevoir, connue en procédure civile et également très présente en droit de l'arbitrage. Cette sanction atteint l'action elle-même et sanctionne une cause d'irrecevabilité de la demande<sup>27</sup>. La fin de non-recevoir est souvent liée à la renonciation. En effet l'article 1466 du Code de procédure civile français dispose que « la partie qui en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ». C'est donc une fin de non-recevoir déduite du comportement de la partie lors de l'instance arbitrale. Cette sanction est appliquée au premier chef par le tribunal arbitral lui-même qui pourra écarter l'action d'un litigant lorsqu'elle repose sur un élément de fait ou de droit qui surprendrait l'adversaire par sa présentation tardive. Mais le juge du contrôle de la sentence pourra également sanctionner d'une fin de non-recevoir l'action fondée sur un vice invoqué pour la première fois au stade du recours en annulation alors qu'il en avait connaissance pendant la procédure arbitrale. Ce même juge pourra utiliser la fin de non-recevoir pour sanctionner le moyen

24. V. sur la notion du contrat d'arbitre : Th. Clay, *L'arbitre*, préf. Ph. Fouchard, Dalloz, 2001, spéc. n° 587-1079.

25. Y. Derains, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, préc. spéc. n° 16.

26. Id.

27. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, 2015, spéc. n° 658.

avancé par une partie en contradiction totale avec la position qu'elle défendait antérieurement. Ainsi, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 2005<sup>28</sup>, les Hauts-magistrats ont estimé « que M. X..., qui a lui-même formé la demande d'arbitrage devant le Tribunal des différends irano-américains et qui a participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale, est irrecevable, en vertu de la règle de l'*estoppel*, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction aurait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle, faute de convention qui lui soit applicable; que le moyen, qui est nouveau en sa quatrième branche, qui manque en fait en sa première et qui est inopérant en ses autres branches, ne peut être accueilli ».

On songe ensuite à la nullité de la sentence arbitrale. C'est le cas lorsque le comportement allant à l'encontre de la bonne foi tombe dans les hypothèses prévues par les législations nationales pour fonder un recours en annulation. Par exemple, si le tribunal arbitral n'accorde pas aux parties l'opportunité d'exposer leur argument, la sentence pourra être déclarée nulle par le juge de l'annulation sur le fondement de la violation du principe de la contradiction<sup>29</sup>.

### **B. La sanction des personnes**

Cette seconde catégorie de sanction ne porte plus sur l'acte qui découle d'un comportement de mauvaise foi mais s'attaque directement à l'auteur de la violation. Tantôt, c'est le patrimoine qui sera touché, tantôt c'est la continuité de la mission d'arbitre.

Concernant le patrimoine, la sanction reine est la responsabilité civile. Cette responsabilité s'envisage aussi bien à l'encontre des arbitres que des parties. À l'encontre des arbitres, le fondement d'une telle action est varié. En effet l'obligation de bonne foi peut se rattacher soit au contrat d'arbitre soit au contrat d'organisation de l'arbitrage, soit plus généralement à une violation d'une obligation inhérente à la mission de juger.

Cette mise en jeu de la responsabilité des arbitres de mauvaise foi appelle deux types de remarques, l'une d'ordre sociologique, l'autre d'ordre juridique. Sociologiquement, on constate un accroissement des actions en responsabilité à l'encontre des arbitres supposés de mauvaise foi. Les plaideurs mécontents de la décision de justice n'hésitent plus à rechercher la faute des arbitres pour atténuer leur frustration. Ce phénomène est certainement le signe de détérioration du climat de l'arbitrage. À défaut de pouvoir attaquer la sentence on s'attaque désormais aux arbitres<sup>30</sup>. À tel point qu'on pourrait se demander aujourd'hui si ce n'est pas une nouvelle partie faible dans l'arbitrage.

Juridiquement, les arbitres bénéficient d'une immunité juridictionnelle relative comme pour le juge. Ainsi, la Cour de cassation a affirmé que « les arbitres bénéficient d'une immunité juridictionnelle relative de sorte que seule "une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice" peut engager leur responsabilité »<sup>31</sup>. L'arbitre de mauvaise foi est-il alors protégé ? La réponse semble être négative. Si sa responsabilité est protégée pour une erreur de droit, elle ne l'est pas lorsqu'il y a un manquement à son obligation d'impartialité ou de bonne foi.

Si les projecteurs se tournent désormais vers la mauvaise foi des parties, ceux-ci peuvent voir leur responsabilité engagée et être condamnés à des dommages et intérêts soit par le tribunal arbitral soit par les tribunaux étatiques.

C'est ainsi que les arbitres peuvent sanctionner d'une amende le comportement de mauvaise foi d'une partie. L'influence de normes transnationales est ici palpable<sup>32</sup>. L'arbitrage international offre la possibilité pour les arbitres de condamner la partie de mauvaise foi à des dommages et intérêts punitifs. Ceux-ci constituent un instrument plus souple et plus efficace que les autres outils à la disposition de l'arbitre face au comportement déloyal des parties car il contourne toute limitation conventionnelle pré-

28. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2005, n° 01-15912.

29. C. proc. civ., art. 1492, 4<sup>o</sup> et art. 1520, 4<sup>o</sup>.

30. J.-B. Racine, « Le nouvel arbitre », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, préc. p. 117, spéc. n° 41.

31. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janv. 2014, n° 11-17.196, *D. actu.* 23 janv. 2014, obs. X. Delpéch; *JCP G* 2014, 89, obs. B. Le Bars, *JCP G* 2014, 255 note E. Loquin; *JCP G* 2014, 231 Avis P. Chevalier; *Procédures*, mars 2014 comm. 72 L. Weiller; *AJ contrats d'affaires* 2014 p. 235 obs. M. de Fontmichel.

32. V. en ce sens l'article 30. 5 des règles transnationales de procédure civile de l'*American Law Institute* et d'*Unidroit* qui estime que la partie qui agit de mauvaise foi pendant le procès peut être condamnée à une amende.

vue par les parties, notamment dans l'hypothèse de répartition des coûts.

Les tribunaux étatiques de droit commun sont également susceptibles de tenir responsable une partie de mauvaise foi. C'est le cas lorsque une partie agit de manière contradictoire avec la position adoptée antérieurement. La Cour d'appel de Paris n'hésite pas alors à condamner à des dommages et intérêts, pour recours abusif, une partie qui après avoir contesté la compétence judiciaire au profit de la compétence arbitrale, défend l'inverse en fondant un recours en annulation pour défaut de convention d'arbitrage<sup>33</sup>.

À côté de la mise en cause de sa responsabilité, la partie qui aurait agi de mauvaise foi peut être sanctionnée au stade de la répartition des coûts<sup>34</sup>. Les arbitres ont ainsi la possibilité de sanctionner la mauvaise foi d'une partie en lui imputant parfois la totalité des frais de l'arbitrage<sup>35</sup>. L'information donnée par La Chambre de Commerce International sur ce point est particulièrement éclairante : « la répartition de la charge des frais peut être un moyen utile d'inciter à un comportement efficace et décourager un comportement déraisonnable. Le tribunal arbitral demeure libre d'adjuger les frais de la manière qui lui semble la plus appropriée. Il peut être utile de préciser que dans l'exercice de sa libre appréciation quant à la répartition de la charge des frais, le tribunal prendra en compte

l'attitude des parties »<sup>36</sup>. Elle assortit cette information d'une liste non exhaustive de comportements des parties pouvant être sanctionnés, incitant les arbitres à suivre une telle pratique<sup>37</sup>.

Concernant la sanction relative à la continuité de mission de l'arbitre, le droit de l'arbitrage autorise la révocation de l'arbitre de mauvaise foi. Cela doit résulter en droit français du consentement unanime des parties<sup>38</sup>. *Quid* si un tel accord n'est pas trouvé entre les parties ? Il faut alors se reporter en droit français à l'article 1456 alinéa 3 qui dispose qu'« En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux ».

Certes la bonne foi n'est plus spontanée chez les acteurs de l'arbitrage mais l'arsenal de sanctions pour violation du principe de bonne foi impose cette vertu à tous les niveaux de la justice arbitrale. Imposer le respect du principe de la bonne foi s'inscrit dans une logique de moralisation de la procédure arbitrale tant en arbitrage interne qu'international. Et il est désormais rare que des pratiques de l'arbitrage restent hermétiques à ce principe. Si tel est le cas, elles ne le seront plus pour longtemps tant la bonne foi dans l'arbitrage est un principe conquérant.

33. CA Paris, 12 septembre 2002 (Macron), *Rev. arb.* 2003. 173 note M.-E. Boursier.

34. V. sur cette question en général, J. Jourdan-Marques, « La répartition des frais de l'arbitrage : une sanction contre le mauvais comportement des parties durant l'instance arbitrale ? », *Journ. arb. Univ. Versailles*, n° 1, oct. 2011, p. 10.

35. Sentence CCI n° 7453 de 1994.

36. « Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage », *Bull. CCI*, 2007, n° 1, p. 45.

37. *Ibid.* Exemples d'attitudes susceptibles d'emporter une répartition au détriment de la partie de mauvaise foi : demandes excessives de production de documents ; arguments juridiques insoutenables ; contre-interrogatoires excessifs ; prétentions démesurées ; non respect des ordonnances de procédure ; non respect du calendrier sans juste motif ; plus généralement, absence de coopération de la partie dans la procédure.

38. C. proc. civ., art. 1458 applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'art. 1506, 2°.

# Droit du travail

---

*Autour d'une discipline choisie à chaque numéro, cette rubrique « perspectives » a pour objectif d'en dessiner les contours, d'en tracer les évolutions récentes et les évolutions à venir, d'en dresser un bilan prospectif.*

*À cette fin la liberté de la plume est totale : les auteurs présentent un libre-propos sur la discipline en général, ou sur certains de ses aspects particuliers, sur ses évolutions récentes et futures, sur ce qu'elle pourrait devenir, sur d'éventuels souhaits pour son avenir.*

*Les « perspectives » de ce numéro sont consacrées au droit du travail, sous la direction du professeur Bernard Teyssié.*

# Petit un du Grand B :

---

## avant-propos

### Prolégomènes

**Bernard Teysié**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Président honoraire de l'Université

**1. Débat.** De qui doit relever la construction du *corpus* normatif appelé à gouverner les relations de travail nouées dans l'entreprise ? Dès que des organisations professionnelles prennent place au cœur du jeu social, la question surgit. Employeurs et salariés confondus, elles ne manqueront pas d'en disputer la définition aux organes de l'État avec des arguments qui, au-delà des seuls enjeux de pouvoir, ne sont pas nécessairement dépourvus de pertinence : 1) norme générale, la loi ne saurait aller au-delà de l'édictation de principes, sauf à courir le risque que soient adoptées des normes inadaptées, impuissantes à saisir la complexité et la diversité des entreprises ; 2) une fois entrée en vigueur, la norme légale est difficile à modifier ; outre qu'il faut tenir compte de la lenteur inhérente au processus qui conduit de l'élaboration d'un projet de loi à son adoption, il est à peu près inéluctable que les adaptations souhaitées par les uns, par exemple pour tenir compte de la singularité d'un secteur d'activité ou d'une catégorie d'entreprises, soient fermement combattues par les autres ; 3) les contentieux nés d'interprétations opposées des règles édictées par les pouvoirs publics ont toute chance de conduire à la saisine des tribunaux, donc d'engager les parties dans des procédures dont rien ne garantit la rapidité et de déboucher sur un jugement rendu par des magistrats qui maîtrisent souvent fort peu les données économiques et sociales qui font la réalité du « terrain ». À l'opposé, l'accord négocié par les partenaires sociaux : 1) sera mieux adapté à ladite réalité car débattu en tenant précisément

compte de la situation de l'établissement, de l'entreprise, de la branche d'activité... où il a vocation à s'appliquer, ses signataires connaissant mieux qu'un législateur lointain les caractéristiques économiques, financières, sociales, technologiques de l'entité ou du secteur visé ; 2) lorsque viendra le temps de réviser certains des termes de l'accord, sera négocié un avenant, ce qui est plus simple que de réécrire ne serait-ce qu'un fragment du texte d'une loi ; 3) les différends jaillis au cours de l'exécution de l'accord en raison d'interprétations divergentes des termes de ce dernier pourront trouver aisément solution via la saisine de la commission d'interprétation prévue par l'accord lui-même, lequel a pu préciser que les avis rendus vaudront avenant, ce qui leur confèrera force obligatoire, y compris face à un juge. Le débat précédent est ouvert chaque fois que, dans un État, sont constituées des organisations professionnelles auxquelles est reconnu le droit de négocier des accords collectifs s'imposant à tous dans les lieux où ils ont vocation à s'appliquer. Selon le regard porté par chacun sur le rôle qu'il convient de reconnaître à la norme publique dans le champ des relations de travail, selon le degré de confiance que les pouvoirs publics accordent aux partenaires sociaux pour bâtir les normes appelées à gouverner les rapports noués par les entreprises avec ceux qui leur apportent leur force de travail, ce débat est tranché différemment. Le Danemark, l'Allemagne, les États-Unis, la France offrent autant d'illustrations de la diversité des réponses qui y sont apportées.

**2. Ouverture.** Dans le cercle français, si l'accent avait été mis par certains, à la veille de la seconde guerre mondiale, sur la nécessité que la loi, dans le champ des relations de travail, demeure modeste, se bornant à arrêter quelques principes d'ordre public et laissant pour le surplus aux partenaires sociaux le soin de fixer leurs modalités d'application en tenant compte des particularités inhérentes aux divers segments du tissu économique et social, cet appel fut, par la suite, largement oublié à en juger par la prolifération de la norme publique ; mais, paradoxalement, du moins en apparence, une fois refermée, en 1950, la parenthèse dirigiste ouverte, en raison de circonstances particulières, en 1946, une place de plus en plus grande fut laissée au jeu conventionnel : la loi du 11 février 1950 lui rend ses lettres de noblesse ; la loi du 13 novembre 1982 introduit l'obligation de négocier chaque année dans l'entreprise sur le thème des salaires et du temps de travail ; la loi du 4 mai 2004 permet, à quelques réserves près, que dérogation soit apportée, y compris *in pejus*, par voie d'accords collectifs d'entreprise à des accords de niveau supérieur, voire, dans certains cas, à la norme légale ; la loi du 20 août 2008, prolongeant un effort déjà entrepris par le texte précédent, s'attache à ouvrir, côté salarial, le cercle des négociateurs au-delà des seuls syndicats, en direction des représentants élus du personnel, voire de salariés ordinaires ponctuellement investis d'un mandat de négociation, afin de permettre une densification du tissu conventionnel, en même temps que l'un et l'autre de ces deux derniers textes se préoccupent de renforcer la crédibilité, donc l'autorité sociale, des accords conclus, que ce soit en subordonnant leur validité à des conditions empruntées au « poids électoral » des signataires ou, pour le second, en subordonnant, en amont, l'accès à cette qualité au même type d'exigence ; la loi du 17 août 2015, lointainement inspirée des solutions retenues par le droit européen de la représentation collective des salariés dans l'entreprise ou le groupe, ouvre aux négociateurs la faculté de procéder au remodelage des instances de représentation du personnel et de procéder au regroupement de thèmes de négociation afin de réduire le poids des contraintes nées, depuis 1982, d'une multiplication des obligations de négocier dans des proportions qui ont fini par confiner à l'excès et à réduire certaines négociations à un exercice

purement formel. Que cette montée en puissance de l'accord collectif, donc du processus de contractualisation de la norme sociale, intervienne au fil de décennies marquées par une incessante addition de normes publiques n'a du paradoxe que l'apparence : l'omniprésence de la loi et du décret a, en réaction, suscité, de la part des entreprises, une demande de plus en plus forte de liberté contractuelle permettant l'adoption de dispositifs adaptés à des réalités économiques, technologiques, financières ou sociales que la norme publique n'est pas en mesure d'appréhender ; à cette demande, à laquelle il a été peu à peu répondu, s'est ajouté, de la part des pouvoirs publics, le constat qu'à vouloir trop gouverner eux-mêmes, parfois dans les moindres détails, les relations de travail, ils s'exposaient non seulement à édicter des normes inadaptées, voire inapplicables, mais aussi à être directement confrontés aux tensions, critiques, manifestations nées du *corpus* normatif ; accorder davantage de place à l'accord collectif, donc accroître le rôle des partenaires sociaux dans la construction de la norme et, par là même, leur exposition sur la scène médiatique, permet à l'État de se placer dans la situation, politiquement plus confortable, du médiateur.

Ne fallait-il, dans ces conditions, franchir une étape supplémentaire et offrir aux partenaires sociaux la faculté, par voie d'accord national interprofessionnel, de fixer les contours de la loi sociale, les termes de leur accord ayant vocation à être repris, quitte, le cas échéant, à s'en écarter sur certains points, par le Parlement ? N'y aurait-il point là un excellent moyen de mettre les partenaires sociaux en première ligne et d'assurer que la loi en définitive adoptée ne susciterait pas trop de tensions puisqu'elle ne serait que la reprise des principes, voire plus, arrêtés par les représentants des employeurs et des salariés avec, par surcroît, l'avantage que la norme établie, fruit d'un accord conclu par des personnes dont l'activité les met régulièrement au contact des réalités économiques et sociales, sera mieux adaptée à celles-ci que ne le serait celle issue du travail d'agents administratifs et de parlementaires plus éloignés du « terrain » ? L'exemple n'avait-il pas, au demeurant, été déjà donné par Bruxelles, l'accord sur la politique sociale joint au traité sur l'Union européenne, et dont les termes furent ultérieurement transportés aux articles 154 et 155 du traité de Rome, ayant permis la conclu-

sion d'accords collectifs de niveau communautaire susceptibles d'être mis en œuvre par voie de directive ? L'effet d'entraînement de ce dispositif – qui donna rapidement ses premiers fruits – joint aux avantages attendus sur le terrain politique et social, ne fut pas pour rien dans l'adoption de la loi du 31 janvier 2007 d'où naquirent les actuels articles L. 1 à L. 3 du Code du travail imposant au Gouvernement de soumettre aux partenaires sociaux tout projet de réforme relevant du périmètre du droit du travail, leur permettant de s'en emparer pour négociateur, sur le thème envisagé, un accord national interprofessionnel dont les termes peuvent être ultérieurement repris par le législateur.

