



UNIVERSITÉ  
PANTHÉON-ASSAS  
- PARIS II -

# Revue de droit d'Assas

N° 11 Octobre 2015

## Le portrait

**Michel Germain, un juriste-philosophe**

Par Matthieu Buchberger

## Le débat

**Liberté d'expression et religion**

Avec Jean Hauser et Dominique Schnapper

## Idées pour l'université

**Quelles nouvelles méthodes  
d'enseignement du droit ?**

Par Matthieu Buchberger, Clément Cousin,  
Julien Dubarry, Pauline Le Monnier de Gouville,  
Benjamin Moron-Puech

## Le dossier

**La fondamentalisation du droit privé**

Par Soraya Amrani-Mekki, François Chénéde,  
William Dross, Grégoire Loiseau,  
Jean-Pierre Marguénaud, Mustapha Mekki,  
Jean Mouly et Thomas Piazzon

## Perspectives

**Droit de l'environnement**

Par Mathilde Hautereau-Bouttonnet, Christian Huglo,  
Yann Kerbrat, Sandrine Maljean-Dubois  
et Laurent Neyret

# 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,  
responsable du Master 2 Droit public approfondi

**Yves Gaudemet,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,  
ancien responsable du Master 2 Droit public  
approfondi

**Michel Humbert,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**Christian Larroumet,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,  
ancien responsable du Master 2 Droit privé général

**Yves Lequette,**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
ancien responsable du Master 2 Droit privé général

**Laurent Leveneur,**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
responsable du Master 2 Droit privé général

**Martine Lombard,**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
ancienne responsable du Master 2 Droit public  
de l'économie

**Denis Mazeaud,**

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

**Jacques-Henri Robert,**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,  
ancien responsable du Master 2 Science  
pénitentiaire

**Louis Vogel,**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
ancien Président de l'Université

## COMITÉ DE RÉDACTION

**Rédacteurs en chef :**

Nicolas Balat et Étienne Casimir

**Rédacteur en chef adjoint :**

Antoine Touzain

**Responsable du développement :**

Maxime Cormier

**Responsable du financement :**

Guillaume Drouot

**Coordnatrice 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

Nicolas Balat et Étienne Casimir, rédacteurs en chef

---

À un moment où les passions classiques se sont affadies, notre monde s'en est cherché une nouvelle qui ait du goût : la cuisine. Elle a ses *addicts* et désormais ses sanctuaires : l'univers cathodique fourmillé de télé-crochets culinaires et même la presse la plus intellectuelle consacre une rubrique à la gastronomie où s'ébrouent ses exégètes... La *Revue de droit d'Assas* se devant d'être... à la page, voici la recette qui vous a été préparée à l'occasion de cette onzième parution. En amuse-bouche, dans la rubrique « hors les murs », vous trouverez une lecture très... personnelle des principaux adages juridiques, un résumé sportif de l'affaire Tapie, ou encore une réflexion sur l'anglais juridique : *food for thought* !

Comme à l'accoutumée, votre *revue* sera assaisonnée d'un peu d'actualité. Au titre de la question religieuse, un débat qui ne manquera pas de sel sur la liberté d'expression : le doyen Jean Hauser et l'ancienne membre du Conseil constitutionnel et sociologue Dominique Schnapper nous éclairent de leurs points de vue. Le dossier est, lui aussi, consacré à un thème dans l'air du temps et qui a donné lieu, récemment, à de véritables batailles rangées : « la fondamentalisation du droit privé ». Mme Amrani-Mekki et MM. Chénéde, Dross, Loiseau, Marguénaud, Mekki, Mouly et Piazzon, nous font l'honneur de décliner le sujet, non pas à toutes les sauces, mais dans diverses disciplines juridiques.

Et puis, un numéro ne serait pas un succès sans quelques mystères levés : grâce à Matthieu Buchberger, vous en saurez (beaucoup) plus sur votre ancien professeur de droit des affaires, Michel Germain, « professeur dont on est baba », l'auteur vous expliquera pourquoi...

Signalons aussi l'inauguration d'une nouvelle rubrique à *la carte*, la rubrique « perspectives » : elle est consacrée à l'étude d'une matière et de son état, actuel ou à venir. Dans cet exercice du bilan prospectif, une totale liberté est laissée aux auteurs... pour notre plus grand bonheur. À quelques semaines du sommet parisien sur le climat, la *RDA* met les petits plats dans les grands, cette première livraison étant dédiée aux perspectives du droit de l'environnement ; elle en réunit de grands noms (Mmes Hautereau-Boutonnet et Maljean-Dubois, MM. Huglo et Kerbrat), sous la direction du professeur Laurent Neyret.

Et parce que les vieilles outres n'empêchent pas un vin nouveau, la vénérable rubrique « Dans les murs » de cette revue est remaniée : elle abritera désormais des « Idées pour l'université ». Il s'agit d'y proposer une tribune pour accueillir le débat contemporain sur l'enseignement du droit et l'avenir du modèle universitaire français – excusez du peu ! Le coup de feu est donné par Matthieu Buchberger, qui n'a décidément pas peur de mettre plusieurs fois la main à la pâte et qui nous a fait le plaisir de compiler quelques recettes exotiques (Italie, Allemagne, Sorbonne...) pour vous livrer, selon une expression qui a fait florès du côté de la rue Saint-Guillaume, notre *cuisine du droit* à nous !