Si, de la loi née d'un accord, la pratique avait déjà, naguère, fourni illustration, notamment avec la loi du 12 juillet 1990 relative aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire, simple écho d'un accord national interprofessionnel conclu quelques mois auparavant, l'encadrement législatif qui lui est désormais donné, assorti de l'obligation, pour le Gouvernement, de soumettre ses projets, en amont, aux partenaires sociaux donne à ce mode conventionnel d'élaboration de la norme légale un caractère systématique... qui finit par poser un problème d'équilibre des pouvoirs dans la Cité.

**3. Interrogations.** La place aujourd'hui reconvenue en France à l'accord collectif en tant qu'outil de construction de la norme sociale n'est-elle pas excessive ? Même si la question ne se pose pas uniquement dans le cercle français, elle y a pris une certaine ampleur au fur et à mesure que se sont déployés les effets de la loi du 31 janvier 2007. Il était inéluctable que de sa mise en œuvre jaillissent frictions, tensions... et début de rébellion au sein du Parlement : députés et sénateurs ne peuvent guère accepter de n'être que des scribes écrivant sous la dictée des partenaires sociaux ; mais ceux-ci, une fois un accord conclu, sont eux-mêmes peu enclins à admettre que des parlementaires sensiblement moins instruits qu'eux des réalités économiques (ce qui est vrai pour beaucoup) et des réalités sociales (ce qui est exact pour à peu près tous) s'écartent du texte par eux négocié. Les premiers, lorsqu'ils ont adopté les dispositions d'où sont nés les articles L. 1 à L. 3 du Code du travail n'ont pas mesuré l'ampleur du bouleversement auquel ils ouvraient la voie ; les seconds, lorsqu'ils usent de leur pouvoir de préfiguration législative, peuvent avoir

tendance à oublier que, agissant sur la scène juridique en tant que personnes morales de droit privé, représentants de groupes spécifiques – employeurs d'un côté, salariés de l'autre – ils ne peuvent prétendre au même degré de légitimité, lorsque vient le temps de forger les mots de la loi, que les représentants de la Nation. Des équilibres doivent être définis, nourris du respect dû au rôle et aux compétences de chacun pour que, du dispositif mis en place en 2007, la pérennité soit assurée. Ils supposent que les partenaires sociaux aient conscience (et acceptent l'idée) que leur accord, même s'il est investi d'une forte autorité sociale (notamment lorsqu'il a été signé par tous les négociateurs), ne s'impose pas au législateur, libre de n'en reprendre rien ou de n'en reprendre que certains éléments. Cette quête d'équilibre suppose par ailleurs que le Parlement, le point précédent étant supposé acquis, attache la plus grande importance à l'accord conclu par les partenaires sociaux et ne s'en écarte qu'après les avoir longuement entendus et uniquement après avoir acquis la double conviction que la solution qu'ils ont retenue est porteuse d'effets pervers et que d'autres règles seraient mieux adaptées aux réalités du tissu économique et social. À ce prix, il est permis d'espérer dans l'avenir du dialogue normatif qui a commencé à s'établir entre deux acteurs clés de la vie de la Cité.

Mais là n'est point la seule interrogation surgie. Une autre, présente depuis longtemps mais qui a pris un tour plus aigu en 2014 à l'occasion du projet de réforme des dispositions gouvernant les instances de représentation du personnel dans l'entreprise, tient à la volonté des partenaires sociaux de participer ou non au jeu conventionnel, donc de s'impliquer dans une forme de cogestion de la norme sociale, que ce soit au niveau national, dans le cadre de la branche ou dans le périmètre de l'entreprise. Cet exercice ne suppose pas seulement d'être prêt à entendre et à comprendre la position et les arguments d'autrui et à consentir à des concessions afin, peu à peu, de dégager les termes d'un accord. Il implique aussi l'adhésion à un corps de principes communs concernant le mode d'organisation de la société, la répartition, en son sein, des pouvoirs et des rôles, la finalité de l'action conduite. Or tel n'est pas toujours le cas, ce qui peut contribuer à alimenter la perplexité lorsque le législateur, pour traiter d'un thème ou pour

déroger, dans le cadre de l'entreprise ou de la branche, à la norme par lui établie à titre supplétif, renvoie à un accord collectif alors que, dans le champ considéré, nulle organisation syndicale représentative n'est prête à entrer dans le jeu de la négociation sinon, dans le meilleur des cas, de manière purement formelle. Le « réformisme » n'est pas une doctrine unanimement reçue...

Reste une ultime interrogation d'envergure qui vaut pour toutes les négociations d'un degré inférieur au niveau national interprofessionnel, mais surgit surtout lorsque le législateur s'attache à développer celles conduites dans le périmètre de l'entreprise : ouvrir la voie à l'éclatement du *corpus* normatif n'est-ce point courir le risque que s'organise, au sein même du pays, un véritable *dumping* social, les entreprises s'efforçant de réaliser, face à leurs concurrents, des gains de productivité en obtenant, par le canal d'accords négociés avec des interlocuteurs qui acceptent d'entrer dans cette logique, une diminution des avantages (primes, temps de pause, prise en charge de frais...) naguère accordés aux salariés ? Déjà posée en 1982 lorsque le ministre du Travail entendait, notamment par le canal de la négociation annuelle obligatoire sur les salaires et le temps de travail dans l'entreprise, susciter la conclusion d'accords collectifs dans le périmètre de celle-ci, cette question surgit régulièrement. Même si elle subsiste et n'est point dénuée de pertinence, elle n'a plus, cependant, la force dont elle pouvait être dotée voici quelques décennies, une forme infiniment plus redoutable de *dumping* social, qui touche, à des degrés divers, toutes les entreprises, étant née des principes de libre circulation en vigueur dans l'Union

européenne et, au-delà, de l'abaissement, voire de la suppression ou quasi-suppression, des barrières douanières au niveau mondial. L'ampleur des difficultés qui en résultent renvoie au second plan celles susceptibles de jaillir de l'éclatement du paysage social français...

**4. Inexorable ?** La contractualisation de la norme sociale est-elle inexorable ? Incontesté (ou fort peu contesté) dans les États où il a acquis rang de tradition sociale et culturelle, solidement implanté à Bruxelles où il apparaît aujourd'hui comme le seul moyen de faire progresser le processus d'harmonisation des normes sociales dans une Union européenne dont les élargissements successifs n'ont pas contribué à accroître la capacité de décision, seul utilisable pour mettre en place des instances internationales de représentation du personnel dans les groupes dotés de cette dimension et pour qu'en leur sein, comme au sein, dans un cadre plus restreint, des groupes de dimension communautaire, soit assurée l'harmonisation des normes sociales en vigueur, sur des points jugés d'importance majeure, quel que soit le pays dans lequel ils sont implantés, le chemin contractuel gagne peu à peu tous les champs du droit du travail, y compris celui – qui, naguère, n'y fut guère accueillant, du moins en France – du règlement des litiges. Signe, parfois, de l'affaiblissement de la capacité normative des États, lié, souvent, à la diffusion, en matière économique, des doctrines libérales jusqu'au cœur de contrées qui, il y a peu, y étaient profondément hostiles, le recours au contrat plutôt qu'à la norme étatique est aujourd'hui dans l'air du temps. Mais l'air du temps n'est pas à l'abri des variations saisonnières...

# Petit deux du Grand B :

## contractualisation du dialogue social

### La contractualisation du dialogue social

Bernard Gauriau

Professeur à l'Université d'Angers

**1. Participation des travailleurs.** Nul n'ignore que le principe de participation des travailleurs posé par le huitième alinéa du Préambule de 1946<sup>1</sup> recouvre en réalité deux droits distincts : le droit à la négociation collective et le droit de participer à la gestion des entreprises. Les rapports entre la loi et la négociation collective sont notamment régis pas les principes issus de la décision du Conseil constitutionnel du 29 avril 2004 statuant sur la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social<sup>2</sup> : « *l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail; ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe qui est énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre* ».

Le législateur peut donc, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte et parmi celles-ci,

sous certaines conditions, l'articulation entre les conventions ou accords collectifs qu'ils concluent au niveau interprofessionnel, des branches professionnelles et des entreprises<sup>3</sup>. Ces dernières années, une tendance à laisser les partenaires sociaux s'appropriier les règles du dialogue social s'est faite jour.

**2. Dialogue social.** L'actualité du mois de septembre 2015 a donné lieu à quelques rapports et autres controverses sur la capacité laissée aux partenaires sociaux de régler eux-mêmes leurs relations de travail. Dans un rapport intitulé « Sauver le dialogue social »<sup>4</sup>, l'Institut Montaigne a publié un certain nombre de propositions pour « reconstruire la négociation sociale ». Gilbert Cette et Jacques Barthélémy ont également publié un rapport<sup>5</sup> intitulé « Réformer le droit du travail ». Et enfin le rapport au premier Ministre remis par Jean-Denis Combexelle, intitulé « La négociation collective, le travail et l'emploi », a pareillement suscité de vives réactions. Plus tôt, au mois d'août 2015, les lois des 6<sup>6</sup> et surtout 17 août 2015<sup>7</sup> sont venues ajouter quelques pierres à l'édifice du droit de la négoc-

1. Préambule de la Constitution de 1946, al. 8 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

2. Cons. const. 29 avr. 2004, n° 2004-494 DC.

3. Cons. const. 29 avr. 2004, décis. préc.

4. Rapport Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social – priorité à la négociation d'entreprise*, sept. 2015.

5. G. Cette et J. Barthélémy, *Réformer le droit du travail*, rapport réalisé pour Terra Nova, éd. Odile Jacob, 3 sept. 2015.

6. L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO 7 août, p. 13537, dite loi Macron.

7. L. n° 2015-994, 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, JO 18 août, p. 14346, dite loi Rebsamen.

ciation collective, en ouvrant d'autres champs à celle-ci, singulièrement pour qu'elle appréhende, régule, canalise et rende le dialogue social plus stratégique.

**3. Régulation du dialogue social.** Le phénomène que l'on nomme contractualisation du dialogue social n'est pas que l'incarnation de la place grandissante de l'accord dans le paysage normatif du dialogue social. Il incarne aussi la régulation des modalités de ce dernier et répond à une exigence de performance, d'efficacité et de compétitivité des entreprises – le coût du travail est une chose, le coût du droit du travail en est une autre. Dans ses rapports successifs, la Banque mondiale ne s'emploie-t-elle pas, depuis quelques années, à mesurer les régulations favorables et défavorables à l'activité commerciale<sup>8</sup> ?

**4. Dialogue social *lato sensu*, *stricto sensu*.** Cette régulation se manifeste de deux façons, selon que le dialogue social est appréhendé *lato sensu* ou *stricto sensu*.

*Lato sensu*, le dialogue social désigne le travail en commun de l'employeur et des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, à travers les procédures d'information et de consultation, dans le but de ne pas laisser l'employeur décider seul, sans qu'il ait préalablement recueilli l'opinion voire les contre propositions de la représentation du personnel. *Stricto sensu*, le dialogue social désigne la négociation de la norme collective d'entreprise incarnée, en cas de succès, dans l'accord collectif. Si la contractualisation du dialogue social porte en elle « le risque que s'engage une négociation sur la négociation qui pourrait être déstabilisante et stérilisante dans la pratique »<sup>9</sup>, le phénomène a franchi un palier, avec la loi du 17 août 2015, de telle sorte que l'on peut parler d'une véritable rupture en droit du travail.

**5. Les séquences d'un dialogue.** La jurisprudence avait associé deux séquences dans un même souffle de négociation : les phases d'information-consultation et de négociation, à l'issue du célèbre arrêt EDF du 5 mai 1998<sup>10</sup>, en des termes fort connus : « Mais attendu que, contrairement aux énonciations de l'arrêt attaqué, il résulte de la combinaison des articles L. 431-5 et L. 432-1 du

Code du travail que la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise quand elle porte sur l'une des questions ou mesures visées par le second de ces textes, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise; que cette consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord ». Toutefois, la loi du 17 août 2015 a supprimé la première phase. À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, en effet, l'employeur n'aura plus à recueillir l'avis du comité d'entreprise sur les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation (C. trav., art. L. 2323-2 modifié)<sup>11</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'au sens large, le dialogue social recouvre aussi, pour les acteurs de l'entreprise, les échanges que l'employeur peut nourrir avec les institutions élues.

**6. Paradoxe.** Cette régulation du dialogue par le dialogue n'est pas le moindre des paradoxes. La loi fixe pourtant un cadre à la négociation collective, des seuils en dessous desquels il n'est pas question de la voir s'aventurer. Cette régulation sous contrôle se vérifie tant en matière de dialogue social *lato sensu* (I) qu'en ce qui concerne le dialogue social *stricto sensu* (II).

## I. Le dialogue social *lato sensu* contractualisé

**7.** La directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne disposait déjà, dans son article 5, que « les États membres peuvent confier aux partenaires sociaux au niveau approprié, y compris au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, le soin de définir librement et à tout moment par voie d'accord négocié les modalités d'information et de consultation des travailleurs »<sup>12</sup>.

Au préalable, dans une décision de 1993, le Conseil constitutionnel a jugé « que le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution

8. V. <http://francais.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2016>.

9. J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, remis au premier Ministre le 9 sept. 2015.

10. Soc. 5 mai 1998, n° 96-13.498.

11. La question est de savoir, toutefois, si cette modification vaut pour le PSE lorsqu'il prend la forme d'un accord collectif majoritaire.

12. B. Teyssié, *Droit européen du travail*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, n° 862, p. 376.

de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise »<sup>13</sup>. Sur ces obligations d'information et de consultation qui pèsent sur l'employeur, la contractualisation du dialogue social s'est d'abord incarnée dans les accords de méthode qui marquent au fond une période fondatrice et expérimentale de l'exercice. Mais la loi du 17 août 2015 illustre probablement une période de consolidation du phénomène, selon ce que les partenaires sociaux en feront.

## A. La période fondatrice : les accords de méthode<sup>14</sup>

### 1. Le principe

**8. Expérimentation et légalisation.** La loi du 3 janvier 2003 avait admis les accords de méthode à titre expérimental. Depuis la loi du 18 janvier 2005, l'article L. 1233-21 du Code du travail disposait que des accords d'entreprise, de groupe ou de branche pouvaient fixer, par dérogation aux dispositions du Titre I du Livre II de la première partie et du Livre III de la deuxième partie, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise (CE) applicables lorsque l'employeur projette de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours<sup>15</sup>.

Ces accords fixaient les conditions dans lesquelles le CE était réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise et pouvait formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi et obtenir une réponse

motivée de l'employeur à ses propositions. Ils pouvaient organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe.

Ces accords pouvaient aussi déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) mentionné à l'article L. 1233-61 du Code du travail faisait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci. La Cour de cassation a pu préciser qu'aucune obligation légale de conclure un accord de méthode, préalablement à la mise en œuvre d'une procédure de licenciement pour motif économique, ne s'imposait à l'employeur<sup>16</sup>.

### 2. Les limites

**9. Dérogations.** Mais la capacité de déroger à la loi n'est pas sans bornes. Tout d'abord, l'accord ne pouvait déroger à l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement incombant à l'employeur prévue à l'article L. 1233-4 du Code du travail, non plus qu'aux règles générales d'information et de consultation du CE prévues<sup>17</sup>.

### 10. Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

Ensuite, l'accord de méthode a vu restreindre son domaine d'intervention. L'article 18-V de la loi du 14 juin 2013 dite de sécurisation de l'emploi<sup>18</sup> a dépossédé ce dernier de la faculté de déterminer les conditions d'établissement du PSE dans la mesure où, désormais, un accord spécifique peut s'en charger, sous le contrôle de l'administration, en vertu de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail, et en respectant les conditions de validité d'un accord majoritaire. Plus question non plus d'organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe<sup>19</sup>.

13. Cons. const. 16 déc. 1993, n° 93-328 DC. Plus récemment le Conseil constitutionnel a jugé « que le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue même s'ils n'en sont pas les salariés » et a censuré une disposition qui réservait aux seuls salariés liés par un contrat de travail à l'entreprise la qualité d'électeur aux institutions représentatives du personnel : Cons. const. 28 déc. 2006, n° 2006-545 DC – V. O. Duthéillet de Lamotte, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cah. Cons. const.* oct. 2010, n° 29.

14. P.-H. Antonmattei, « Accord de méthode, génération 2005, la positive attitude », *Dr. soc.* 2005. 399.

15. V. *LS Quot.* Bref. Social n° 14630. Plus de 150 accords de méthode ont été signés dès 2005.

16. *Soc.*, 22 juin 2011, n° 09-69.021 : la Cour d'appel avait accordé des dommages-intérêts au syndicat CFDT construction et bois de l'Ardèche et à la Fédération nationale de la construction et du bois CFDT, au motif « qu'en refusant la conclusion d'un accord de méthode lors d'une réunion tenue en préfecture, alors qu'elle aurait permis de procéder à une meilleure évaluation des difficultés qui se présenteraient, [...] cette société avait causé un préjudice au syndicat ou à la fédération ».

17. *C. trav.*, art. L. 1233-2, L. 1233-4 et L. 1233-5 – Ajoutons l'interdiction de déroger à la communication aux représentants du personnel des renseignements prévus aux articles L. 1233-31 à L. 1233-33 du Code du travail et aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, prévues à l'article L. 1233-58 du Code du travail.

18. L. n° 2013-504, 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JO* 16 juin, p. 9958, art. 18-V – Depuis l'intervention de la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi, l'article L. 1233-23 a maintenu dans l'interdiction les points 2°, 3° et 4°, numérotés désormais 1°, 2° et 3° tout en supprimant le premier point.

19. L'article L. 1233-24-1 du Code du travail dispose en effet : « Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 ainsi que les modalités de consultation du comité d'entre-

## B. La période de consolidation

**11.** Depuis la loi de sécurisation de l'emploi, et de façon plus accentuée encore avec la loi du 17 août 2015, la contractualisation du dialogue social, appréhendée au sens large, vaut tant pour l'adaptation des instances représentatives à la diversité des entreprises que pour la valorisation des parcours professionnels des élus et des titulaires d'un mandat syndical.