Enfin, cerise sur le gâteau de ce onzième numéro, la revue accueille une nouvelle directrice scientifique, le professeur Cécile Chainais, qui a bien voulu relever le défi de prendre la suite de Denis Mazeaud. Infiniment merci, et bienvenue dans la grande famille de la *revue* ! Nous ne souhaitons pas achever cet éditorial sans exprimer à nouveau tout le plaisir que nous avons à poursuivre l'aventure dans ce nouveau cadre. Nous ne voudrions pas finir non plus sans une pensée pour celui qui a rendu son tablier mais restera notre chef trois étoiles, Denis Mazeaud, dont nous espérons qu'il appréciera ce numéro, qu'il lira peut-être « tout en sirotant voluptueusement son café, le croissant calé entre le pouce et l'index ».<sup>1</sup>

Bonne lecture de ce numéro que nous espérons, amis juristes, le plus *digeste* possible...

---

1. D. Mazeaud, « Droits fois rien », *RDA*, n° 1, janv. 2010, p. 94.

# Sommaire

---

## L'intro

Quelques mots des rédacteurs en chef p. 1

## Grand Un Autour du droit

### Grand A ■ Du droit et des hommes

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

Michel Germain : un juriste/philosophe

*Matthieu Buchberger*

5

#### Petit deux : droit au débat

Religion et liberté d'expression

*Jean Hauser et Dominique Schnapper*

9

### Grand B ■ Droit de regard

#### Petit un : hors les murs

Le bréviaire du juriste. *Guillaume Drouot*

13

La langue de Shakespeare

*Géraldine Gadbin-George*

15

Un arbitrage hors norme

*Paul Giraud et Jérémie Jourdan-Marques*

17

#### Petit deux : dans les murs

« Des idées pour l'université »

Introduction à la rubrique. *Matthieu Buchberger*

20

Les nouvelles méthodes d'enseignement

« présentiel ». *Matthieu Buchberger*

21

L'observation mutuelle des enseignements

*Clément Cousin et Benjamin Moron-Puech*

25

Vision allemande du cours magistral

*Julien Dubarry*

28

Méthodes italiennes d'enseignement

*Pauline Le Monnier de Gouville*

30

## Grand Deux Au tour du droit

### Grand A ■ Droit sans frontières

#### La fondamentalisation du droit privé

##### Petit un :

Avant-propos. *Jean-Pierre Marguénaud*

33

##### Petit deux :

La fondamentalisation du droit des personnes

*Grégoire Loiseau*

37

##### Petit trois :

La fondamentalisation du droit de la famille

*François Chénéde*

41

##### Petit quatre :

La fondamentalisation du droit des biens

*William Dross*

45

##### Petit cinq :

La fondamentalisation du droit des contrats

*François Chénéde*

51

##### Petit six :

La fondamentalisation du droit de la preuve

*Mustapha Mekki*

58

##### Petit sept :

La fondamentalisation du droit du procès

*Soraya Amrani Mekki*

72

##### Petit huit :

La fondamentalisation du droit

de la consommation. *Thomas Piazzon*

84

##### Petit neuf :

La fondamentalisation du droit du travail

*Jean Mouly*

93

### Grand B ■ Perspectives

#### Droit de l'environnement

##### Petit un :

Le droit de l'environnement de demain

*Laurent Neyret*

120

##### Petit deux :

Perspectives pour un droit global de l'environnement.

*Mathilde Hautereau-Boutonnet*

123

##### Petit trois :

Quelles perspectives en droit international

de l'environnement ?

*Yann Kerbrat et Sandrine Maljean-Dubois*

132

##### Petit quatre :

Le droit de l'environnement dans trente ans

*Christian Huglo*

136

## Droits p'tits tours et puis s'en vont...

Par la directrice scientifique p. 144

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**Soraya AMRANI-MEKKI**, professeur  
à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

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

**Matthieu BUCHBERGER**, maître  
de conférences à l'Université Panthéon-Assas

**Étienne CASIMIR**, ancien ATER à l'Université  
Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

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

**François CHÉNEDÉ**, professeur à l'Université  
Jean Moulin (Lyon III)

**Clément COUSIN**, ATER à l'Université  
Panthéon-Assas

**William DROSS**, professeur à l'Université  
Jean Moulin (Lyon III)

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

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

**Géraldine GADBIN-GEORGE**, maître  
de conférences à l'Université Panthéon-Assas

**Paul GIRAUD**, ATER à l'Université  
Panthéon-Assas, docteur en droit

**Jean HAUSER**, professeur émérite  
de l'Université de Bordeaux, doyen honoraire

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

**Christian HUGLO**, avocat à la Cour, docteur  
en droit

**Jérémy JOURDAN-MARQUES**, docteur  
en droit de l'Université de Versailles  
Saint-Quentin

**Yann KERBRAT**, professeur à l'Université  
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Pauline LE MONNIER DE GOUVILLE**, maître  
de conférences à l'Université Panthéon-Assas

**Grégoire LOISEAU**, professeur à l'Université  
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Sandrine MALJEAN-DUBOIS**, directrice  
de recherche au CNRS

**Jean-Pierre MARGUÉNAUD**, professeur  
à la faculté de droit et des sciences  
économiques de l'Université de Limoges,  
membre de l'Institut de droit européen  
des droits de l'Homme (IDEDH) de l'Université  
de Montpellier

**Mustapha MEKKI**, professeur à l'Université  
Paris XIII, directeur de l'IRDA

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

**Jean MOULY**, professeur à la faculté de droit  
et des sciences économiques de l'Université  
de Limoges

**Laurent NEYRET**, professeur à l'Université  
de Versailles Saint-Quentin

**Thomas PIAZZON**, maître de conférences  
à l'Université Panthéon-Assas

**Dominique SCHNAPPER**, directrice d'études  
à l'EHESS, ancienne membre du Conseil  
constitutionnel

# Grand Un

## Autour du droit

### Grand A

#### Du droit et des hommes

##### Petit un

###### l'Homme du droit

**Michel Germain :  
un juriste/philosophe** 5

##### Petit deux

###### droit au débat

**Religion et liberté d'expression** 9

### Grand B

#### Droit de regard

##### Petit un

###### hors les murs

**Le bréviaire du juriste** 13

**La langue de Shakespeare,  
ses faux-amis et cetera** 15

**Lever de rideau sur un arbitrage  
hors norme** 17

##### Petit deux

###### dans les murs

**« Des idées pour l'université » :  
introduction à la rubrique** 20

**Les nouvelles méthodes  
d'enseignement « présentiel »...  
quelques illustrations** 21

**Récit d'une expérience  
pédagogique : l'observation  
mutuelle des enseignements** 25

**La vision allemande du cours  
magistral à l'Université** 28

**Aperçu des méthodes italiennes  
d'enseignement** 30

# 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.

## Michel Germain : un juriste/philosophe<sup>1</sup>

**Matthieu Buchberger**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)



**A**rmé de quatre babas au rhum (faits maison), dont je sais qu'il les apprécie, je me suis rendu dans cette élégante ville de la proche banlieue qu'est Vincennes, en la demeure de l'un de nos grands commercialistes : le Professeur Michel Germain. Mon ambition était grande : percer le mystère de cet homme qui sait se montrer si secret, et lui faire révéler des anecdotes inédites, dignes de faire les délices des lecteurs de la *revue de droit d'Assas* (la lichette supplémentaire de rhum sur les babas était à cette fin). L'entretien fut fort courtois et instructif, mais l'expérience du Professeur eut beau jeu de déjouer mon stratagème, lui seul conservant toute sa lucidité au cours de cette rencontre. Le compte rendu qui en est fait ici se fonde par conséquent sur des souvenirs qui pourraient, en certaines occurrences, trahir la réalité. Mais n'est-ce pas ainsi que se construisent les légendes ?

Dès la porte franchie, on ne peut qu'être impressionné. Tout en ces lieux respire une culture classique : statues, tableaux, livres, couvrent le sol et les murs... un véritable musée en rez-de-jardin. Ça et là, une revue, un livre de droit, exceptions au milieu d'ouvrages consacrés à la civilisation indienne, aux monastères russes, à la philosophie et aux vertus des plantes médicinales. Pour découvrir la riche bibliothèque juridique de Michel Germain, il faut traverser le hall de l'immeuble et se rendre dans le petit studio qui lui sert de bureau. Et ce que l'on y découvre ferait certainement pâlir d'envie tout collectionneur. Toutes les thèses, tous les ouvrages qui ont marqué le droit commercial y sont.

C'est donc presque à regret que je quitte ce bureau, l'entretien devant se dérouler dans le cadre fort agréable du salon qui donne sur le jardin attenant à l'appartement.

Le thé servi, les babas répartis, l'entretien peut commencer. Pour démontrer mon professionnalisme, j'expose quelques détails de vie, que le Professeur complète au fur et à mesure : son héritage familial avec un père, un grand-père, un arrière-grand-père, tous magistrats et même, pour ce qui est de ce dernier, bâtonnier ; ses études à Dijon et à Nancy ; son double cursus, avec l'idée que droit et philosophie peuvent se compléter harmonieusement, et le choix du droit, finalement, qui offre des

1. Curieusement, le titre alternatif « Michel Germain, un professeur dont on est baba » (v. plus loin...) n'a pas été approuvé par l'intéressé.