### 1. Adaptation des instances représentatives à la diversité des entreprises

**12. Effet de seuil.** La loi du 17 août 2015 donne davantage d'importance au seuil de trois cents salariés. En effet, une délégation unique du personnel (DUP) élargie peut désormais être mise en place, par décision unilatérale de l'employeur dans les entreprises dont l'effectif est inférieur à ce seuil tandis qu'un accord peut organiser le regroupement en une instance unique des instances représentatives du personnel (IRP) au-delà de ce seuil. C'est bien entendu ce second point qui illustre ici le phénomène de contractualisation. Il importe toutefois de relever que la mise en place d'une instance unique n'est pas le seul objectif désormais à la portée des négociateurs. En effet, et depuis la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, le fonctionnement même des institutions peut être aménagé par accord.

### a. L'instance unique

**13. Fusion.** Selon l'article L. 2391-1 nouveau du Code du travail, seules les entreprises d'au moins trois cents salariés<sup>20</sup> sont tenues de conclure un accord d'entreprise majoritaire si elles veulent le regroupement des délégués du personnel (DP), du CE et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ou de deux de ces institutions représentatives au sein d'une instance exerçant l'ensemble des attributions des institutions regroupées.

Cette instance est dotée de la personnalité civile et gère, le cas échéant, son patrimoine. Sa mise en place<sup>21</sup> pourra s'opérer lors de la constitution ou du renouvellement de l'une des trois instances (avec possibilité de prorogation ou de réduction des autres mandats prévus par l'accord). Cette mise en place pourra d'ailleurs être faite au niveau d'un ou de plusieurs établissements distincts le cas échéant<sup>22</sup>.

**14. Réductions.** Le législateur égrène diverses mesures destinées à réduire le nombre de réunions et le volume d'heures de délégation et à simplifier les procédures. À cet égard, l'accord devra notamment définir le nombre de représentants élus, le nombre minimal de réunions (au moins une réunion tous les deux mois), les modalités de rédaction et de communication de l'ordre du jour, le rôle respectif des suppléants et des titulaires ainsi que le nombre d'heures de délégation. Mentionnons également le nombre de jours de formation et, si l'instance inclut le CHSCT, la composition et le fonctionnement d'une commission d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, et le nombre minimal de réunions consacrées à ses attributions (quatre au minimum). Enfin, le texte envisage aussi la possibilité (et non plus l'obligation) de mise en place des commissions du CE (formation, économique, égalité professionnelle, logement), et l'obligation de mise en place de la commission des marchés lorsque les critères en sont remplis.

### b. Fonctionnement

**15.** La loi du 14 juin 2013 est intervenue de façon remarquable sur la maîtrise des temps de consultations du CE ou du comité central d'entreprise (CCE) et la loi du 17 août 2015 en fait de même s'agissant du CHSCT ou de l'instance de coordination des CHSCT (ICCHSCT).

**16. Loi du 14 juin 2013.** L'article L. 2323-3 du Code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du

prise et de mise en œuvre des licenciements. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité ».

Selon l'article L. 1233-22 du Code du travail désormais, l'accord prévu à l'article L. 1233-21 fixe les conditions dans lesquelles le CE : 1° Est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise; 2° Peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi et obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions.

20. S'agissant d'un dispositif dont l'entrée en vigueur est subordonnée à la publication de décrets pris après avis du Conseil d'État concernant : le nombre minimum de représentants élus (C. trav., art. L. 2392-1 nouveau); le nombre minimum d'heures de délégation (C. trav., art. L. 2393-1 nouv.); le nombre minimum de jours de formation (C. trav., art. L. 2393-1 nouveau); les règles de fonctionnement de l'instance à défaut de stipulations dans l'accord – nombre de représentants, de jours de formation et d'heures de délégation – (C. trav., art. L. 2393-3 nouveau).

21. C. trav., art. L. 2391-1 s. nouveaux.

22. En l'absence d'accord au niveau de l'entreprise, possibilité de conclure l'accord au niveau de l'établissement. En cas d'unité économique et sociale (UES) d'au moins trois cents salariés, accord possible au niveau d'une ou plusieurs entreprises ou au niveau de l'UES.

14 juin 2013, faisait de l'accord entre l'employeur et les membres du CE le mode de droit commun de fixation de ces délais. La négociation restait néanmoins facultative.

C'est un changement remarquable dont il faut souligner l'importance : jusqu'à la loi de sécurisation du 14 juin 2013, le principe général applicable en matière de délais de consultation du CE était que le comité devait disposer d'un délai d'examen « suffisant » entre la communication des documents contenant les informations nécessaires et la réunion de consultation elle-même. Ce délai devait donc être évalué par l'employeur, compte tenu de l'importance du projet et des difficultés spécifiques que ce dernier présentait. À défaut de délais suffisants, les CE pouvaient demander un report de consultation.

Les délais conventionnels désormais applicables ne peuvent, selon l'article L. 2323-3 du Code du travail, être inférieurs à quinze jours. Sous cette réserve, il est nécessaire de prévoir dans l'accord des délais permettant aux comités d'entreprise d'exercer utilement leur compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions soumises et incluant également la nécessité d'informer et de consulter le cas échéant les CHSCT. À l'expiration de ces délais, le comité est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif (C. trav., art. L. 2323-3).

Selon la circulaire du 18 mars 2014<sup>23</sup>, le comité pourra donner son avis avant cette échéance minimale, s'il estime avoir eu un délai et des informations suffisantes pour se prononcer utilement. Cette remarque vaut également dans l'hypothèse où il n'aurait pas été conclu d'accord et où les délais à respecter seraient les délais de nature réglementaire. Faut-il en être choqué ? Sans doute pas : une chose est la fixation d'un délai minimum à l'issue duquel le silence vaut avis et avis négatif, autre chose est la possibilité d'un avis exprès antérieur à ce délai minimum.

La loi du 14 juin 2013 encadre la consultation dans des délais précis que le décret du 27 décembre 2013<sup>24</sup> précise. Quatre délais différents s'appliquent en l'absence d'accord<sup>25</sup> : un mois dans le cas général ; deux mois en cas d'intervention d'un expert, qu'il s'agisse d'une expertise légale, d'un

expert technique ou même d'un expert libre ; trois mois en cas de saisine d'un ou plusieurs CHSCT (recours du CE à un expert ou non) et ce, qu'il s'agisse de la consultation du CHSCT par l'employeur comme de la saisine par le CE sur des questions ayant un impact sur les conditions de travail ; quatre mois si une instance de coordination des CHSCT est mise en place dans le cadre de la consultation concernée (recours du CE à un expert ou non).

L'avis du ou des CHSCT est transmis au CE au plus tard sept jours avant l'expiration du délai de consultation du comité. Selon la circulaire du 18 mars 2014, les prolongations des délais en cas d'expertise ou de saisine d'un ou de plusieurs CHSCT ne se cumulent pas<sup>26</sup>.

Par extension ou par analogie, fallait-il considérer que, au cas où il ne se prononcerait pas, le CHSCT serait également considéré comme ayant rendu un avis négatif ? C'est ce qu'affirmait la circulaire du 18 mars 2014. Selon celle-ci, le CE ne pouvait donc pas invoquer l'absence d'avis du CHSCT pour reculer la date finale. L'ancien article R. 2323-1-1 du Code du travail prévoyant à cet égard que l'avis du ou des CHSCT était transmis au CE au plus tard sept jours avant l'expiration du délai de consultation de ce dernier, on pouvait penser que l'avis du CHSCT était réputé rendu à cette date. Toutefois, un doute persistait.

**17. Loi du 17 août 2015.** Depuis la loi du 17 août 2015, semblable interrogation est levée. À l'instar des délais de consultations prévus pour les CE et CCE, la loi est venue encadrer les délais de consultation du CHSCT et de l'ICCHSCT. Dans l'exercice de leurs attributions consultatives, le CHSCT et l'ICCHSCT doivent disposer d'un délai d'examen suffisant leur permettant d'exercer utilement leurs attributions, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui leur sont soumises.

Sauf dispositions législatives spéciales, ces délais peuvent désormais être fixés par accord collectif d'entreprise de droit commun ou, en l'absence de délégué syndical (DS), par un accord entre l'employeur et le CHSCT ou, le cas échéant l'ICCHSCT. À défaut d'accord, les délais applicables seront ceux fixés par décret en Conseil d'État. En tout état de cause, il est précisé que le délai ne pourra pas

23. Circ. DGT 2014/1, 18 mars 2014, p. 4.

24. Décr. n° 2013-1305, 27 déc. 2013 relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise, JO 31 déc., p. 22409.

25. C. trav., art. R. 2323-1-1.

26. Circ. DGT 2014/1, 18 mars 2014, fiche 2, 2, p. 14.

non plus être inférieur à quinze jours. Le délai dans lequel le CHSCT transmet son avis au CE lorsque les deux comités sont consultés sur le même projet sera également précisé par décret.

Par ailleurs, le niveau de négociation de l'accord, et partant les négociateurs eux-mêmes, ont donc changé. Ce qui vaut pour le CHSCT (recours à un accord de droit syndical classique) vaut désormais pour les CE et CCE. Alors que la loi du 14 juin 2013 excluait tout accord avec les syndicats représentatifs, c'est désormais devenu la règle.

À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, et sous réserve de quelques décrets d'application, un accord collectif, conclu aux conditions de droit commun, peut définir les délais dans lesquels sont rendus les avis du CE du CCE et donc désormais du CHSCT et de l'ICCHSCT. Ce n'est qu'en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, que la négociation aura lieu au sein même de l'institution concernée.

Dans le respect du principe de l'effet utile de la consultation et dans le but de sécuriser la procédure, la circulaire détaillait l'objet du négociable<sup>27</sup>.

Outre les délais eux-mêmes de consultation, l'accord peut fixer un point de départ du ou des délais choisis, différent de celui retenu dans le décret, comme par exemple, en choisissant de le ou les faire partir d'une première réunion consacrée à la remise des informations nécessaires à la consultation; l'accord peut fixer un délai uniforme pour l'ensemble des consultations concernées ou, à l'inverse, prévoir des délais différents en fonction du thème abordé ou, à l'instar du décret, en fonction de la nature et de l'importance des questions soumises au comité. Dans le cas d'entreprises à établissements distincts, les accords avec le CCE comme avec les comités d'établissement pourront utilement prévoir un calendrier précis d'articulation des consultations des différentes instances CCE/CE. Quant à la durée même des délais, ils pourront être plus longs que ceux fixés dans le Code du travail et évoqués précédemment. Ils pourront bien évidemment être plus courts, tout en respectant le délai minimal de quinze jours. L'accord peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée.

Globalement, depuis la loi du 17 août 2015, et encore une fois à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, un accord collectif, conclu aux conditions de droit

commun, peut définir : les modalités des consultations récurrentes du CE sur la situation économique et financière d'une part et sur la politique sociale de l'entreprise d'autre part; la liste et le contenu des informations récurrentes mises à disposition du CE sur la situation économique et financière (exceptés les documents comptables), la politique sociale de l'entreprise (exceptées les informations sur l'égalité professionnelle hommes-femmes), et les informations trimestrielles des entreprises d'au moins trois cents salariés; le nombre de réunions annuelles du CE qui ne peut toutefois être inférieur à six par an et donc enfin les délais dans lesquels sont rendus les avis du CE.

La loi offre donc la possibilité de négocier un accord collectif d'adaptation des consultations et du fonctionnement du CE<sup>28</sup>. Mais la loi veut aussi valoriser les parcours professionnels des élus et titulaires d'un mandat syndical. L'accord peut intervenir à cette fin, contribuant, certes de façon indirecte, à contractualiser le dialogue social.

## **2. La valorisation des parcours professionnels des élus et des titulaires d'un mandat syndical**

**18. Discrimination.** « Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail. » L'ancien et célèbre article L. 412-2 du Code du travail, désormais devenu L. 2141-5, limite l'employeur dans l'exercice de son pouvoir d'évaluation du salarié titulaire d'un mandat. Dans un arrêt du 23 mars 2011<sup>29</sup>, sur des faits antérieurs à 2008, la chambre sociale alerte l'employeur en ces termes : « sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié ».

**19. Accord de droit syndical.** La loi du 20 août 2008 avait entre-temps complété cet article par un alinéa en vertu duquel un accord pouvait détermi-

27. Circ. DGT 2014/1, 18 mars 2014, fiche 2, 3.1, p. 15.

28. C. trav., art. L. 2323-7 mod. : la loi du 17 août 2015 a voulu simplifier et rationaliser les obligations de consultation. L'article 18 de la loi remplace les dix-sept cas de consultations, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, par trois grands rendez-vous annuels : les orientations stratégiques de l'entreprise; la situation économique et financière de l'entreprise, la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi.

29. Soc. 23 mars 2011, n° 09-72.733.

ner « les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale et pour prendre en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle ». La rédaction adoptée par la loi du 17 août 2015 ajoute au texte la prise en compte de l'égal accès des femmes et des hommes à ces fonctions. Cet accord prend en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle.

**20. Carrière syndicale.** Désormais, au début de son mandat, le représentant du personnel titulaire, le délégué syndical ou le titulaire d'un mandat syndical bénéficiaire, à sa demande, d'un entretien individuel avec son employeur portant sur les modalités pratiques d'exercice de son mandat au sein de l'entreprise au regard de son emploi. Si cet entretien ne se substitue pas à l'entretien professionnel mentionné à l'article L. 6315-1, il est possible qu'un entretien professionnel soit réalisé au terme d'un mandat de représentant du personnel titulaire ou d'un mandat syndical. Si le titulaire du mandat dispose d'heures de délégation sur l'année représentant au moins 30 % de la durée de travail fixée dans son contrat de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement, l'entretien permet de procéder au recensement des compétences acquises au cours du mandat et de préciser les modalités de valorisation de l'expérience acquise.

Dans son esprit, ce dispositif renforce l'idée selon laquelle il faut intégrer la carrière syndicale ou élective à la carrière professionnelle, partant du principe que la première ne saurait desservir la seconde. En conséquence, un accord – et la pratique des entreprises en témoigne – peut organiser et mettre en œuvre une gestion des carrières des représentants du personnel.

Ainsi peut-on relever des stipulations sur les formations accessibles tout au long du mandat, l'augmentation des crédits d'heures alloués aux représentants, l'augmentation du nombre de représentants de chaque instance, l'augmentation de la subvention allouée au CE, ou encore l'équilibre entre le temps consacré à l'activité professionnelle et celui consacré à la représentation du personnel. Il n'est pas certain que ces accords soient dans l'air du temps, du moins en ce qu'ils augmentent les temps et les heures, mais ils ont le mérite de donner un support juridique à l'évaluation du

salarié titulaire d'un mandat de représentant du personnel.

La loi donne une marge de manœuvre et une sécurité juridique plus grandes à l'employeur dans l'exercice d'évaluation du représentant du personnel. Ce dernier se sait également relativement « sécurisé » dans l'exercice de son mandat, singulièrement s'il s'agit d'un délégué syndical. Le dialogue social *stricto sensu* en sort facilité.

## II. Dialogue social *stricto sensu*

**21.** La contractualisation du dialogue social doit être appréhendée au regard de l'objet de celui-ci et de ses effets à terme.

### A. Objet de la contractualisation

**22.** Depuis la loi du 17 août 2015, le législateur délègue aux partenaires sociaux la mission de s'approprier, pour les assouplir sans doute, les règles de la négociation collective, mais sur un sujet qui jusqu'à présent relevait du sacré : la négociation collective obligatoire.

**23. Périodicité.** Ainsi, la périodicité des négociations peut être repensée par les négociateurs eux-mêmes. Il convient toutefois de respecter diverses conditions.

**24. Pré-requis.** Tout d'abord, l'article L. 2242-20 du Code du travail dispose que les entreprises intéressées devront avoir déjà conclu un accord ou élaboré un plan d'action relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Ce pré-requis peut surprendre dans la mesure où on ne voit pas le rapport logique entre l'égalité professionnelle, fort respectable par ailleurs, et la question de la périodicité des négociations. La réponse s'explique par les circonstances qui ont favorisé cet ajout de dernière minute. Le projet de loi avait quelque peu oublié le plan ou l'accord sur l'égalité professionnelle, suscitant un brouhaha médiatique. Afin de réparer cet oubli, le gouvernement a probablement irrigué jusqu'au sur-dosage l'exigence d'égalité professionnelle y compris dans des hypothèses pour lesquelles elle n'avait pas sa place.

**25. Accord majoritaire.** Quoi qu'il en soit, et sous cette réserve, un accord d'entreprise signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des élections des membres titulaires du CE ou de la délégation

unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, peut modifier la périodicité de chacune des négociations prévues à l'article L. 2242-1 du Code du travail pour tout ou partie des thèmes visés.

C'est là une innovation fort importante car elle écorne l'ordre public qui jusqu'alors entourait de sa majesté le rythme annuel ou triennal des négociations d'entreprise. La dérogation conventionnelle s'avère désormais possible mais dans une limite plafonnée à trois ans pour la négociation annuelle et à cinq ans pour la négociation triennale.

Logiquement, la périodicité des négociations s'accorde avec la durée des accords. Il s'en évince diverses conséquences.

**26. Délit d'entrave.** Tout d'abord, l'employeur est libéré de l'obligation de négocier sur le thème objet de l'accord pendant toute sa durée. Il ne saurait donc être poursuivi pour délit d'entrave au droit syndical. Toutefois, dans le cas où un accord modifie la périodicité de la négociation sur les salaires effectifs, une organisation signataire pourra, au cours de la période fixée par l'accord, formuler la demande que cette négociation soit engagée. L'employeur y fera droit sans délai.

**27. Sanctions financières.** Lorsqu'un accord modifie la périodicité de la négociation sur l'égalité professionnelle définie au 2° de l'article L. 2242-8 du Code du travail, l'entreprise remplit l'obligation prévue à l'article L. 2242-9 pendant la durée stipulée par l'accord. Concrètement, elle se trouve donc à l'abri de la pénalité financière prévue pour les entreprises non couvertes par un accord ou un plan d'action relatif à l'égalité professionnelle. S'agissant des salaires, la sanction de la réduction ou de la suppression de la « réduction Fillon », de l'allègement applicable à Saint-Pierre-et-Miquelon ou de l'exonération dans les zones de revitalisation rurale (ZRR), prévue en l'absence de négociation sur les salaires, sera neutralisée pendant la durée de l'accord.

Elle retrouvera à s'appliquer au terme de l'accord ou si une organisation signataire demande à ce que la négociation soit engagée sans délai. Dans ces hypothèses, si l'employeur n'a pas respecté au cours d'une année civile l'obligation annuelle de

négocier sur les salaires, le montant de la « réduction Fillon » ou de « l'exonération ZRR » sera réduit de 10 % au titre des rémunérations versées cette année-là. L'allègement pourra être supprimé si l'employeur ne remplit pas cette obligation pour la troisième année consécutive<sup>30</sup>.

Mais le législateur a rendu possible, par accord majoritaire, l'adaptation du nombre de négociations au sein de l'entreprise ou le regroupement différent des thèmes de négociation mentionnés, à condition de ne supprimer aucun des thèmes obligatoires.

**28. Entrée en vigueur.** La date d'entrée en vigueur de ces dispositions varie. Si la loi du 17 août 2015 est en principe applicable depuis le lendemain de sa publication au *Journal Officiel*<sup>31</sup>, soit le 19 août 2015, certaines de ses dispositions entreront en vigueur ultérieurement. Ainsi l'article 19 doit-il entrer en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016. Toutefois, les entreprises qui, à cette date, sont couvertes par un accord relatif à la conciliation de la vie personnelle et de la vie professionnelle, à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, aux mesures de lutte contre les discriminations ou à l'emploi des travailleurs handicapés ne sont soumises aux obligations de négocier sur ces thèmes dans les conditions prévues audit article qu'à l'expiration de cet accord, et au plus tard à compter du 31 décembre 2018.

## B. Effets de la contractualisation

**29.** Le rapport Combrexelle veut donner la priorité à l'accord d'entreprise, ouvrir de nouveaux champs à la négociation et redonner vigueur à celle-ci<sup>32</sup>. Le projet d'un nouveau Code du travail – il est possible de rêver – à paraître dans quatre ans prévoit une nouvelle architecture dans laquelle l'espace consacré à la négociation collective se situe entre les dispositions impératives et les dispositions supplétives. N'est-ce pas cela, aussi, le phénomène de contractualisation, pensé comme un processus selon lequel le contrat prend davantage de place ?

Les différents rapports<sup>33</sup> publiés à la fin de l'été 2015 divergent de façon sensible.

**30. Rapport de l'Institut Montaigne.** L'Institut Montaigne veut faire de l'accord collectif la norme

30. V. CSS, art. L. 131-4-2 mod. – La loi est silencieuse sur d'autres allègements dans les zones franches urbaines ou dans les bassins d'emploi à redynamiser. Ce qui est pour le moins étonnant.

31. La loi n° 2015-994, 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a été publiée au *JO* le 18 août 2015.

32. *Sem. Soc. Lamy*, 14 sept. 2015, n° 1689, p. 2-5.

33. Rapport de l'Institut Montaigne; Rapport Terra Nova; Rapport de J.-D. Combrexelle, préc. – V. aussi, *sem. Soc. Lamy*, 14 sept. 2015, n° 1689.

de droit commun, appréhendée comme « source constitutionnelle », ce qui suppose une réforme de la Constitution. Dans un délai de trois ans, l'accord majoritaire devra être généralisé. Sous réserve de ce qui relève de l'ordre public absolu, l'accord d'entreprise fixera les règles générales des relations de travail, l'accord de branche étant si l'on peut dire réservé aux questions qui relèvent des classifications, de la formation professionnelle, de la prévoyance, des frais de santé, du niveau du salaire minimum et de la question de la représentativité des salariés des très petites entreprises (TPE). Dans son articulation avec le contrat de travail, l'accord collectif l'emporte, le refus du salarié (et du contrat de travail) de s'incliner n'étant possible que s'il y a modification du contrat de travail. À cette fin, l'Institut Montaigne veut renforcer la légitimité des représentants du personnel : outre la réduction à deux mandats successifs maximum, une fusion des instances de représentation, le rapport propose que les délégués syndicaux soient élus.

**31. Rapport Terra Nova.** Les propositions de Terra Nova voient dans l'accord collectif une norme autonome : autonome par rapport à l'accord de branche (sauf ordre public professionnel, à définir...); autonome par rapport à la loi dans la mesure où il est possible de déroger à celle-ci, sous réserve de l'ordre public absolu et des principes du droit international. L'objectif, à terme, est que la réglementation applicable, au sens large, devienne supplétive du droit conventionnel. Les auteurs du rapport proposent qu'un accord préalable fixe systématiquement la méthode à suivre pour négocier. Dans ses rapports avec le contrat, l'accord collectif n'en sort pas toujours gagnant : il peut se heurter à la volonté du salarié en cas d'atteinte à des « éléments substantiels absolus » (qualification, salaire...) mais il peut s'imposer, pour autant qu'il soit majoritaire, face à des « éléments substantiels secondaires » (durée du travail, salaire mensuel). Il convient par ailleurs de repenser la mission syndicale, afin de favoriser un syndicalisme de services voire d'instaurer le chèque syndical.

**32. Rapport Combrexelle.** Quant au rapport Combrexelle, si tant est qu'il connaisse jamais son intégration au droit positif, son approche est différente. Ses propositions sont moins radicales. Il

dresse quarante-quatre propositions pour redynamiser la négociation collective avec toutefois une inscription dans notre Constitution des grands principes qui régissent celle-ci. Outre la généralisation de l'accord majoritaire à l'horizon 2017 et la réduction drastique du nombre de branches, il prône une pédagogie de la négociation, une formation des directeurs des ressources humaines (DRH) en ce sens et une part plus importante réservée aux accords de méthode. Il milite en faveur d'une réduction des délais de contestation des accords, après leur publication. Réaliste, il rappelle que les accords collectifs sont loin d'être des actes d'une lisibilité et d'une clarté cristallines et que, à l'instar des lois si souvent décriées, les accords doivent prévoir les modalités de leur interprétation, celle-ci s'avérant souvent nécessaire. Il identifie les « quatre piliers » de la négociation collective : conditions de travail, temps de travail, emploi et salaire. Pour chacun d'entre eux, un utile travail de clarification imposerait de distinguer ce qui relève de l'ordre public et ce qui procède de la négociation collective. L'articulation entre l'accord et le contrat ne doit pas conduire à « une guerre de religion ». Si l'emploi est en jeu, s'il s'agit de le préserver, l'accord collectif doit être prioritaire et s'imposer (mobilité, maintien dans l'emploi, gestion prévisionnelle des emplois et des compétences). Si un salarié refuse l'application de l'accord, il subira les affres d'un licenciement pour motif économique avec une moindre indemnisation que celle octroyée dans les situations de droit commun.

**33. Conclusion.** Un phénomène de contractualisation s'observe de façon incontestable en droit du travail. Les tenants d'un droit légal du travail, à leurs yeux seul protecteur de la partie faible au contrat, y puiseront matière à inquiétude.

Mais place à l'optimisme ! Et ce malgré nos vicissitudes, nos angoisses et nos tourments présents. La confiance est probablement la clé de la réussite en cette matière, ne serait-ce que pour faire mentir ce que cet homme fort du patronat français se plaisait à dire : « C'est un drôle de pays, la France, où les négociations ont toujours lieu après le déclenchement des grèves et non avant »<sup>34</sup>.

---

34. A. Riboud.

# Petit trois du Grand B :

---

## contractualisation de la loi sociale

### La contractualisation de la loi sociale

**Yannick Pagnerre**

Professeur agrégé à l'Université de Poitiers

**Émeric Jeansen**

Maître de conférences HDR à l'Université Panthéon-Assas

**1. La loi sociale : enjeu des démocraties politique et sociale.** Qu'elle intéresse le droit du travail ou de la sécurité sociale, qu'elle se bâtisse au niveau national, européen ou international, la loi sociale concentre des enjeux économiques et sociaux majeurs. Les acteurs sociaux, principalement ceux que l'on nomme « partenaires sociaux » (organisations syndicales et professionnelles d'employeurs ou de salariés représentatives), aimeraient disposer, en leur qualité de destinataire de la norme publique, d'un droit de regard sur sa confection et son application. Des auteurs renforcent leur souhait : « La contractualisation de la production normative est avant tout la réaction à un modèle de plus en plus décrié : celui de l'interventionnisme étatique. La règle ne doit plus être imposée de l'extérieur, mais définie par ses destinataires, par ceux à qui elle s'applique »<sup>1</sup>. Cette volonté paraît toutefois contraire au fonctionnement des institutions. La norme publique appartient au Parlement, titulaire solitaire de son édicition. L'article 3 de la Constitution le rappelle : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui peut l'exercer par ses

représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »<sup>2</sup>.

Cette exclusivité est néanmoins théorique. Elle ne saurait résister aux exigences économiques et sociales de la pratique : « la démocratie politique ne serait pas viable si elle ne s'épanouit pas en démocratie sociale ; la démocratie sociale ne serait ni réelle ni stable si elle ne se fondait pas sur une démocratie politique »<sup>3</sup>. Plutôt que d'opposer démocratie sociale et démocratie politique, les acteurs de la vie sociale et politique s'efforcent d'harmoniser leur action. L'équilibre est cependant difficile à trouver. La démocratie politique a une prééminence naturelle ; la place laissée à la démocratie sociale est l'œuvre du Prince<sup>4</sup>. Les différents acteurs ressemblent alors à un couple qui ne peut divorcer, tenu de construire ensemble en recherchant la confiance du peuple, dans une relation de méfiance mutuelle... Cette relation complexe trouve traduction dans le développement de la contractualisation de la norme publique dont les visages sont singuliers en droit social par rapport à ceux que l'on

---

1. P. Lokiec, « La contractualisation et la recherche d'une légitimité procédurale », in *La contractualisation de la production normative*, LGDJ, 2007, p. 14 s.

2. V. A. Suptot, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie participative », *Dr. soc.* 2010. 525.

3. L. Blum, in *L'œuvre de Léon Blum, Mémoires, La prison et le procès, À l'échelle humaine*, Albin Michel, 1955, p. 472.

4. V. P.-Y. Verkindt, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010. 519.

retrouve en droit de la fonction publique et dans le cadre de la régulation financière<sup>5</sup>.

**2. La contractualisation : vecteur des démocraties politique et sociale.** Le constat est dressé par Jean-Denis Combrexelle : la négociation collective constitue, en France, à la fois « l'un des leviers de réforme les plus efficaces » et « un mode de régulation adapté à la diversité et à la complexité de nos relations sociales »<sup>6</sup>. À la contractualisation, divers sens sont donnés<sup>7</sup>. L'un renvoie à l'idée selon laquelle « la règle n'est légitime que si ses destinataires y ont consenti ; partout, le consentement revient en scène, là où la norme n'avait pas besoin du consentement de son destinataire pour être légitime »<sup>8</sup>. L'autre présente la contractualisation « comme mode alternatif d'élaboration de la règle »<sup>9</sup>. Selon nous, la contractualisation de la loi sociale ne doit pas être confondue avec la contractualisation du droit social<sup>10</sup> ; elle n'en est qu'un aspect. Le thème ne recouvre alors pas l'ensemble des renvois légaux au contrat mais les seules hypothèses où la loi, *lato sensu*, recourt au contrat pour sa confection<sup>11</sup>. Ainsi comprise, la contractualisation est autant un mode de création de loi sociale qu'un outil de sa traduction<sup>12</sup>. Ces deux visages vont croissant (I) même si leur régime demeure perfectible (II).

## I. Les visages de la contractualisation de la loi sociale

**3. Aval et amont.** Le législateur accepte le recours au contrat collectif en aval et en amont révélant qu'au-delà des postures, la confiance est reine à l'endroit des partenaires dans leur capacité à bâtir (A) et traduire (B) la norme sociale.

### A. L'accord collectif, mode de création de la loi

**4. Évolution**<sup>13</sup>. L'avènement de la contractualisation de la loi sociale est marqué, en droit français, par plusieurs dates. Dans un premier temps, le législateur était autorisé, selon ses *desiderata*, à mettre en œuvre le processus. La suppression de l'autorisation administrative préalable aux licenciements pour motif économique<sup>14</sup> et la mise en place de la réduction du temps de travail<sup>15</sup>, notamment, montrent que la méthode était appréciée. Aucune obligation ne s'imposait toutefois : le Conseil constitutionnel, sans en interdire la pratique, a toujours refusé son automaticité<sup>16</sup>.

Par la suite, la position commune adoptée le 16 juillet 2001 avait solennellement demandé un domaine constitutionnel réservé aux partenaires sociaux<sup>17</sup> et une procédure de concertation préa-

5. Rapport du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Documentation française, 2008 – S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2008 – S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007 – S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, « Droit et société », LGDJ, 2007.

6. J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport remis au premier Ministre le 9 sept. 2015, p. 15.

7. V. A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 19 s.

8. P. Lokiec, art. préc., p. 16.

9. P. Lokiec, art. préc. p. 18.

10. Sur cette question, B. Teyssié, « De la norme légale à la norme conventionnelle », *RDA*, n° 10, févr. 2015, p. 163 s. ; « Loi et contrat collectif de travail : variations à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.* 2004, n° 17, p. 130 s.

11. Selon nous, les hypothèses toujours plus fréquentes de dérogation aux lois impératives par accord collectif est l'un des aspects de la contractualisation du droit social en général ; mais ces hypothèses traduisent non pas une contractualisation de la loi sociale mais la reconnaissance d'une sphère d'autonomie (plus ou moins grande en fonction des thèmes). La contractualisation de la loi sociale impose une forme de dialogue ; la dérogation à la loi sociale consiste davantage en l'admission d'un monologue.

12. J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport remis au premier Ministre le 9 sept. 2015, p. 24.

13. J.-E. Ray, « Les sources de la loi du 31 janvier 2007 », *Dr. soc.* 2010. 496 s.

14. L. n° 86-797, 3 juill. 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, *JO* 4 juill., p. 8302 – Accord national interprofessionnel du 20 oct. 1986 – L. n° 86-1320, 30 déc. 1986 relative aux procédures de licenciement, *JO* 31 déc., p. 15885.

15. La loi du 13 juin 1998 (L. n° 98-451, 13 juin 1998, *JO* 14 juin, p. 9031) a déterminé le principe et le calendrier de mise en œuvre de la réforme. Celle du 19 janvier 2000 (L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, *JO* 20 janv., p. 975), au regard des accords conclus, en a fixé le régime.

16. Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *JO* 14 juin, p. 9033 ; *RFDC* 1998. 640, obs. L. Favoreu : « Ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre les partenaires sociaux. » – M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 1999. 30.

17. Cette demande a pu être critiquée, v. J.-E. Ray, « Du Tout-État au Tout-contrat », *Dr. soc.* 200. 574.

lable à l'adoption d'une réforme<sup>18</sup>. Avec la loi du 4 mai 2004, le législateur s'est contenté d'annoncer, par un « engagement solennel » intégré à l'exposé des motifs du projet de loi, le renvoi à la négociation nationale interprofessionnelle pour toute réforme relative au droit du travail. La suite a démontré que cet engagement était « plus politique que juridique »<sup>19</sup>.

Un cran supplémentaire va cependant être franchi : la loi du 31 janvier 2007<sup>20</sup> grave au frontispice du Code du travail, depuis la loi du 21 janvier 2008 ayant modifié la place du texte dans le Code<sup>21</sup>, l'obligation de concertation entre le Gouvernement et les partenaires sociaux avant tout projet de réforme en droit du travail<sup>22</sup>. Ce faisant, la naissance de l'article L. 1 du Code du travail suit le phénomène de contractualisation de la loi sociale que connaissent, sous des formes diverses, nombre de démocraties : Suisse<sup>23</sup>, Italie<sup>24</sup>, Portugal<sup>25</sup>, Angleterre<sup>26</sup>... Surtout, le droit français s'inspire des relations entretenues par les organisations syndicales et les pouvoirs publics au niveau européen. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit en effet que la procédure législative débute nécessairement, en matière sociale, par une consultation des partenaires sociaux organisée par la commission européenne à l'issue de laquelle il leur est proposé d'engager une négociation<sup>27</sup> qu'ils sont libres d'accepter ou de refuser<sup>28</sup>.

L'application de l'article L. 1 ne peut être vue autrement que comme un franc succès. Plusieurs réformes majeures du droit du travail français

sont nées de l'application de ce texte : la loi du 25 juin 2008<sup>29</sup> ayant réformé la période d'essai et encadré la rupture conventionnelle est issue d'un accord national interprofessionnel (ANI) du 5 janvier 2008; la loi du 20 août 2008<sup>30</sup> ayant réformé la représentativité syndicale et la négociation collective trouve sans source dans une position commune du 9 avril 2008; la loi du 14 juin 2013<sup>31</sup> ayant notamment imposé une validation ou homologation administrative des plans de sauvegarde de l'emploi reprend les principales idées émises dans l'ANI du 11 janvier 2013; la loi du 5 mars 2014<sup>32</sup> relative à la formation professionnelle trouve son origine dans l'ANI du 14 décembre 2013...

**5. Domaine.** L'article L. 1 du Code du travail envisage la concertation des partenaires sociaux en présence d'un « projet de réforme ». Une double limite en résulte. La notion de « projet » vise les seuls projets de loi envisagés par le Gouvernement; l'engagement d'une réforme par voie de proposition de loi échappe au regard des partenaires sociaux. Les deux assemblées ont bien adopté un protocole prévoyant la consultation des partenaires sociaux sur les propositions de loi à caractère social<sup>33</sup>, mais cet engagement est peu respecté. La notion de « réforme » est entendue strictement. Elle nécessite « des modifications d'une ampleur suffisante par rapport au droit existant » et justifierait l'absence de concertation des partenaires sociaux en cas de simple transposition d'une directive<sup>34</sup>.

18. A. Mazeaud, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la position commune du 16 juillet 2001 », *Dr. soc.* 2003. 361 s.

19. S. Stein, « Dialogue social : commentaire du projet de loi », *Les cahiers du DRH* 23 janv. 2004, n° 95, p. 3.

20. L. n° 2007-130, 31 janv. 2007 de modernisation du dialogue social, *JO* 1<sup>er</sup> fév., p. 1944.

21. L. n° 2008-67, 21 janv. 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative), *JO* 22 janv., p. 1122.

22. C. trav., art. L. 1.

23. G. Aubert, « Les sources du droit du travail en Suisse », in B. Teysié (dir.), *Les sources du droit du travail*, Puf, 1998, p. 103.