perspectives plus claires que le métier de philosophe ; sa thèse, à l'issue de deux DEA (en droit privé et en droit public), sur les sociétés dominantes et les sociétés dominées en droit français et allemand, dirigée par Roblot, son maître à penser... Maître à penser à qui il succédera d'ailleurs quelques années plus tard dans la rédaction du *Traité de droit commercial* dont Paul Didier, dans la préface des *Mélanges dédiés à Michel Germain*, dira qu'il est une « institution ». Puis c'est l'agrégation sous la présidence du doyen Carbonnier qui, à l'issue du concours, lui dit combien ce métier donne l'essentiel : la liberté. C'est de cette liberté dont il use alors, en enseignant à l'Université de Besançon, dont il fut le doyen (endossant la robe portée jadis par Badinter) et où il créa et dirigea un « bulletin de jurisprudence comtoise » (voir question ci-dessous). Ensuite, c'est le retour à Dijon, puis l'arrivée à Paris II, il y a vingt-cinq ans, avec Paul Didier qui lui propose de reprendre un magistère ayant déjà fait ses preuves et que Michel Germain a su élever au rang des diplômes juridiques les plus prisés. L'université lui doit aussi le développement de l'Institut de droit des affaires, ainsi que la création, en duo avec le Professeur Duval-Hamel, d'un MBA qui a su renouer avec l'alliance historique du droit et de l'économie. On lui doit également, en collaboration avec d'autres auteurs, un ouvrage sur les dirigeants des sociétés et un autre sur les sociétés par actions simplifiées, très appréciés par la pratique. Par-delà les frontières, profitant de « la chance de ne pas parler anglais », Michel Germain a également dispensé son savoir en Pologne, en Russie, au Vietnam, en Ukraine, au lendemain de la chute du mur de Berlin, au gré de conférences et de projets de rédaction de codes de commerce.

Pour qui connaît un peu Michel Germain, cette volonté de marier les genres ne surprend pas. Droit, philosophie, histoire, économie, gestion... autant d'alliances qui ont marqué les études du grand Professeur et qu'il eut à cœur de défendre tout au long de sa carrière. Les étudiants du magistère le savent bien, eux qui eurent la surprise (heureuse pour certains, moins pour d'autres) de se voir enseigner la philosophie dans un cursus pourtant de droit des affaires.

Pendant cette petite présentation à laquelle je m'adonne, Michel Germain, comme il sait si bien le faire, écoute, bienveillant, apportant de-ci, de-là, quelques corrections... Cinq années de thèse sous sa direction ne m'ont cependant pas suffi à savoir déceler s'il approuve vraiment ce résumé.

Quoi qu'il en soit, voici pour les faits... Mais ce qui intéresse le plus, ce n'est évidemment pas ce que tout le monde sait. Ce qui intéresse, c'est le point de vue d'autrui sur le Professeur, et le point de vue du Professeur sur autrui. Autrement dit, pour le juriste aux réflexes tout pavloviens : l'objectif, d'accord, mais *quid* du subjectif ?

Pour ce qui est du point de vue d'autrui, on s'en remettra aux discours prononcés, lors de la cérémonie de remise de ses mélanges en avril dernier, par d'anciens étudiants devenus Professeurs. Tous insistèrent sur la modestie, la qualité d'écoute, la gentillesse, qui accompagnent si bien la finesse des réflexions de Michel Germain. Tous ses thésards ont pu le constater : Michel Germain n'impose pas, ne cherche pas à faire courber l'échine pour voir adopter ses théories. Fort conscient de la subtilité du droit, de la « magie » du droit, dirait-il, il est tout sauf péremptoire. Pour les lecteurs à la culture aussi vaste que celle de Michel Germain, on dira qu'il est davantage Poussin que Koons ; Socrate (dont la maïeutique n'est pas totalement étrangère à la façon dont Michel Germain vous conduit subtilement à revoir votre raisonnement) que Sartre. Pour les autres, on dira qu'il emprunte davantage à Petyr Baelish qu'à Tywin Lannister, à Francis Cabrel qu'à Johnny Halliday.

Pour ce qui est du point de vue du Professeur, qu'il nous soit permis de retranscrire l'échange suivant, interrompu de temps à autre par la dégustation des babas :

## **Matthieu Buchberger, en reportage exclusif pour la *Revue de droit d'Assas* (ci-après M. B.) : Le bulletin de jurisprudence comtoise, un pari ?**

**Michel Germain (ci-après M. G.)** : Si on dit que c'est un pari, c'est un pari raté. L'idée était de redonner naissance à des habitudes anciennes qui faisaient que chaque cour d'appel avait son recueil de jurisprudence. C'était une époque où il y avait une moindre centralisation de tout. Les cours d'appel vivaient leur jurisprudence de façon plus autonome et mes greniers étaient embarrassés de jurisprudence particulière de Franche-Comté ou de Bourgogne et je m'étais dit : « Essayons de retrouver ce mouvement passé ». Je ne vais pas dire que c'était un échec. Disons que ça n'a pas duré longtemps.



## **M. B. : Une carrière bien remplie, des fiertés ?**

**M. G. (commençant à dessiner sur la feuille posée devant lui, signe d'une intense réflexion) :** Une carrière bien remplie, je ne sais pas. Des choses intéressantes... assurément. Je pense que j'ai beaucoup appris dans mon rôle de doyen d'une petite faculté durant trois ans (à Besançon). J'y ai appris que le droit ne méritait pas toujours une obéissance complète mais devait de temps en temps être contourné parce qu'il rendait la vie normale impossible. C'est quelque chose que les juristes ont tendance à oublier surtout dans l'époque de judiciarisation que nous connaissons. Donc ce fut un bon départ dans la vie juridique de savoir qu'il ne fallait pas toujours appliquer le droit.

## **M. B. : Une carrière bien remplie, des regrets ?**

**M. G. :** Ce ne sont pas des regrets. C'est une explication de ce que j'ai fait. En devenant doyen d'une petite faculté j'ai pris du goût à l'administration des choses. C'est sans doute ce qui explique qu'après je me suis occupé avec une énergie administrative un peu excessive du magistère ou du MBA, parce que l'idée de construire des formations était quelque chose qui en soi m'intéressait ; mais ceci s'est fait au détriment de la recherche pure, qui m'aurait permis d'approfondir certains secteurs autour de mes matières principales.

## **M. B. : Une retraite bien méritée, des projets ?**

**M. G. :** La retraite, enfin, l'arrivée dans la retraite, est un espace de temps assez étrange, parce qu'on est amené à se poser la question de savoir s'il faut continuer de faire les mêmes choses qu'avant. Et donc on est amené à se poser la question de savoir si ce qu'on a fait auparavant était tellement digne d'intérêt qu'il faut continuer à le faire après. Donc inutile de dire que c'est un exercice assez pénible mais salutaire. Et je ne suis pas sûr à six mois de la retraite d'avoir donné une réponse assez claire à cette question. Mais je pense que si on a aimé ce qu'on faisait auparavant on va continuer à le faire. Mais peut-être qu'on va tenter de faire également quelques petites choses différentes à côté.

## **M. B. : L'Université, quel avenir ?**

**M. G. :** Alors je serais tenté de dire (mais je ne veux pas mésestimer d'autres questions) que c'est peut-être la question la plus intéressante parce que la plus grave, la plus importante et sans doute celle à laquelle il est le plus difficile de répondre. J'ai eu une vue assez limitée des choses dans les fonctions qui étaient les miennes dans la mesure où il s'agissait d'essayer de faire de petites promotions d'étudiants excellents pouvant réussir leur vie professionnelle très tôt parce qu'ils auraient accumulé beaucoup de savoir et beaucoup de savoir-faire à l'Université. Donc le modèle que j'avais inconsciemment en tête était un peu celui des classes préparatoires où on travaille, beaucoup, en petits groupes, dans la tradition de ce qu'étaient sans doute autrefois, avant la Révolution, les collèges jésuites. Il y a là une tradition française originale qui m'intéressait. Mais une fois qu'on dépasse ceci, il est sûr que ce type de formation ne convient pas à tous les étudiants en droit. Et donc on est placé devant le problème très difficile de savoir comment réguler l'Université. J'ai eu beaucoup de plaisir quand j'étais jeune professeur à enseigner en première année de droit. Mais il est vrai que les premières années de droit ont vu le nombre de leurs étudiants croître de façon considérable depuis qu'on a augmenté le nombre des bacheliers et l'on aborde maintenant un type de questions qui n'existaient pas au temps où j'étais jeune professeur : « Est-ce que l'idée d'une Université ouverte à tous a vraiment beaucoup de sens ? Est-ce que nous ne faisons pas perdre leur temps aux étudiants et aux Professeurs, dans deux premières années qui servent à faire le tri ? Est-ce que nous ne remplaçons pas le service militaire d'une manière encore moins efficace ? ». Ces questions ouvrent des débats qui ne sont pas seulement ceux de l'Université. Ce sont ceux de la Nation ou de l'État. Et, faute de réponse de leur part, je trouve que là-dessus nous n'avons pas malheureusement de réflexion collective suffisamment forte pour indiquer une direction aux administrations qui nous gouvernent.

## **M. B. : Faudrait-il alors s'inspirer du système anglo-saxon ?**

**M. G. :** Le système anglo-saxon qui consiste à faire payer dix mille ou quinze mille euros à des étudiants en prévoyant que ceux-ci remboursent par la suite les prêts qui leur sont faits ? Personne ne sait comment les choses vont se passer dans dix ou quinze ans pour ces emprunteurs, d'une part, et d'autre part je ne suis pas sûr que tous les métiers du droit permettent ce genre d'emprunt. Et on dit que la question se pose également aux États-Unis où on s'interroge sur le *business plan* des universités américaines... Et la réponse qu'on a trouvée, c'est le MOOC, c'est-à-dire d'avoir beaucoup d'étudiants pas très chers. Il faudrait peut-être se poser des questions sur le MOOC qui est peut-être simplement une variable d'ajustement d'un *business plan* américain.

## **M. B. : Quelle sera l'évolution du droit ? (question posée par Michel Germain lui-même, en réponse à l'ultime question : « Y a-t-il une question que vous auriez aimé que je vous pose » ?)**

**M. G. :** C'est vrai qu'on sent bien qu'on est en train de quitter un droit limité, clair, avec des sources de droit limitées aussi et que tout d'un coup les complications se multiplient à l'infini de par des sources de droit qui viennent de partout. Et de façon assez étrange au même moment on est en train de dire que le droit dur n'est pas suffisant, qu'il faut ajouter le droit souple. Donc on est à une période où les références habituelles se perdent, où le droit se multiplie tout en se liquéfiant. Donc on a un peu de peine à savoir ce que sera le droit de demain. Aujourd'hui, on négocie tout, selon un système qui nous vient des États-Unis, du procès américain... Le droit prend une dimension sociale colossale, il est partout. Alors qu'avant on avait l'impression qu'une chose était la réalité juridique qui englobait certains types de commerces juridiques mais que pour le reste on vivait naturellement psychologiquement, sociologiquement, économiquement, mais pas juridiquement.