24. G. Arrigo, « Dalla concertazione al dialogo sociale : europa e italia », *Lavoro e diritto* 2004, p. 391.

25. V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003, p. 225.

26. D.-J. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social – Rapport au Premier ministre*, 31 mars 2006, p. 48.

27. TFUE, art. 154.

28. Comme en témoigne la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 : la confédération européenne des syndicats a refusé l'entrée en négociation de crainte que l'équilibre pouvant être trouvé à la fin des négociations lui soit moins favorable que le texte présenté dans le cadre des consultations (J.-P. Lherould, « La nouvelle directive CE européen : une victoire française... quelle victoire ? », *RJS* 2009, p. 101).

29. L. n° 2008-596, 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JO* 26 juin, p. 10224.

30. L. n° 2008-789, 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JO* 21 août, p. 13064.

31. L. n° 2013-504, 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JO* 16 juin, p. 9958.

32. L. n° 2014-288, 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, *JO* 6 mars, p. 4848.

33. Ces protocoles ont été approuvés respectivement par le bureau du Sénat le 16 novembre 2009 et par la conférence des présidents de l'Assemblée nationale le 16 février 2010. Ils contiennent une procédure analogue à celle de l'article L. 1 pour les propositions de loi traitant des mêmes matières, dans le respect du droit d'initiative et d'amendement des sénateurs. Elle est toutefois plus précise concernant les conditions de saisine des partenaires sociaux (art. 2), les délais pendant lesquels les organisations peuvent faire part de leurs intentions (art. 3) et, si elles décident d'engager la négociation, de proposer un accord national interprofessionnel (art. 4), les effets de l'urgence exonératoire (art. 7).

34. Guide de légistique, § 2.1.5, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

La contractualisation de la loi sociale a ensuite un périmètre circonscrit au droit du travail<sup>35</sup>. Sont exclus le droit de la sécurité sociale – les lois de financement de la sécurité sociale ne sont jamais discutées à titre préalable par les partenaires sociaux même si, en cette matière, leur avis pourrait utilement orienter les réformes – et le droit de la fonction publique (comme les contractuels des établissements publics)<sup>36</sup>. Au sein du droit du travail, son domaine est encore restreint aux seules évolutions législatives relatives aux « relations individuelles et collectives du travail », à « l'emploi » et à « la formation », ce qui concerne les six premières parties du Code du travail mais écarte les professions et activités particulières de la septième partie et le contrôle de l'application de la législation du travail (inspection du travail et lutte contre le travail illégal) de la huitième partie. En outre, la concertation n'est possible que si le thème « relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ». Cette limite chasse de la concertation les réformes sectorielles, telle celle de 2007 instaurant une obligation de concertation avant une grève dans les transports terrestres de voyageurs intégrée dans le Code des transports<sup>37</sup>.

Enfin, la création contractuelle de la loi sociale n'est pas absolue. Le texte envisage une exception tenant dans l'urgence du projet. Dans ce cas, le Gouvernement doit faire connaître aux organisations syndicales sa décision de se dispenser de la concertation en la motivant dans un document qu'il leur transmet avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence<sup>38</sup>. Mais, même sans urgence, il arrive que le gouvernement écarte l'application du dispositif. L'absence de consultation pourrait-elle conduire des part-

naires sociaux à engager un contentieux ? Si leur intérêt à agir est incontestable, il n'est certain ni qu'un juge soit compétent pour constater le manquement, ni qu'une condamnation à réparer le préjudice subi puisse être prononcée. Le succès de l'article L. 1 du Code du travail résiderait d'ailleurs dans cette souplesse d'utilisation. C'est sans doute la raison pour laquelle l'intégration dans la Constitution d'une procédure semblable, qui permettrait de censurer une loi sociale au seul motif du défaut de concertation, trouve, en dépit des promesses de l'actuel Président de la République, peu de défenseurs<sup>39</sup>.

**6. Au-delà.** Hors du champ de l'article L. 1 du Code du travail, la contractualisation de la loi sociale n'est point ignorée. Certes le droit de la sécurité sociale reste entièrement entre les mains du Gouvernement et du Parlement<sup>40</sup>, mais des innovations peuvent être le fruit du dialogue. Ainsi, l'idée de généralisation des régimes de protection sociale complémentaire, décidée par la loi du 14 juin 2013<sup>41</sup>, est issue de l'ANI du 11 janvier 2013<sup>42</sup>. Les débats entourant le régime de la pénibilité, couvrant tant le droit du travail que le droit de la sécurité sociale, révèlent aussi que le législateur est prêt, même s'il n'y est pas tenu, à solliciter l'avis des partenaires sociaux.

Dans le droit de la fonction publique, la contractualisation de la loi sociale devrait être inexistante. La situation des agents – titulaires ou non – est légale et, pour les titulaires, statutaires. Nulle place n'est laissée à la détermination conventionnelle des conditions de travail<sup>43</sup>. De fait, cependant, la pratique des grandes négociations préalables s'est instaurée, notamment à la suite de la reconnaissance des négociations sala-

35. Le texte est inséré au sein du Code du travail... ce qui limite naturellement son champ d'application, même si certains en doutent ou le regrettent (P.-Y. Verkindt, préc., p. 521).

36. Ne devrait pas non plus relever de l'article L. 1 du Code du travail un projet de loi relatif à des exonérations fiscales et sociales, même si le texte s'inscrit dans une politique de l'emploi.

37. Sur la question du champ d'application de l'article L. 1 du Code du travail, v. Y. Moreau, « Les avis du Conseil d'État sur la loi de 2007 et sur son application », *Dr. soc.* 2007. 511.

38. Des textes non négligeables ont échappé à la concertation préalable des partenaires sociaux surtout dans le champ du droit de l'emploi, v. L. n° 2008-126, 13 févr. 2008 portant réforme de l'organisation du service public de l'emploi; L. n° 2008-758, 1<sup>er</sup> août 2008 relative aux droits et devoirs des demandeurs d'emploi; L. n° 2012-1189, 26 oct. 2012 relative aux emplois d'avenir; L. n° 2013-185, 1<sup>er</sup> mars 2013 relative au contrat de génération. L'urgence est parfois déclarée après le dépôt du projet de loi, v. L. n° 2009-974, 10 août 2009 relative au repos dominical; L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, modifiant à nouveau le repos dominical.

39. J.-D. Combexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport remis au premier Ministre le 9 sept. 2015, p. 82 – V. Bonnin, « La démocratie sociale constitutionnalisée ? », *Dr. soc.* 2014. 428.

40. V. V. Bonnin, « La démocratie sociale constitutionnalisée ? », *Dr. soc.* 2014. 428.

41. L. n° 2013-504, 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JO* 16 juin, p. 9958.

42. J. Barthélémy, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du Code du travail et à la décision des Sages du 13 juin 2013 », *Dr. soc.* 2013. 673.

43. CE, ass., 23 mars 1973, *AJDA* 503, note V. Silvera – CE, 1<sup>er</sup> févr. 1999, req. n° 197516 – CE, 19 juin 2006, *Dr. soc.* 2006. 890, concl. Y. Struillou – CE, 22 mai 2013, req. n° 356903.

riales par l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983. Mieux, depuis 2010, la loi reconnaît aux organisations syndicales de fonctionnaires « qualité pour participer, avec les autorités compétentes, à des négociations » portant sur l'ensemble des relations individuelles, « l'action sociale » et « la protection sociale complémentaire »<sup>44</sup>. Les relations collectives de travail ne sont pas visées. D'importantes réformes sont issues de ce processus de négociation. Ainsi en est-il de la loi du 12 mars 2012<sup>45</sup>, traduction législative du protocole signé le 31 mars 2011 entre l'État et six organisations syndicales pour sécuriser les parcours professionnels des non-titulaires. L'actuelle réforme engagée après la signature de l'accord relatif aux parcours professionnels, carrières et rémunérations des fonctionnaires en offre un nouveau témoignage.

## **B. L'accord collectif, outil de traduction de la loi**

**7. Traduction d'une loi.** Nombreuses sont les dispositions légales qui sollicitent directement l'accord collectif pour déterminer les modalités de leur mise en œuvre. La formule est conforme aux exigences constitutionnelles, nonobstant l'énoncé de l'article 37 de la Constitution. Il est en effet « loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte »<sup>46</sup>. Trois figures apparaissent<sup>47</sup>.

D'abord, la loi peut accorder une valeur égale au décret et à l'accord pour préciser les conditions de son application. Cette égalité est remarquable notamment à propos du contrat de travail à durée déterminée d'usage pouvant être conclu dans certains secteurs d'activité limitativement énumérés. Leur liste est en effet déterminée par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu<sup>48</sup>. Plus surprenant au regard de la hiérarchie des normes, la norme collective a parfois préséance sur le décret<sup>49</sup>. Ce schéma apparaît lorsque les questions relèvent traditionnellement du paritarisme. Ainsi, sauf exception<sup>50</sup>, les mesures d'application des dispositions relatives au régime d'assurance chômage « font l'objet d'accords conclus entre les organisations représentatives d'employeurs et de salariés »<sup>51</sup>. L'État intervient *a posteriori* pour agréer l'accord<sup>52</sup> ou, faute d'accord, pour adopter un décret<sup>53</sup>.

Le renvoi à la norme collective est parfois exclusif. Ce dispositif est peu appliqué de peur que la volonté du législateur reste « lettre morte ». L'histoire démontre que la crainte est avérée. La loi du 4 mai 2004 avait initié le développement de la négociation collective majoritaire et de la négociation collective dans l'entreprise dépourvue de délégués syndicaux sous réserve de la conclusion d'un accord professionnel ou de branche en ce sens<sup>54</sup>. L'échec de la mesure fut patent : en 2008, seuls seize accords de branche avaient été conclus. À la demande des partenaires sociaux, le législateur a finalement organisé lui-même ces thèmes lors de la mise en œuvre de la loi du 20 août 2008. Le risque d'inefficacité guettant un tel procédé est

44. Le texte est issu de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010, relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique, elle-même issue des « accords de Bercy » du 2 juin 2008 – L. n° 83-634, 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 8 II *bis*.

45. L. n° 2012-347, 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, JO 13 mars, p. 4498.

46. Cons. const. 29 avr. 2014, n° 2004-494 DC, cons. 8 ; X. Prétot, D. Chelle, *La loi relative à la négociation collective est conforme à la Constitution*, Dalloz, 2004, p. 3029 s. ; J.-E. Ray, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590 s.

47. Une quatrième figure peut même être constatée. La loi organise parfois un système en cascade dans lequel un décret est appelé à préciser ses dispositions, puis un accord fixera les conditions d'application du décret. Ainsi, à propos du travail de nuit, un décret en Conseil d'État détermine la liste des secteurs pour lesquels les caractéristiques particulières de l'activité justifient une dérogation. Une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut définir les conditions dans lesquelles cette autorisation peut être accordée dans ces secteurs (C. trav., art. L. 3163-2).

48. C. trav., art. L. 1242-2.

49. Ainsi, le comité élargi du CHSCT est composé selon des conditions déterminées par convention ou accord collectif de branche, d'entreprise ou d'établissement ; à défaut d'accord, il est élargi et fonctionne dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État (C. trav., art. L. 4523-11).

50. Ces exceptions concernent les modalités de déclaration, de recouvrement et de contrôle des contributions ainsi que le suivi financier du régime, C. trav., art. L. 5422-14 à L. 5424-16, art. L. 5422-25.

51. C. trav., art. L. 5422-20.

52. L'agrément le rend obligatoire à « tous les employeurs et salariés », C. trav., art. L. 5422-20, al. 2, et L. 5422-21.

53. C. trav., art. L. 5422-20, al. 3.

54. C. trav., ex. art. L. 132-2-2 II et III, art. L. 132-26 II et III.

confirmé avec la loi du 19 mars 2012<sup>55</sup> intervenue pour encadrer le droit de grève dans les transports aériens gérés par des compagnies privées. Une procédure de prévention des conflits, imposant une négociation entre l'employeur et la ou les organisations syndicales représentatives qui envisagent de recourir au droit de grève, peut être mise en place par accord<sup>56</sup>. À défaut, nul « préavis » ne s'impose... À notre connaissance, aucun accord n'a été conclu.

Enfin, une nouvelle figure de contractualisation de la loi sociale tend à apparaître par laquelle le recours aux partenaires sociaux est imaginé à la fois en tant que mode de création de la norme et en tant qu'outil de traduction de celle-ci. La disposition la plus caractéristique, à cet égard, est celle portant sur la détermination du nombre minimal d'heures de travail de nuit autorisé : ce nombre est fixé par convention ou accord collectif de travail étendu ou, à défaut, par décret en Conseil d'État pris après consultation des organisations représentatives au niveau national des employeurs et des salariés<sup>57</sup>.

**8. Traduction d'une directive ?** Nombreuses sont les directives, en droit du travail, qui permettent leur transposition par voie d'accords collectifs, conformément aux traditions normatives des différents États membres de l'Union européenne. La Belgique y recourt fréquemment, l'accord collectif national étant par la suite approuvé par un arrêté royal<sup>58</sup>. Le champ et les conditions d'une telle transposition ont été précisés par la Cour de justice. Œuvrant en faveur de la démocratie sociale, elle affirme que la faculté laissée aux États membres de confier aux partenaires sociaux le rôle de déterminer, par voie

d'accord, les modalités de transposition de la directive « est conforme à la jurisprudence de la Cour selon laquelle il est loisible [aux États] de laisser en premier lieu aux partenaires sociaux le soin de réaliser les objectifs de politique sociale visés par une directive intervenue dans ce domaine »<sup>59</sup>. La démocratie sociale n'est toutefois pas absolue : « les États membres doivent à tout moment être en mesure de garantir les résultats imposés par celle-ci »<sup>60</sup>. Ainsi, le pouvoir concédé aux partenaires sociaux « ne dispense pas les États membres de l'obligation de s'assurer, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives appropriées », que la directive bénéficie effectivement à l'ensemble des travailleurs<sup>61</sup>.

La voie de la transposition par les partenaires sociaux d'une directive paraît, en droit français, difficilement concevable. La conclusion d'un ANI est insusceptible d'atteindre le résultat demandé par la Cour de justice de l'Union européenne, faute de lier au-delà des adhérents des organisations d'employeurs signataires. Même l'extension de l'accord ne garantit pas une application générale. Seuls les employeurs entrant dans le champ statutaire des organisations d'employeurs représentatives signataires sont liés<sup>62</sup>. Les membres d'une organisation patronale non adhérente au Medef, à la CGPME ou à l'UPA – que constituent les secteurs de l'agriculture, de l'économie sociale, sanitaire et sociale à but non lucratif, les professions libérales – restent exclus du champ d'application de l'ANI étendu. Il est alors nécessaire que le législateur intervienne d'abord par l'adoption d'un arrêté d'extension puis par l'élargissement de l'accord aux branches d'activité non représentées lors de sa signature.

55. L. n° 2012-375, 19 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports, *JO* 20 mars, p. 5026.

56. C. transp., art. L. 1114-2, I.

57. C. trav., art. L. 3122-31.

58. Des pans entiers de la législation sociale résultent d'accords collectifs, en particuliers d'accords collectifs interprofessionnels négociés au sein du Conseil national du travail, établissement public institué en 1952 au niveau national et interprofessionnel et composé de façon paritaire de représentants des employeurs et des salariés. La négociation au sein de ce conseil régit les normes applicables en matière de licenciements collectifs ou de temps de travail.

59. CJUE, 11 févr. 2010, aff. C 405/08 § 39, *JCP S* 2010. 1153, note E. Jeansen – v. en ce sens, not., *CJCE* 28 oct. 1999, *Commission c/ Grèce*, C-187/98, Rec. p. I-7713, point 46, et *CJUE* 18 déc. 2008, *Andersen*, C-306/07, non encore publié au Recueil, point 25.

60. *CJUE* 11 févr. 2010, préc., § 35.

61. *CJUE* 11 févr. 2010, préc., § 40 et 41 : Par conséquent, dès lors que la catégorie des personnes susceptibles d'être couvertes par une convention collective peut, ainsi que c'est notamment le cas pour une convention collective déclarée d'application générale, être totalement indépendante du fait que ces personnes possèdent ou non la qualité de membres d'une organisation syndicale signataire de cette même convention, la circonstance qu'une personne n'est pas membre d'une telle organisation syndicale n'a pas, par elle-même, pour effet de soustraire cette personne à la couverture juridique conférée par la convention collective en question.

62. Soc. 16 mars 2015, *Bull. civ. V*, n° 97, *Dr. soc.* 2005, obs. P. Langlois – C. Radé, « De l'accord national interprofessionnel », *Dr. soc.* 2010. 284 – J. Barthélémy, « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008. 566.

## II. Le régime de la contractualisation de la loi sociale

9. La formation (A) et les effets (B) de la norme résultant de la contractualisation de la loi sociale méritent précisions.

### A. Formation de la contractualisation de la loi sociale

10. La contractualisation emprunte un régime différent selon qu'elle est utilisée pour la création (1) ou la traduction de la loi sociale (2).

#### 1. Processus de création contractuelle de la loi sociale

11. **Concertation.** Les projets de loi qui entrent dans le champ de l'article L. 1 sont soumis à la concertation préalable des partenaires sociaux, en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation. La concertation bénéficie à l'ensemble des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national. Longtemps, l'exigence de représentativité des organisations d'employeurs présentait des difficultés, faute de mode de détermination incontestable. Il est heureux que la réforme issue de la loi du 5 mars 2014, fruit d'échanges nourris entre partenaires sociaux, ait inscrit au sein des articles L. 2151-1 et suivants du Code du travail les critères de cette représentativité.

La procédure de concertation n'est pas particulièrement contraignante pour le législateur. La forme de cette concertation est libre : « tout ou presque est concevable des grandes réunions impliquant l'ensemble des partenaires sociaux concernés aux entrevues séparées ou aux prises de contacts informelles »<sup>63</sup>. Dans tous les cas, la saisine des partenaires sociaux est accompagnée d'un document d'orientation « présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options ». En pratique, le gouvernement confie une « feuille de route » aux organisations syndicales afin qu'elles connaissent le thème sur lequel l'évolution législative est souhaitée et le délai qui leur est accordé pour trouver un consensus. En témoigne le document

d'orientation donné par le Ministre du travail le 7 novembre 2015 définissant le cadre dans lequel une négociation peut être engagée sur le compte personnel d'activité et la mise en place de leviers assurant une meilleure sécurisation des parcours professionnels<sup>64</sup>.