## **M. B. : Une « lettre à un jeune étudiant en droit » ?**

**M. G. :** Il m'a toujours semblé que ce qui pouvait être enthousiasmant dans la vie d'un juriste est l'apprentissage d'un double talent : être capable de tenir un discours juridique rationnel, argumenté, raisonné le plus parfait, le plus objectif possible, mais en même temps être capable de comprendre que ce discours s'adapte à une réalité factuelle. Et je trouve que ce serait dommage que dans ses études de droit le jeune juriste ne s'exerce qu'à comprendre le logo juridique le plus rationnel et qu'il oublie que ce discours juridique s'applique à une matérialité sociale, technique, psychologique... Et si on sépare ces deux axes pour ne parler que du premier je trouve que le juriste boite dès le début et que les études de droit perdent un peu ou beaucoup de leur intérêt. Il faut bien sûr privilégier le discours rationnel et cohérent qui fait tenir le droit mais ne pas négliger complètement son application au monde réel.

## **M. B. : Un bon juriste, une définition ?**

**M. G. :** Le bon juriste applique et comprend la règle dans son adaptation à la réalité. Le mauvais juriste oublie qu'il n'est pas dans une bulle juridique mais qu'il est en communication avec le reste du monde. Cette définition du bon juriste n'exclut pas la technique juridique. Pour faire un mauvais plagiât : « Un peu de technique éloigne de la réalité et beaucoup de technique devrait au contraire y ramener ». Ce sont les mauvais juristes qui sont dans leur bulle.

## **M. B. : Un mauvais juriste, des noms ?**

**M. G. :** ... Il doit certainement en exister...

## **M. B. : Un autre baba ?**

*Propos recueillis à Vincennes, le lundi 8 juin 2015.*

# 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.

---

## Religion et liberté d'expression

**Jean Hauser**

Professeur émérite de l'Université de Bordeaux, doyen honoraire de la faculté de droit

**Dominique Schnapper**

Directrice d'études à l'École des hautes études en sciences sociales, membre honoraire du Conseil constitutionnel

**Débat organisé par Guillaume Drouot**

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

*Diverses actualités, dont les événements de janvier dernier ou encore une proposition de loi déposée le 22 mai 2015 « visant à abroger le délit de blasphème, encore en vigueur en Alsace-Moselle », ont incité la revue à demander à un Professeur de droit et à un membre honoraire du Conseil constitutionnel de livrer leur point de vue sur le thème plus général des rapports entre la religion et la liberté d'expression.*

### Questions

Le principe de laïcité peut-il être invoqué pour permettre une liberté d'expression totale en matière de religion ?

Au-delà, quel pourrait être le rôle de la législation pour limiter la liberté d'expression en matière de religion ? Faut-il légiférer en ce domaine ?

Idéalement, l'ordre juridique peut-il se contenter d'organiser la coexistence des diverses croyances et d'encourager leur libre expression ? Doit-il au contraire proposer un socle de valeurs communes dépassant les différentes croyances ?

### Le point de vue du juriste : Jean Hauser

Notre époque aime la globalisation, favorisée par les débats très simplifiés que nous offrent les médias dominants. Il faut donc, pour que tout cela tienne en quelques minutes, que la religion

s'oppose à la liberté d'expression et *vice versa*, sinon rien !

Pourtant l'histoire de la pensée, y compris religieuse, a illustré la méthode distinctive. Divi-

ser en autant de parties pour aboutir à des réponses acceptables et susceptibles d'évolution, sans compromettre le système. On peut s'y essayer en répondant *in fine* aux questions.

### 1. La distinction du *for interne* et du *for externe*

Elle doit beaucoup précisément au droit canonique et permet un premier tri considérable. Le *for interne* est à la détermination de chacun. C'est-à-dire, ce qui n'a pas toujours été évident, que chacun pense et croit ce qu'il veut en lui-même. Nul n'a le droit de le contrôler, de lui en demander compte. On y comprendra les conversions forcées, les croisades et autres dragonnades... qui jalonnent l'histoire.

### 2. La vie privée et la vie publique

Le « *for interne* » s'étend à l'expression dans la sphère des volets clos. On doit pouvoir tout exprimer dès lors qu'on est chez soi. La religion a un très ancien lien avec le domicile, son inviolabilité et même un lien consubstantiel du temps des « *sacra privata* » et des dieux lares. La protection de la vie privée, passe-partout du droit européen, était, à l'origine, essentiellement la protection du domicile pour devenir ensuite l'instrument indifférencié au service d'un modèle qu'on décide dominant.

### 3. La vie familiale

Il faut y introduire une nouvelle distinction puisque les enfants peuvent être destinataires de l'expression religieuse.

On prendra garde à l'impérialisme des conceptions en matière d'éducation. Selon la structure de la famille et la nature de la religion, la liberté des parents ne doit pas être systématiquement écartée en oubliant que, pendant des siècles, les sociétés européennes ont accepté et acceptent encore que la famille, voire même le chef de famille, détermine l'adhésion religieuse. Les amateurs consulteront la (sainte) colère de Carbonnier devant un arrêt de la cour de Versailles décidant que, faute d'accord entre les parents, c'est la religion catholique qui devait s'appliquer parce qu'elle était la religion dominante !

Que soit versée dans le domaine de l'intimité familiale la décision de principe s'impose, sans croisade inutile sur l'intérêt de l'enfant (généralement indéterminable) ou son autonomie, dernière coqueluche à la mode. De ce point de vue, on sera vigilant sur le reproche, que l'on retrouve

devant les tribunaux, de « l'endoctrinement » par les parents. Il arrive que le reproche vienne de « vieux endoctrineurs » à l'égard des nouveaux venus que l'on qualifiera volontiers de « sectaires ». Le *distinguo* est ici entre la simple éducation dans une religion choisie et les pratiques qui mettraient en danger la santé et la moralité de l'enfant. Quant au désaccord des parents, l'affirmation d'un jugement *in concreto*, qu'on trouve en jurisprudence, devrait, selon nous, se doubler d'une majorité religieuse à laquelle il serait renvoyé en cas de divergence insoluble. Pourquoi pas seize ans, âge de l'émancipation possible ? Avant, législateur de l'inutile, *in dubito absterne*... !

### 4. La vie publique

Dans l'espace public tout peut être dit dès lors qu'il s'agit d'opinions. L'ennui c'est que, pour de bonnes ou moins bonnes raisons, nous avons mis le doigt, sur d'autres sujets, dans un engrenage de choix entre ce qui peut être dit et ce qui ne peut pas l'être, y compris sur le plan de l'histoire. Or, toute censure affirme sa subjectivité et se retourne en général contre les censeurs. Ensuite il est, en soi, inexact de traiter spécialement les écrits ou discours sur la religion. Il n'y a rien de spécifique qui soit différent de la liberté d'expression en général, au moins dans un État laïc. Toutes les opinions doivent pouvoir être exprimées, sur tous les sujets et les destinataires jugeront, ce qui est généralement beaucoup plus efficace que les tris préalables du conformisme intellectuel. La seule limite est l'injure individuelle ou l'appel à la commission d'une infraction. On prétend en général que la seule parole pourrait y conduire mais alors quel programme devant le déferlement des informations en général ! Seul le silence, dont on sait qu'il est d'or, serait aseptisé !

La notion de « valeurs communes » que l'on brandit aujourd'hui à tout bout de champ est plus nuisible qu'utile dans la question posée. D'abord, parce que nombre de ces valeurs ne sont pas si communes qu'on le dit, ensuite que, le seraient-elles, elles concernent en général une partie seulement de la planète (pas toujours majoritaire) et enfin qu'elles conduisent à opérer un tri préalable et unilatéral sur ce qui peut être dit ou non. Tout doit pouvoir être mis sur la place publique et le procédé qui consiste à mettre la poussière sous le tapis est sans doute le pire de tous !

## 5. Le voile, les uns et les autres

Ce qui s'exprime désormais, en général, par les « affaires de voile » est assez caractéristique du dérapage unilatéral et globalisé de nos sociétés.

Le port du voile à l'extérieur, sans opposabilité précise à une ou des personnes, c'est-à-dire *urbi et orbi*, ne devrait pas poser de problème. Après tout personne n'a jamais interdit l'accès des lieux publics aux religieux ou religieuses en habit alors qu'on pourrait y voir bien des symboles discutables. Les tenues très engagées de certains groupes ont aussi des significations (par exemple anti-sociales) qu'on pourrait stigmatiser et puis le petit costume cravate des technocrates qui nous gouvernent n'est pas non plus sans signification sociale (et pas forcément égalitaire !). Au fond la seule solution viable serait celle du costume Mao généralisé, mais... la tenue de chacun n'engage que lui et il n'a à en rendre compte que devant lui. Quant à la parité des sexes ce n'est pas en interdisant le voile qu'on l'assurera.

Le port du voile à l'intérieur d'une communauté fermée devrait être traité de façon nuancée, non pas en fonction de celle qui le porte mais en fonction de ceux qu'elle fréquente. Dès lors que la communauté comporte des mineurs c'est sous cet angle de vue qu'il faut raisonner et on estimera que la liberté se heurte alors à l'effet qu'elle peut produire sur l'autre, par hypothèse peu apte à la critique. Si elle n'en comporte

point, on entre dans la casuistique que connaît bien le droit du travail et qui suppose des nuances importantes selon les entreprises et la clientèle éventuelle. Rien ici de très différent de la question générale de la tenue vestimentaire dans l'exécution d'un travail (sans cravate le vendredi ?).

*La réponse aux trois questions posées :* le principe de laïcité n'a rien à faire dans ce débat car il se résume à une neutralité de l'État et n'a jamais clairement concerné les activités individuelles ni la liberté d'expression. Il ne faut surtout pas légiférer (malgré l'appétence ridicule du politique) parce que la loi est générale et ne peut être qu'abstraite. Enfin la notion de « valeurs communes », dont on se gargarise sans la définir, a à faire dans bien des secteurs (notamment l'éducation pour laquelle on appliquera la loi du for) mais n'a rien à faire dans la détermination de prétendues limites à la liberté d'expression. Elle ne fait que renforcer l'impression d'un impérialisme intellectuel. Le relativisme pascalien modernisé nous inspirera, « Vérité en deçà de la Méditerranée, erreur au-delà » et puis Montaigne « Chacun appelle barbare ce qui n'est pas de son usage ». Le problème ce sont les valeurs communes des autres... Le droit international privé classique connaissait bien le problème, on semble l'avoir oublié.