12. **Négociation.** À l'issue de la phase de concertation, les organisations syndicales peuvent solliciter l'ouverture d'une négociation. S'il l'accepte, le gouvernement suspend son action pendant un délai « nécessaire pour conduire la négociation »<sup>65</sup>. Sa durée a été l'objet d'un important débat que le législateur n'a pas tranché. Il a préféré accorder aux partenaires sociaux le soin de déterminer eux-mêmes celui qui leur semble, selon le cas, nécessaire. Pour autant, le gouvernement demeure maître du calendrier. Il dispose d'une large marge de manœuvre pour accorder le délai demandé ou le réduire.

13. **Résultat.** La négociation peut se terminer par un échec ou une réussite. Les voies de la réussite ne sont pas précisées par la loi. La négociation peut aboutir à la conclusion d'un ANI respectueux des règles de conclusion de ce type d'accord ou une simple position commune, non soumise à la condition de majorité, privée de toute force obligatoire propre. Selon les sujets et le consensus syndical et patronal, les deux formes ont été diversement utilisées. D'un point de vue théorique, on peut regretter que, dans l'un ou l'autre cas, l'acte collectif support d'une future loi ne soit que faiblement légitime. Pourquoi ne pas imposer à l'acte collectif une majorité stricte représentant plus de 50 % des suffrages (pour les organisations de salariés) et des adhésions (pour les organisations d'employeurs) ? Le pragmatisme est invoqué : une telle majorité serait difficile – voire impossible – à atteindre<sup>66</sup>. Au demeurant, la future loi, reprenant tout ou partie de l'accord, constitue une garantie suffisante du jeu démocratique. Surtout, « on imagine mal le législateur reprendre à son compte un accord dont la légitimité sociale serait [...] faible, pro-

63. J.-F. Cesaro, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *JCP S* 2007. 1117, spéc. p. 13.

64. V. *JCP S* 1025, act. 449.

65. C. trav., art. L. 1.

66. Ce discours est peut-être exagéré. En droit de la fonction publique, il est prévu qu'un accord n'est valide que « s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % du nombre des voix lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié » (L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 8 bis IV).

mettant des amendements sévères en forme de troisième *round* »<sup>67</sup>.

## 2. Processus de traduction contractuelle de la loi sociale

**14. Conclusion.** La traduction contractuelle de la loi sociale n'est soumise à aucune condition spécifique de négociation. Le droit commun de la négociation collective a vocation à s'appliquer systématiquement. En outre, une équivalence normative des différents niveaux de négociation est souvent prévue. La traduction peut alors s'opérer par accord d'entreprise, avec le risque d'un éclatement peu lisible des normes applicables<sup>68</sup>. Des règles spéciales sont uniquement prévues en matière d'assurance chômage ; la convention doit être signée par la totalité des organisations représentatives ; à défaut, une procédure spéciale d'agrément administratif s'impose<sup>69</sup>.

**15. Contenu.** Les accords collectifs opérant traduction d'une norme publique ne sont valables que s'ils respectent le champ des pouvoirs qui leur sont délégués. La convention d'assurance chômage l'illustre ; les juges opèrent, sur ce point, un contrôle scrupuleux<sup>70</sup>. L'éventuelle irrégularité de l'acte privé peut avoir de si lourdes conséquences que, fréquemment, les effets de l'annulation sont opportunément cantonnés dans le temps<sup>71</sup>. En tout état de cause, l'illégalité de la norme collective n'est pas à l'abri d'une action en responsabilité de ceux qui en pâtissent. Comme il existe une responsabilité du fait des lois, il ne paraît pas illogique de reconnaître une responsabilité délictuelle du fait des accords collectifs illicites. À cette condition, la contractualisation de la loi sociale prendra tout son sens<sup>72</sup>.

## B. Effets de la contractualisation de la loi sociale

**16. Transposition de l'accord par la loi.** Dans la situation où un consensus suffisant permet la conclusion d'un texte, celui-ci a la valeur d'un accord collectif. Ses effets sont donc potentiellement forts. Il faut néanmoins distinguer deux types de clauses : celles qui invitent à une réforme législative, celles qui peuvent s'épanouir de manière autonome.

Les clauses innovantes sont, par nature, *contra legem*, ce qui les prive de toute portée. Leur nullité devrait s'imposer. Afin de leur conférer une autorité, leur métamorphose en loi est nécessaire. Mais, si le texte contient des indications utiles sur la future réforme, son contenu ne lie pas le Parlement. Le pouvoir législatif conserve donc toute liberté : adopter le texte, le modifier, le refuser. Telle était déjà la solution prescrite par le Conseil constitutionnel lequel, faisant fi de l'avis selon lequel l'adoption d'un texte négocié par les partenaires sociaux serait inconstitutionnel car il violerait la réserve de compétence législative<sup>73</sup>, n'a jamais contesté au législateur le droit de s'approprier les stipulations d'un accord collectif<sup>74</sup>. Des limites ont toutefois été retenues : il est interdit d'imposer au législateur la reprise des termes de l'accord conclu<sup>75</sup> ou d'annexer l'accord au texte de la loi. Dès lors, les dispositions de l'accord qui ne sont pas reprises par le texte légal demeurent *contra legem* ; leur violation ne saurait être sanctionnée.

Les clauses autonomes sont autrement plus complexes à analyser. Des questions épineuses d'application et d'articulation apparaissent<sup>76</sup>. Sous la double réserve d'être suffisamment pré-

67. J.-E. Ray, « Les sources de la loi du 21 janvier 2007 », art. préc., p. 502.

68. Si ce n'est pour la détermination des usages permettant la conclusion de contrats à durée déterminée.

69. C. trav., art. L. 5422-22 s., art. 5422-16 s.

70. C. trav., art. L. 5422-22, al. 2 – Soc. 10 oct. 2006, *JCP S* 2006. 2018, note C. Willmann – CE 30 déc. 2003, *RJS* 5/04, n° 589. L'accord collectif ayant la valeur d'un décret, il est possible, selon nous, d'appliquer par analogie l'exigence « de clarté et d'intelligibilité de la norme » imposée à toute norme publique (CE 29 oct. 2013, Association les amis de la rade et des calanques, req. n° 360085).

71. CE 11 mai 2004, *Dr. soc.* 2004, 773, obs. X. Prétot – CE 5 oct. 2015, req. n° 383956, Association des amis des intermittents et précaires.

72. Y. Pagnier, « Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs », *JCP S* 2012. 100.

73. G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 1979. 350, spéc. p. 352 ; V. Ogier-Bernaude, « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives », *JCP G* 2004. I. 118, spéc. p. 496.

74. Cons. const. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, *Rec. p.* 128, *JO* 13 nov., p. 16531 ; *Dr. ouv.* 1996. 485, note G. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1997. 25, note M.-L. Morin ; *RJS* 1996, n° 1296 – Cons. const. 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, *Rec. p.* 33 ; *D.* 2001, jur. p. 1837, obs. V. Bernaud ; *Dr. soc.* 2000. 257, note X. Prétot ; *RJS* 2000, n° 175.

75. Cons. const. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC, préc.

76. M.-N. Rouspide-Katchadourian, « De la norme conventionnelle à la norme étatique : une articulation complexe », *JCP S* 2014. 1299 – P.-H. Antonmattei, « Accord national interprofessionnel et loi : un conflit de normes inattendu et inopportun », *Dr. soc.* 2009. 528.

cises et plus favorables que les dispositions légales applicables, elles ont vocation à régir la situation des salariés qui bénéficient de l'accord collectif, souvent étendu. Il arrive toutefois que les partenaires sociaux subordonnent l'entrée en vigueur de leur accord à « l'adoption de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application », comme en témoigne l'ANI du 11 janvier 2008. Cette clause d'autodestruction est brandie sous forme de menace apocryphe ; il suffit que la loi reprenne les principales propositions formulées pour que l'accord continue à produire ses effets. Une fois l'accord reconnu applicable, il convient d'articuler les normes en concours à l'aune du principe de faveur. Or, les ANI sont le fruit de compromis tendant à une réforme légale ; l'appréciation du caractère avantageux isolant les stipulations par leur cause et leur objet devient un procédé douteux. Le contentieux sur la rupture conventionnelle le révèle. L'ANI du 11 janvier 2008 organise, en son article 12, une obligation d'information à la charge de l'employeur concernant la possibilité ouverte au salarié « de prendre les contacts nécessaires, notamment auprès du service public de l'emploi, pour être en mesure d'envisager la suite de son parcours professionnel avant tout consentement ». Pour la Cour de cassation, l'absence d'information du salarié « sur la possibilité de prendre contact avec le service public de l'emploi en vue d'envisager la suite de son parcours professionnel » n'affecte pas « la liberté de son consentement »<sup>77</sup>. Faut-il en déduire l'absence de normativité de cet article 12 au motif que la loi n'a pas repris sa substance ? La Cour ne le dit pas. La solution semble plutôt se situer dans la jurisprudence refusant l'annulation d'un contrat en raison du seul manquement à une obligation d'information<sup>78</sup>. Rien n'empêche alors de reconnaître que la méconnaissance de l'article 12 de l'ANI du 11 janvier 2008 cause nécessairement un préjudice distinct de la rupture...

**17. Interprétation de la loi par l'accord.** La loi issue d'une négociation collective est autonome de l'acte collectif adopté ; elle nourrit néanmoins un lien spirituel singulier avec sa source primitive. L'accord constitue l'un des éléments des travaux préparatoires<sup>79</sup>. Les silences, obscurités ou insuffisances du texte<sup>80</sup> peuvent être comblés en référence à l'intention, non du législateur, mais des partenaires sociaux<sup>81</sup>. Le régime de la rupture conventionnelle en témoigne. Un contentieux s'est élevé à propos des dispositions légales qui appliquent le droit du licenciement pour motif économique « à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa »<sup>82</sup>. Susceptible d'éviter d'atteindre les seuils légaux imposant la consultation des représentants du personnel, voire l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, lorsque d'autres salariés font l'objet d'un licenciement, l'exclusion du régime du licenciement pour motif économique contient nombre d'effets pervers<sup>83</sup>. En mobilisant l'article 12 « de l'accord national interprofessionnel étendu du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail », appliqué « à la lumière de la directive n° 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs », la Cour de cassation décide que les ruptures conventionnelles ayant une cause économique et s'inscrivant dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent l'une des modalités doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi<sup>84</sup>. L'articulation générée est singulière<sup>85</sup>. L'application du droit commun du licenciement pour motif économique n'est que quantitative, conformément aux termes de

77. Soc., 29 janv. 2014, n° 12-25.951.

78. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 oct. 2007, *Bull. civ. 1*, n° 342.

79. J.-E. Ray, « Les sources de la loi du 21 janvier 2007 », art. préc., p. 502.

80. C. civ., art. 4.

81. V. Cons. const. 29 avr. 2014, préc., cons. 14 : « si les dispositions critiquées rendent plus complexe l'articulation entre les différents accords collectifs, elles définissent de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation ; ainsi le législateur, qui a entendu se référer à la position commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001, n'a pas méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi » (nous soulignons).

82. C. trav., art. L. 1233-3, al. 2.

83. A. Fabre, « Rupture conventionnelle et champ du licenciement économique : une exclusion troublante », *RDT* 2008. 653 s.

84. Soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581.

85. Pour une explication, v. J.-M. Béraud, Rapporteur, « Ruptures conventionnelles et licenciement économique : un rapport à décrypter », *RDT* 2011. 226 s.

l'article 12 de l'ANI<sup>86</sup> et à l'article 1, b), de la directive<sup>87</sup>; les règles qualitatives, à savoir l'appréciation de la cause réelle et sérieuse ou le bénéfice du plan de sauvegarde de l'emploi, demeurent exclues<sup>88</sup>.

La contractualisation ne touche pas seulement la loi sociale; elle atteint aussi la jurisprudence sociale. Le recours à la technique des *amicus curiae* montre que la volonté des partenaires sociaux s'étend lors de l'interprétation de la loi. Ainsi, la réforme de la représentativité syndicale issue de la position commune du 9 avril 2008 et de la loi du 20 août de la même année a soulevé une difficulté d'interprétation majeure : l'appréciation de l'audience électorale au niveau de l'entreprise divisée en établissements distincts

devait-elle être fixée pour un cycle électoral de quatre ans ou calculée « au fil de l'eau » ? Par deux séries d'arrêts, la Cour de cassation précise que « la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral »<sup>89</sup>. Le communiqué de la Cour de cassation révèle que les juges ont spontanément sollicité les partenaires sociaux et suivi la volonté de la majorité d'entre eux qui voyaient dans le cycle électoral une garantie de la stabilité « pour la représentation en entreprise » et « la sécurité des négociations collectives »<sup>90</sup>. Cette pratique n'est pas sans faire songer à l'ancien référé législatif de la loi des 16 et 24 août 1790 abrogé par la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800)... Que de privilèges donnés aux partenaires sociaux !

---

86. « Les ruptures conventionnelles ne doivent pas porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique engagées par l'entreprise ».

87. « Pour le calcul du nombre de licenciements prévus au premier alinéa, point a), sont assimilées aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs ».

88. L'intégration des ruptures conventionnelles dans la procédure ne remet donc pas en cause leur qualification et leur régime propres. En d'autres termes, la restriction prévue par le législateur est respectée mais elle est limitée au strict nécessaire. Certains auteurs défendent l'idée d'une application des règles qualitatives (v. J. Pélissier, « Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique », *SSL* 21 mars 2011, n° 1484, p. 7 s.). Une telle solution est difficilement concevable en ce qu'elle emporterait de fait abrogation *contra legem* de la norme spéciale qui prévoit l'exclusion de la rupture conventionnelle pour motif économique et surtout contredit la volonté des partenaires sociaux.

89. Soc. 13 fév. 2013, *JCP S* 2013. 1164, note E. Jeansen et Y. Pagnerre – Soc. 19 fév. 2014, *SSL* 2014, n° 1619, p. 12, Avis de l'avocat général, R. Weissmann; E. Jeansen et Y. Pagnerre, « La dictature du cycle électoral », *JCP S* 2014. 1121.

90. Obs. in *Bull. mens. dr. trav.*, fév. 2013, E, sous Soc. 13 fév. 2013, v. [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

# Petit quatre du Grand B :

---

## contractualisation de la norme sociale transnationale

### La contractualisation de la norme sociale transnationale

Jean-Philippe Lhernould

Professeur à la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

1. « Voici plus de vingt ans que, de Bruxelles, souffle sur le droit du travail un fort vent contractuel »<sup>1</sup>. Émanant d'un éminent observateur des évolutions du droit social, l'affirmation doit être admise sans réserve. Elle est confortée par les sources les plus élevées du droit européen. Le droit de négociation collective « est reconnu tant par les dispositions de différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, telles que l'article 6 de la charte sociale européenne [...] que par celles des instruments élaborés par lesdits États membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l'Union, tels que le point 12 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, et l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6 TUE confère la même valeur juridique que celle qui est reconnue aux traités »<sup>2</sup>. C'est aussi la négociation de niveau européen qui est consacrée par le droit de l'Union : « L'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux » (TFUE, art. 152).

2. *A priori* pourtant, la norme sociale internationale – européenne ou extra-européenne – pourrait sembler moins apte que celle issue du droit interne à accueillir le jeu contractuel. Venue d'en haut, la norme internationale est perçue comme étant éloignée des relations de travail de terrain, faisant du droit social international un droit à coloration moins professionnelle que ne le serait le droit interne. Du reste, les juristes de droit social, praticiens et universitaires, sont souvent rétifs au droit international à raison de ses aspects institutionnels : conditions de mise en œuvre en droit interne, applicabilité à une relation individuelle ou collective de travail. Le droit international est gouverné par la mécanique des traités dont l'existence, certes consacrée par contrat, est réservée aux États voire à quelques organisations internationales, en tout cas pas aux acteurs quotidiens du travail.

Malgré ces objections, il souffle un fort vent contractuel sur la norme sociale transnationale. L'activité conventionnelle soutenue, qui prend l'apparence de conventions et accords collectifs de travail mais aussi de contrats aux formes diverses, trouve sa source dans des phénomènes tant intrinsèques qu'extrinsèques. En son sein, le droit européen et international a su mettre en place divers instruments, venant en soutien de la loi, propres à

---

1. B. Teyssié, « Un nouveau droit du travail ? », *JCP S* 2015, étude 1234.

2. CJUE 15 juill. 2010, aff. C-271/08, Commission c/ Allemagne.

promouvoir la convention comme instrument de régulation des rapports de travail. Faisant preuve de créativité voire d'audace, le droit du travail marque ici son originalité par rapport à de nombreuses branches du droit. Mais, dans le contexte transnational, la convention se développe également là où la loi fait défaut, non pas que la convention cherche à tout prix à s'imposer comme mode de régulation des relations de travail, mais parce qu'elle correspond à un besoin des acteurs locaux : direction d'entreprises ou de groupes, représentants des salariés.

**3.** Un regard synthétique sur la contractualisation de la norme sociale internationale met en valeur deux mouvements qui se complètent, associant des contrats de dimension internationale et interne : le contrat se présente soit comme un substitut à la loi (I), soit comme un auxiliaire de la loi (II).

## I. Le contrat, substitut à la loi transnationale

**4.** Le contrat peut se substituer à la loi dans les conditions prévues par celle-ci. Le droit de l'Union européenne est un espace favorable au principe de subsidiarité entendu comme la volonté de privilégier les réglementations émanant des partenaires professionnels sur les réglementations étatiques<sup>3</sup>. Le contrat est alors un substitut encadré à la loi, celle-ci lui conférant délégation (A). Cela dit, tirant les conséquences de l'absence de norme internationale appropriée, la technique contractuelle est mobilisée par la pratique pour répondre à des besoins essentiels de l'entreprise transnationale. Il est alors un substitut libéré de toute loi (B).

### A. Substitut encadré

**5.** En vertu d'un principe de proximité (ou subsidiarité), le droit de l'Union européenne laisse les partenaires sociaux européens se substituer au législateur

européen pour mettre en place des normes sociales et, le cas échéant, mettre en œuvre au niveau national le fruit de l'accord européen.

**6. Mise en place par accord européen de normes sociales européennes.** « Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords » (TFUE, art. 155 § 1). Succédant à l'article 154 du traité instituant une phase de consultation obligatoire des partenaires sociaux devant toute initiative législative de la part de la Commission européenne, cette disposition a donné lieu à une activité conventionnelle riche, même si elle semble s'être tarie. Si on laisse de côté la question stratégique des acteurs de la négociation, et donc des enjeux de la représentativité<sup>4</sup>, pour s'attacher aux accords eux-mêmes, c'est la diversité des situations qui doit être relevée.

Les accords les plus connus sont les accords interprofessionnels qui, ensuite, sont annexés par le législateur à une directive, par l'effet de l'article 155 § 2 du TFUE<sup>5</sup>. Ces accords bénéficient ce faisant de la portée générale attachée à la directive, la mise en annexe de celle-ci consacrant la légitimité des acteurs à négocier, le succès de la négociation entre partenaires sociaux et l'opportunité de créer des normes dans un champ donné, ce qui semble relever de la libre appréciation de la Commission européenne<sup>6</sup>. L'accord étant repris *in extenso* dans la directive (même s'il n'y a pas d'obligation juridique en ce sens), il exprime une forme avancée de coopération entre le droit légiféré et le droit négocié. Les accords sur le congé parental<sup>7</sup>, sur le travail à temps partiel<sup>8</sup>, sur le travail à durée déterminée<sup>9</sup>, ont suivi ce chemin. Le même processus a été mis en œuvre de manière plus discrète mais non moins efficace au niveau multi-professionnel<sup>10</sup> ou sectoriel<sup>11</sup>.

3. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., « Traités », LGDJ, 2014, n° 44.

4. Sur cette question, v. par ex. notre article, « La négociation collective communautaire : petit manuel de la diversité », *Dr. soc.* 2008. 34.

5. TFUE, art. 155 § 2 : « La mise en œuvre des accords conclus au niveau de l'Union intervient [...] soit, dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission ».

6. La Commission a refusé de prendre l'initiative d'une proposition de directive incorporant en annexe l'accord conclu dans le secteur de la coiffure.

7. Dir. 2010/18/UE du Conseil, 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES.

8. Dir. 97/81/CE du Conseil, 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES.

9. Dir. 1999/70/CE du Conseil, 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

10. Accord européen du 25 avril 2006 sur la protection de la santé des travailleurs par l'observation de bonnes pratiques dans le cadre de la manipulation et de l'utilisation de la silice cristalline et des produits qui en contiennent. C'est le premier accord à s'intercaler entre une négociation interprofessionnelle couvrant l'ensemble des secteurs d'activité et une négociation uni-sectorielle. Il a été signé par la Fédération européenne des métallurgistes (FEM), la Fédération européenne des syndicats des mines, de la chimie et de l'énergie (EMCEF) et quinze organisations patronales.

11. Par ex., dir. 2000/79/CE du Conseil, 27 nov. 2000 concernant la mise en œuvre de l'accord européen relatif à l'aménagement du temps de travail du personnel mobile dans l'aviation civile, conclu par l'Association des compagnies européennes de navigation aérienne (AEA), la Fédération européenne

L'accord européen négocié, annexé à une directive, a-t-il la même texture qu'une directive dont le contenu a été arrêté par le législateur ? Sur le contenu lui-même, on peut d'abord noter qu'à la différence des « articles » constituant les directives, les accords énumèrent des « clauses ». Cette observation est toutefois d'ordre purement formel. On remarque par ailleurs que l'architecture de l'accord annexé et celle de la directive classique sont globalement similaires, les clauses liminaires de l'accord – comme les premiers articles de la directive – définissant l'objet et le champ d'application du texte puis posant les définitions principales<sup>12</sup>. Sur la date d'entrée en vigueur, une différence se révèle : l'accord annexé ne fixant pas celle-ci, elle est déterminée par le législateur et insérée dans le corps même de la directive qui renferme l'accord en annexe. La directive peut également compléter l'accord en requérant des États membres – ce que l'accord peut difficilement exiger – qu'ils déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales arrêtées en application de la directive<sup>13</sup>. Quant au fond, les accords sont généralement moins dits que la plupart des directives : la négociation a pour objet de s'entendre sur des points essentiels. Du reste, la quête d'un accord serait plus hasardeuse si les négociateurs tentaient de s'entendre sur les détails (qui n'en sont pas toujours d'ailleurs). La négociation avortée autour du temps de travail illustre cette limite<sup>14</sup>. Enfin, et cela n'est pas surprenant, les accords européens annexés font plus souvent référence aux partenaires sociaux que ne le feraient les directives classiques.

Au-delà des observations qui précèdent, la question première est de savoir si les accords annexés à une directive s'interprètent en justice de la même manière que les directives classiques. La réponse n'est pas évidente. La jurisprudence de la Cour de justice ne permet pas à première vue de détecter de divergences notables quant aux méthodes d'interprétation<sup>15</sup>. En ce qui concerne

l'interprétation d'une clause dont le sens ne serait pas clair, le contexte de la norme négociée – sa genèse et l'art du compromis qui la fonde – pourrait justifier des résultats différents de ceux de l'interprétation de la norme étatique.

**7. Mise en œuvre par accord national de l'accord européen.** L'autonomie des parties est telle que le fruit de la négociation, l'accord européen, n'est pas systématiquement confié au législateur communautaire. L'accord peut ne pas donner lieu à annexion dans une directive et fera en lieu et place l'objet d'une mise en œuvre dans les droits internes selon les conditions fixées par l'accord européen lui-même. Ainsi l'accord européen sur le télétravail a été mis en œuvre, en France, par l'accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005.

Ce cas de figure se rencontre le plus fréquemment dans l'hypothèse où les employeurs et les salariés ont pris l'initiative de négocier un accord européen sans avoir été incités à le faire par la Commission. En vertu d'une lecture disjointe des articles 154 et 155<sup>16</sup>, les employeurs et les salariés, hors de toute délégation, peuvent en effet s'engager dans un processus purement conventionnel. L'accord européen alors conclu sera de dimension interprofessionnelle<sup>17</sup> ou sectorielle<sup>18</sup>. Autonome, la norme conventionnelle européenne (puis la convention nationale d'exécution) a vocation à se substituer à la fois à la « loi européenne » (la directive) et à la normale nationale de transposition (la loi ou le décret). Il ne faut cependant pas avoir de ce processus une vision idyllique. À vouloir préserver son essence négociée par une mise en œuvre de même nature, les parties à l'accord européen prennent le risque de lui conférer une portée moindre. Dans beaucoup de pays, le droit négocié devrait se révéler moins efficace – au sens de sa mise en œuvre effective – que la norme légiférée. Se pose en outre la question de la marge de manœuvre laissée aux négociateurs de l'accord national de mise en œuvre : s'il s'agit de se résoudre à reproduire le contenu de l'accord européen dans

des travailleurs des transports (ETF), l'Association européenne des personnels navigants techniques (ECA), l'Association européenne des compagnies d'aviation des régions d'Europe (ERA) et l'Association internationale des charters aériens (AICA).

12. V. par ex., dir. 97/81, préc.

13. Dir. 2010/18, préc.

14. V. notre article, « Révision de la directive temps de travail : chronique d'un échec, quel échec ? », *RJS* 7/09, p. 523.

15. La méthode téléologique, méthode classique de la CJUE, est ainsi appliquée à propos d'une clause de l'accord sur le travail à durée déterminée. V. par ex. : CJCE 4 juill. 2006, aff. C-212/04, Adeneler, § 60.

16. Sur cette lecture, B. Teysié, *Droit européen du travail*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, n° 126.

17. Par ex. l'accord cadre européen sur le télétravail du 16 juill. 2002.

18. Par ex. l'accord du 27 janv. 2004 entre la Communauté européenne du rail (CER) et la fédération européenne des travailleurs des transports (ETF) sur la licence européenne pour conducteurs effectuant un service d'interopérabilité transfrontalière.

un accord de rang inférieur, l'accord serait de pure forme. Enfin, qui serait le juge des accords européens ? La Cour de justice est-elle compétente pour être saisie en interprétation ? Une ou des juridictions nationales ?

Avec les accords européens dits volontaires, il est déjà moins question de délégation normative. On s'approche d'accords s'exonérant de toute contrainte réglementaire. Les accords transnationaux négociés au sein de l'entreprise ou du groupe s'inscrivent dans cette perspective.

### B. *Substitut libéré*

**8. Contexte.** L'entreprise ou le groupe de dimension transnationale peut vouloir appréhender ses activités sociales de manière transnationale. Le dépassement des frontières, que l'accord soit de dimension européenne ou internationale, est susceptible de répondre à un intérêt partagé de la direction et des salariés. À froid, l'entreprise ou le groupe peut souhaiter globaliser, au moins sur certains aspects, sa politique de ressources humaines. La direction sera incitée à le faire dans le cadre de ses engagements en matière de RSE (responsabilité sociale d'entreprise) et en lien avec les conventions de l'OIT (Organisation internationale du travail) et autres instruments visant à protéger les droits sociaux fondamentaux. De tels accords porteront sur le travail des enfants, l'interdiction du travail forcé, le travail décent, le respect des droits syndicaux, la santé et la sécurité, l'emploi<sup>19</sup>... De manière plus pragmatique, parce que certaines questions sociales sont par nature transnationales, par exemple la gestion de la carrière des salariés mobiles, l'accord transnational est l'instrument approprié. À chaud, une restructuration peut entraîner fermetures de site, suscitant réaffectation d'activités et de personnels : un accord transnational peut aider à répondre aux conséquences sociales de telles évolutions. Les salariés, à travers leurs représentants, ont tout intérêt à être associés aux évolutions importantes de l'entreprise ou du groupe afin de pouvoir défendre leurs intérêts. À cet égard, les accords transnationaux d'entreprise

ou de groupe peuvent envisager les voies d'une représentation transnationale du personnel, par exemple par la création d'un « comité mondial de groupe ». Il y a donc, comme l'écrit le professeur Martinon<sup>20</sup>, une réelle tentation de la norme conventionnelle d'entreprise.

Sur le plan formel, les accords transnationaux conclus sont très variés. La direction est amenée à négocier, pour le compte des personnels, avec des entités diverses : institutions nationales de représentation des personnels (comité d'entreprise en France), institution européenne ou internationale de représentation des personnels (comité d'entreprise européen par ex.), syndicats nationaux, européens ou internationaux...

**9. Régime juridique.** Se pose naturellement la question de la valeur de ces accords et de leur régime. Il y a sur ce point un véritable pari<sup>21</sup>. Malgré les tentatives engagées au niveau communautaire<sup>22</sup>, l'on sait déjà avec certitude que les accords transnationaux d'entreprise ou de groupe n'ont pas de régime juridique propre, faute de norme internationale dédiée<sup>23</sup>. Leur valeur et leur régime devraient donc relever des droits nationaux. Certains auteurs affirment que, à l'instar de la *lex mercatoria*, existerait une *lex socialia*, dont la substance se déduirait des principes du droit social européen et international (conventions de l'OIT, charte des droits fondamentaux de l'Union européenne...) permettant d'affranchir l'accord international de toute réglementation étatique<sup>24</sup>. L'analyse mérite d'autant plus l'attention que ces accords semblent avant tout tirer leur force d'un engagement moral des parties : un *gentlemen's agreement* serait plus solide qu'un accord rendu obligatoire par la force d'une norme étatique ou internationale<sup>25</sup>. Cette approche a l'avantage de régler la délicate question de la nature de l'engagement pris par les parties, tantôt véritable accord, plus souvent simple engagement unilatéral de la direction.

Il reste que l'accord transnational n'échappe pas entièrement à l'emprise des normes étatiques ou internationales. D'abord *via* le mécanisme de

19. Pour une analyse de ces accords, A. Martinon, « Les transformations de la norme internationale », *JCP S* 2015. 1250.

20. A. Martinon, art. préc.

21. A. Martinon, art. préc.

22. V. par ex. S. Laulom, « Un statut pour les accords transnationaux », in « Les négociations transnationales en Europe : où en est-on ? », *Cahiers de la fondation* n° 69-70, oct. 2007-sept. 2008, p. 123-129.

23. Car les articles 154 et 155 du traité ne concernent pas ces accords.

24. B. Teyssié, ouvrage préc. V. aussi R. Dupiré, « Repenser la négociation collective transnationale », *JCP S* 2013. 1472.

25. B. Teyssié, « Négociation. Convention et accord collectif – Négociation transnationale », *J.-Cl. Travail*, fasc. 1-39, n° 28.

résolution des conflits de lois : le règlement 593/2008 sur la loi applicable au contrat laisse en effet aux parties le choix de la loi qui gouvernera l'accord. À défaut de choix, l'accord est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, entendu comme le pays où se trouve le centre effectif de décision du groupe<sup>26</sup>. Le mécanisme conflictuel risque cependant d'être gage d'inefficacité. À supposer que la loi nationale ne donne valeur à un accord collectif que s'il a été conclu par certaines organisations patronales ou syndicales représentatives dans le pays donné, il y a peu de chance que l'accord transnational remplisse les conditions requises. L'accord existera mais il sera dans ce cas privé des effets juridiques attachés à un accord collectif de travail ; il obéira au régime du droit commun des contrats. Idéalement, l'accord transnational sera signé conjointement par les organisations nationales représentatives, permettant de faire d'une pierre deux coups puisque l'accord européen sera également un accord collectif national. Vers la quête d'efficacité juridique, une option alternative consiste à organiser, au sein de l'accord européen, les conditions de sa mise en œuvre dans les droits internes. Affranchi de toute régulation internationale, il ne saurait être empêché de le prévoir. C'est un moyen plus sûr de consolider l'accord européen et de sécuriser sa portée, les accords nationaux tirant alors leur force de la réglementation qui leur est applicable en droit interne. Cela suppose toutefois que les pays concernés donnent une véritable force aux accords collectifs de travail...

**10.** Substitut encadré ou libéré, l'accord transnational entretient une relation complexe avec la loi nationale et internationale. La complexité est accrue par l'existence d'autres formes de relation : le contrat peut se conduire comme un auxiliaire de la loi.

## II. Le contrat, auxiliaire de la loi transnationale

**11.** Le contrat peut apporter sa collaboration à la loi européenne dans les conditions que celle-ci prévoit. Il se comporte comme un auxiliaire de

celle-ci. Le rôle conféré au contrat, tantôt de dimension internationale, tantôt de dimension nationale, est d'intensité variable : généralement accessoire (A), il peut devenir central dans certains domaines réservés (B).

### A. Un rôle accessoire

**12. Transposition des directives.** Par définition, la directive communautaire doit être transposée. Elle ne lie les États que quant au résultat, les laissant libres de la forme et des moyens<sup>27</sup>. La transposition doit être assurée par un acte propre à en assurer l'effet utile en droit interne<sup>28</sup>. Cette exigence renvoie à un acte juridiquement contraignant qui peut être, en droit français, une loi, un décret voire un arrêté. L'originalité des directives sociales est d'ouvrir une autre possibilité : les États membres peuvent transposer une directive par voie d'accord collectif. Le processus est relativement ancien<sup>29</sup>. L'expérience remonte à la directive 91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, selon laquelle les États membres adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive « ou s'assurent, au plus tard à cette date, que les partenaires sociaux mettent en place les dispositions nécessaires par voie d'accord ». La prescription laisse apparemment une grande marge de manœuvre aux États quant au type d'accord collectif susceptible de remplir l'office de transposition. Elle est toutefois accompagnée d'une certaine prudence puisque la directive précise que « les États membres [doivent] prendre toute disposition nécessaire leur permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par la présente directive ». La transposition par voie d'accord entre partenaires sociaux nationaux ne saurait donc s'écarter des impératifs d'effet utile et de caractère contraignant. En ce sens, la directive 91/533 et celles qui suivront ont pris acte de la jurisprudence de la Cour de justice qui avait jugé qu'il est « loisible aux États membres de laisser, en premier lieu, aux partenaires sociaux le soin de réaliser les objectifs de politique sociale visés par une directive en ce domaine »<sup>30</sup>. Entre-

26. En ce sens P. Rodière, ouvrage préc., n° 555.

27. TFUE, art. 288.

28. CJCE 8 avr. 1976, aff. 48/75, Royer.

29. Sur sa genèse et son développement, A. Lyon-Caen, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Dr. soc.* 1997. 68.

30. CJCE 30 janv. 1985, aff. 143/83, Commission c/ Danemark.

temps, le rôle des partenaires sociaux a été constitutionnalis<sup>31</sup>.

Logiquement, les directives sociales contemporaines font écho à cette faculté et prévoient, dans leur ensemble, que les partenaires sociaux nationaux sont habilités à mettre en œuvre le contenu de la directive<sup>32</sup> ; il convient de mettre à part les directives dites « refonte »<sup>33</sup> qui se limitent à recodifier à droit constant des directives anciennes. Dans quelques directives plus récentes, il est précisé que les partenaires sociaux interviennent « à leur demande conjointe », condition qui paraît aller de soi<sup>34</sup>. Une directive votée dans le champ de l'article 153 § 2 du TFUE ne ferait-elle pas expressément référence à la faculté de mise en œuvre par les partenaires sociaux que leur habilitation résulterait directement du traité<sup>35</sup>.

Une fois constaté le fait que les partenaires sociaux peuvent assurer la mise en œuvre d'une directive sociale en droit interne, surgit une interrogation déjà évoquée dans un autre contexte : quel est l'espace de liberté – de négociation – laissé aux parties prenantes ? Auxiliaire de la loi européenne, l'accord collectif national l'est aussi du droit national : l'État membre destinataire de la directive exécute ses obligations en confiant la mise en application du contenu de la directive à un accord entre partenaires sociaux. Au-delà de cette remarque générale, le degré de liberté dans la négociation dépendra de la rédaction de la directive. Si celle-ci contient des principes vagues ou des prescriptions hésitantes, voire si elle donne aux États le choix entre plusieurs options<sup>36</sup> ou tolère exceptions ou dérogations<sup>37</sup>, la négociation au niveau national n'en sera que plus dynamique.

**13. Renvoi des directives à l'accord collectif.** En lien avec la transposition d'une directive, il n'est pas rare que les directives sociales fassent explicitement référence aux partenaires sociaux nationaux pour préciser le sens de certaines de leurs dispositions. Réapparaît la technique de la délégation normative, au profit cette fois de l'accord de dimension nationale. La directive 2003/88 offre à cet égard des exemples intéressants de l'articulation entre le contrat et la loi. Cette directive peut placer la loi et l'accord sur un pied d'égalité. Par exemple, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que « la durée hebdomadaire du travail soit limitée au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux ». Mais la directive 2003/88 peut aussi donner compétence de principe aux partenaires sociaux nationaux : pour fixer la durée du temps de pause dont bénéficie tout travailleur, ce n'est qu'à défaut de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux que la législation nationale, revêtant une fonction supplétive, interviendra. Le recours aux partenaires sociaux peut prendre la forme d'une véritable délégation d'autorité sur un point essentiel du texte. Ainsi, dans le cadre de la directive 2002/14, « les États membres peuvent confier aux partenaires sociaux au niveau approprié, y compris au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, le soin de définir librement et à tout moment par voie d'accord négocié les modalités d'information et de consultation des travailleurs ». Logiquement, lorsque la directive est le fruit d'un accord européen, le rôle confié à l'accord collectif au niveau national est élevé. Ainsi, sur un point essentiel de la

31. TFUE, art. 153 § 3 : « Un État membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives » ; dans ce cas, l'État membre « s'assure que, au plus tard à la date à laquelle une directive [...] doit être transposée ou mise en œuvre, les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, l'État membre concerné devant prendre toute disposition nécessaire lui permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive ».

32. V. not. dir. 92/85/CEE du Conseil, 19 oct. 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, art. 14 ; dir. 94/33/CE du Conseil, 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail, art. 17 ; dir. 97/81, préc., art. 2 ; dir. 2000/43/CE du Conseil, 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, art. 16 ; dir. 2000/78/CE du Conseil, 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 18 ; dir. 2002/14, préc., art. 11 ; dir. 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil, 19 nov. 2008 relative au travail intérimaire, art. 11 ; dir. 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil, 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen, art. 16 ; directive 2010/18, préc., art. 3.

33. Dir. 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil, 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ; dir. 2001/23/CE du Conseil, 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

34. Par ex. dir. 2000/78, préc.

35. Ce qui explique pourquoi la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services limite sa mise en œuvre à des dispositions législatives, réglementaires et administratives. Cette directive a en effet sa base juridique dans la libre prestation de services.

36. Par ex. dir. 1999/70, préc.

37. Par ex. dir. 2003/88, préc.

directive 2010/18, à savoir la non-transférabilité entre parents d'une partie du congé parental, la clause 2.2 de l'accord annexé stipule que « les modalités d'application de la période non transférable sont arrêtées au niveau national par voie législative et/ou par des conventions collectives ». Autre exemple tiré du même texte, « les conditions d'accès au congé parental et ses modalités d'application sont définies par la loi et/ou par les conventions collectives dans les États membres ».

Le niveau de protection offert par une directive sociale n'est pas fixé de manière uniforme. L'objectif n'est pas d'unifier les droits nationaux. Dans un contexte de rapprochement de ces derniers, les directives sociales se limitent à fixer des normes plancher, exigences minimales auxquelles il est loisible aux États membres de déroger *in favorem* mais pas *in pejus*. Sont ici associés ce que l'on appelle la protection nationale renforcée et le principe de non-régression<sup>38</sup>. Dans ce schéma flexible revenant à organiser les conditions de l'éviction de la norme légiférée, l'accord collectif de niveau national a toute sa place. Est conféré aux partenaires sociaux nationaux le droit d'élaborer des dispositions contractuelles différentes, pour autant que les exigences minimales prévues par la directive soient respectées<sup>39</sup>. Ainsi, la directive 2003/88 ne porte pas atteinte à la faculté des États membres « de favoriser ou de permettre l'application de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ». Il peut toutefois arriver que l'accord collectif national puisse constituer l'instrument d'une mesure de défaveur. L'hypothèse est exceptionnelle; elle est mise en œuvre dans la directive 2003/88, notamment à travers un article intitulé « Dérogations par voie de conventions collectives » : « Il peut être dérogé aux articles 3 [repos journalier], 4 [temps de pause], 5 [repos hebdomadaire], 8 [durée du travail de nuit] par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux au niveau national ou régional ou, en conformité avec les règles fixées par ces partenaires sociaux, par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux à un niveau inférieur »<sup>40</sup>.

## B. Un rôle central

**14. Contexte.** La perspective se renverse : l'accord devient le cœur du régime juridique de l'institution européenne. Il est un accord transnational. C'est de la pratique qu'est issu ce cas de figure, lorsque des entreprises et groupes de dimension européenne, exprimant le besoin de disposer d'une représentation du personnel de dimension transnationale, ont organisé de manière conventionnelle – à défaut de cadre juridique réglementaire – les conditions d'une telle représentation. Les grands groupes ouverts au dialogue social furent un terrain propice à la négociation de conventions entre directions d'une part et représentants des personnels d'autre part, négociations aboutissant à la mise en place d'instances européennes d'information et de consultation<sup>41</sup>.

Tout en offrant par la suite un cadre juridique à ces instances, le droit de l'Union européenne a sauvegardé ce qui en fait l'essence, à savoir l'autonomie de la volonté. Du reste, les accords historiques, ceux conclus avant l'entrée en vigueur des directives, sont préservés. Sous la dénomination d'« accords d'anticipation » ils continuent de produire leurs effets bien que leur nature juridique – et donc leurs conditions de validité et leur régime – puisse être discutée au regard des catégories nationales d'accords collectifs<sup>42</sup>.

La directive 2009/38 (qui a succédé à la directive 94/45) fixe actuellement le cadre juridique des comités d'entreprise européens. Elle a été imitée par la directive 2001/86 organisant par accord les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la société anonyme européenne puis par les directives 2003/72 (société coopérative européenne) et 2005/56 (sociétés issues de fusions transfrontalières de sociétés de capitaux).

**15. Fonctions de l'accord.** Poursuivant l'objectif d'améliorer le droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, la directive 2009/38 est guidée par un esprit de proximité : « Conformément au principe de l'autonomie des parties, il appartient aux représentants des travailleurs et à la direction de l'entreprise ou de l'entreprise qui

38. Sur ce sujet, N. Moizard, *Harmonisation communautaire et protection nationale renforcée : l'exemple du droit du travail français*, thèse Paris I, 1999.

39. V. par ex. dir. 2010/18, préc., clause 8.

40. L'accord devra cependant prévoir des « périodes de repos compensateur » ou une « protection appropriée ».

41. Sur la genèse des comités d'entreprise européens, B. Teyssié, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, 2012, LexisNexis, n° 61 s.

42. V. B. Teyssié, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, préc., n° 75 s.

exerce le contrôle d'un groupe de déterminer d'un commun accord la nature, la composition, les attributions, les modalités de fonctionnement, les procédures et les ressources financières du comité d'entreprise européen ou d'autres procédures pour l'information et la consultation, de manière à ce qu'elles soient adaptées à leur propre situation particulière »<sup>43</sup>. La directive pose certes des cadres qui s'imposent aux parties, parmi lesquels la définition d'une entreprise ou d'un groupe de dimension communautaire, les notions d'information et de consultation, la procédure de mise en place du comité ou encore le statut des informations confidentielles. Mais ce qui frappe est le rôle dévolu à la liberté contractuelle dans la mise en œuvre et le fonctionnement du comité d'entreprise européen.

Ainsi, un « groupe spécial de négociation » (dit « GSN », organe qui représente les personnels) a pour tâche de fixer, avec la direction centrale, par un accord écrit, le champ d'action, la composition, les attributions et la durée du mandat du ou des comités d'entreprise européens. La direction centrale et le GSN doivent négocier dans un esprit de coopération en vue de parvenir à un accord sur les modalités de mise en œuvre de l'information et de la consultation des travailleurs. La directive se contente d'orienter le contenu de cet accord en fixant des figures imposées<sup>44</sup> : l'accord détermine les entreprises du groupe couvertes par le comité d'entreprise européen, sa composition, ses attributions en matière d'information et de consultation, le lieu, la fréquence et la durée des réunions, les ressources financières du comité, la date d'entrée en vigueur et sa durée, etc. Mais même dans le périmètre de ces figures imposées, la liberté contractuelle est réelle : on peut s'accorder pour exclure certaines entités du groupe du périmètre de l'institution représentative ; on peut librement organiser la répartition des sièges entre pays voire ne pas accorder de siège à un pays, déterminer les conditions de vote ; on peut décider d'avoir un comité avec de nombreux membres ou au contraire un comité à taille réduite ; on peut multiplier les réunions ou en réduire le nombre ; l'accord peut

être conclu à durée déterminée ou indéterminée, etc. Aux côtés des figures imposées, cohabitent des figures libres : l'objet de la négociation est en effet, précise la directive, « sans préjudice de l'autonomie des parties ». Libre aux parties de créer si elles le souhaitent plusieurs comités d'entreprise européens au sein d'un même groupe, de donner la présidence à un salarié, de créer un comité restreint et d'en définir les attributions, d'organiser la présence d'observateurs syndicaux, d'étendre le comité à des entités non européennes, etc.

L'incitation à parvenir à un comité d'entreprise européen négocié est telle qu'une menace pèse sur les parties prenantes : à défaut de négocier ou si les négociations s'avèrent infructueuses (mais aussi si les parties à la négociation y consentent), un comité dit « légal » sera institué auquel s'appliquera un corps de « prescriptions subsidiaires », déterminé en annexe de la directive.

L'espace de liberté contractuelle confié aux négociateurs est souvent mal compris par les juristes français, habitués à ce que les institutions représentatives du personnel soient soumises à un encadrement législatif et réglementaire pointilleux duquel il est dangereux de s'écarter au risque de heurter l'ordre public dit absolu. Il est vrai aussi que, en matière de comité d'entreprise européen, la liberté des parties doit se concilier, sur certaines questions essentielles, avec les cadres de la directive : définition de l'information et de la consultation ; sort de l'accord en cas de restructuration du groupe, etc.

**16. Conclusion.** Cette dernière réflexion invite à conclure par une observation générale. Si le contrat est présent sous diverses formes et dimensions dans le droit social international et européen, sa compréhension ne peut se faire que dans le contexte des règles internationales et étatiques qui l'entourent. En la matière, la dialectique de la loi et du contrat n'est ni moins riche ni plus simple qu'en droit interne du travail. Les enjeux identifiés à ce dernier niveau, en particulier l'équilibre des pouvoirs dans la Cité<sup>45</sup>, se retrouvent avec un étonnant parallélisme à hauteur du droit social international.

43. Préambule, considérant n° 19.

44. Selon l'expression de B. Teyssié, ouvrage préc., n° 164.

45. Sur cette question, v. B. Teyssié, « Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail », *JCP S* 2015. 1326.

# Droits fois rien

Cécile Chainais, Directrice scientifique

---

Un groupe d'avocats du nom d'Eurojuris m'avait aimablement conviée à introduire en ce début d'année 2016, un colloque joliment intitulé « l'ère du temps ». Sous un jeu de mots badin, se cachait une question plus cruciale : le droit est-il entré dans une nouvelle ère du temps ? Le rapport annuel de la Cour de cassation, publié quelques mois plus tôt, m'avait déjà donné l'occasion d'approfondir cette question.

Mais quel était donc l'air du temps en ce début d'année 2016 ?

Au plan politique et juridique, l'heure était grave – incarnée par l'entrée en vigueur de l'état d'urgence. Au plan littéraire et artistique, l'air du temps sonnait plutôt comme un air de requiem, avec la mort de personnalités qui, précisément, ont marqué leur temps, leur époque et dont l'œuvre contient une réflexion profonde sur le temps – Pierre Boulez et Michel Tournier.

Dans le domaine de la musique – cet art que l'on définit comme l'*art du temps* – la disparition de Pierre Boulez donnait l'occasion de redécouvrir sa réflexion sur le temps en musique et son ouvrage intitulé *Penser la musique*, paru en 1963. Le compositeur y opposait deux conceptions du temps – « temps strié » d'un côté, « temps lisse », de l'autre.

Le temps strié désigne le temps musical chronométrique, balisé autour de la mesure et de la pulsation, un temps rythmé propice à des mélodies qui s'inscrivent aisément dans la mémoire de l'auditeur. Face ce temps strié, Boulez met en évidence un temps différent, le temps lisse, pour lequel les « stries » temporelles sont remplacées – quitte à déconcerter parfois – par la durée propre de certains *objets sonores* – que le compositeur accueille. Il n'y a alors plus de mesure ou de rythme repérable, mais écoulement continu dans le temps d'une masse sonore en évolution, un temps suspendu, comme inscrit dans l'éternité.

Cette distinction n'est pas sans trouver singulièrement écho chez Michel Tournier, qui lui aussi se confronte à la question du temps dans son œuvre publiée quatre ans plus tard, en 1967, *Robinson ou les Limbes du pacifique*. Tout en reprenant le mythe du Robinson Crusoé de Willem Defoe, Tournier lui donne une tout autre signification, en infléchissant le rapport que ce personnage entretient au temps, au fil du roman. Lorsqu'il échoue sur son île, Robinson s'efforce en effet, dans une première période, de rétablir dans sa vie une chronométrie rigoureuse, afin de mesurer le temps qui passe et de recréer un temps social, celui de l'horloge – comme le fait le Robinson de Defoe. Il retrouve ainsi une certaine maîtrise du temps – notamment grâce à une horloge à eau dont Robinson – écrit Tournier – avait « strié » les flancs afin de marquer le passage des heures.

Toutefois, progressivement, sous l'influence de la rencontre avec Vendredi, Robinson abandonne clepsydre et calendrier ; il décide d'arrêter le temps et de vivre dans le temps lisse d'un éternel présent – à la différence du Robinson de Defoe. À telle enseigne que lorsque 28 ans plus tard, des navigateurs arrivent incidemment sur son île, il fera le choix, sans hésiter, de rester à Speranza, à l'opposé du personnage de Defoe, désireux de rejoindre l'Europe et de retrouver les cadences d'un temps civilisé.

Que nous disent, un demi-siècle plus tard et au moment où disparaissent leurs auteurs, ces deux œuvres, musicale et littéraire, sur le rapport qu'entretient aujourd'hui le droit avec le temps ? Elles révèlent assurément quelque chose de la conscience juridique contemporaine, mais je limiterai ici ma réflexion à l'opposition temps lisse / temps strié.

Certes, le droit a toujours développé une véritable technique du temps, donnant naissance à un temps proprement juridique, strié et marqué par les délais – de prescription, de péremption, de

forclusion, etc. Il n'en reste pas moins que, pendant longtemps, le droit objectif, celui des sources du droit, a été conçu comme inscrit dans un temps lisse, qui n'avait pas de prise sur lui. C'est ce que l'on a appelé le mythe du droit intemporel ou atemporel, incarné par l'adage « les heures passent, le droit demeure ».

Selon cette conception mythique, tout ordre juridique serait avant tout un défi au temps, un effort de conservation de l'état social qu'il établit. La norme ne devrait donc pas être affectée par l'écoulement du temps, ou devrait l'être le moins possible. De même, l'interprétation des normes serait, selon cette conception, contingente et secondaire. Leur signification devrait être fixée une fois pour toutes. Prévaudrait ainsi l'idée selon laquelle, selon l'heureuse formule de Montesquieu, « il ne faut toucher [aux lois] que d'une main tremblante ».

Or notre époque est marquée par une rupture à l'égard de cette conception intemporelle du droit. Le phénomène n'est pas nouveau et a déjà été parfaitement mis en exergue par François Ost. La modernité voit naître une perspective nouvelle, selon laquelle les normes, mais également leur interprétation, font partie d'un droit vivant, soumis à des évolutions constantes. Le droit contemporain est marqué par les stries du temps. Plus que jamais, il est vivant, mouvant ; les normes s'adaptent aux nouvelles exigences de la vie sociale et économique. Les lois se temporalisent. La main du législateur ne tremble plus – loin s'en faut... – au moment d'y porter une modification.

Chacun jugera cette évolution comme il l'entend. Les uns se réjouiront que le droit entre ainsi dans la modernité et s'y adapte. D'autres entonneront le thème du déclin du droit. Une idée sur laquelle beaucoup pourraient toutefois s'accorder, c'est que si la loi et la jurisprudence peuvent de moins en moins aisément se concevoir « hors du temps », il reste encore un îlot de temps lisse pour le droit, salutaire et nécessaire, incarné par la Constitution, creuset des valeurs fondamentales, intemporelles, de notre société. À bien des égards, la Constitution apparaît comme un ensemble de valeurs intangibles, un repère essentiel en ces temps où le temps strié envahit toutes les sources du droit.

Mais voici que l'on se propose de réunir le Congrès et de faire entrer l'urgence – l'état d'urgence – dans la Constitution. Voici que l'on envisage de changer le texte fondamental afin d'inscrire en son cœur les dérogations possibles à ce même texte.

Qu'il soit permis au Robinson du droit qui sommeille en tout juriste de trembler devant cette manifestation extrême de la temporalisation du droit que représente la constitutionnalisation de l'état d'urgence. Qu'il lui soit permis de regretter qu'en cette période de déstabilisation inouïe subie par notre société, la norme fondamentale se mette elle-même à trembler et à subir les stries du temps.

Adapter les lois face à cette menace nouvelle, c'était inévitable.

Mais que diable la Constitution allait-elle faire dans cette galère ?

Où l'on en vient déjà à regretter le temps où l'on ne touchait à la Constitution que d'une main tremblante...

## COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *Revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit  
par courrier électronique à l'adresse suivante :*  
*revuededroitdassas@gmail.com*

### Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique,  
elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance,  
à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité,  
vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site  
[www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)



ADD  
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale  
Recherche d'héritiers



**SIÈGE SOCIAL : PARIS**

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BORDEAUX ■ CLERMONT-FERRAND  
LYON ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE

---

HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

[www.add-genealogie.com](http://www.add-genealogie.com)