## Le point de vue du sociologue : Dominique Schnapper

**1.** Vous proposez un débat juridique et théorique inspiré par les événements politiques récents. Je vais répondre en sociologue. La question non formulée est celle-ci : faut-il faire place aux revendications de certains musulmans et non-musulmans qui, au nom du respect de la religion, entendent empêcher des publications d'« insulter » le prophète, c'est-à-dire d'exercer à son égard la liberté de critique et de dérision qui apparaissent – pour le meilleur et pour le pire – comme liées à la liberté d'expression dans la tradition française ?

J'ai peu de sympathie pour cette forme de dérision, mais c'est le prix à payer pour assurer la liberté d'expression. Celle-ci n'a de sens que si elle est garantie à ceux dont nous ne partageons ni les idées ni le style. Je serais pour une fois d'accord avec Noam Chomsky : « Si l'on ne croit

pas à la liberté d'expression pour les gens qu'on méprise, on n'y croit pas du tout ». Je suis donc hostile par principe à ce que la législation interviene pour « limiter la liberté d'expression en matière de religion », comme vous l'envisagez.

**2.** Je le suis aussi pour des raisons sociologiques ou politiques, que vous qualifiez d'« opportunité ».

La liberté d'expression, proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme, fonde la liberté politique. Mais il n'existe pas de liberté absolue. Même aux États-Unis, où le premier amendement garantit une liberté d'expression très large, on prévoit certaines limites. Ce qui importe et distingue les différents pays euro-

peens, c'est la manière dont la liberté d'expression est encadrée par la loi.

En France, les limites relèvent de deux catégories : la diffamation et l'injure ; les propos appelant à la haine, qui rassemblent notamment l'apologie de crimes contre l'humanité, les propos antisémites, racistes ou homophobes. La liberté d'expression ne permet pas d'appeler publiquement à la mort d'autrui, ni de faire l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, ni d'appeler à la haine contre un groupe ethnique ou national donné. On ne peut pas non plus user de la liberté d'expression pour appeler à la haine ou à la violence envers un sexe, une orientation sexuelle ou un handicap. Par ailleurs, on peut user du registre de la satire et de la caricature dans certaines limites, dont l'une est de ne pas s'en prendre spécifiquement à un groupe donné de manière gratuite et répétitive. Si la loi n'interdit pas de se moquer d'une religion, elle interdit d'appeler à la haine contre les croyants d'une religion.

La législation française destinée à encadrer la liberté d'expression est donc déjà bien fournie et elle continue à s'accroître. Le législateur, par exemple, a renforcé les sanctions condamnant l'apologie du terrorisme dans la loi de novembre 2014 sur le terrorisme. Faut-il d'ailleurs rappeler que les tribunaux français ont souvent invoqué le trouble à l'ordre public ou l'offense à chef de l'État pour faire taire certains propos jugés abjects, intolérables ou diffamants, étouffer une affaire ou protéger ses relations diplomatiques, en sorte que la France a été l'un des quatre pays le plus souvent désavoués par la Cour européenne des droits de l'homme (après la Turquie) ? Qu'apporterait une nouvelle vague de législation ?

La société démocratique ne saurait d'ailleurs réintroduire la notion de « blasphème » supprimée en France en 1881, progressivement évacuée de la législation de tous les pays européens même lorsqu'elle est encore inscrite dans les textes (seule la Grèce l'aurait encore mobilisée au

cours des dernières décennies). L'ordre démocratique est fondé sur un principe de séparation du politique et du religieux. Il est vrai que la séparation entre l'État religieusement neutralisé et les Églises ou les groupes religieux prend des formes différentes selon l'histoire des nations et de leur naissance à la modernité politique. La laïcité française n'est qu'une des formes, liée au conflit séculaire entre la France de l'Ancien Régime et la Révolution, du principe de séparation qui est au fondement de l'ordre démocratique. Mais le principe de séparation s'applique dans tous les cas et la catégorie juridique de blasphème le remettrait en cause.

**3.** Le légicentrisme français traditionnel, associé à l'inflation législative récente liée à la dynamique de la démocratie providentielle, nourrit trop souvent l'illusion que l'adoption d'une loi pourra, par elle-même, résoudre les tensions de la vie en commun. Nous connaissons pourtant le nombre des lois élaborées et votées dans l'urgence, inadaptées et de fait inappliquées. Le débordement législatif et la qualité souvent insuffisante de la loi ne justifient pourtant pas que l'ordre juridique prenne une place qui n'est pas la sienne et qu'il « propose un socle de valeurs communes dépassant les différentes croyances ». C'est aux citoyens eux-mêmes et aux hommes et femmes politiques qu'ils ont librement choisis de débattre démocratiquement de leurs problèmes et de tenter d'apporter des solutions aux difficultés inhérentes à la vie sociale. La loi repose ou devrait reposer sur un certain nombre de valeurs partagées, la liberté et l'égalité qui fondent l'ordre démocratique. Le rôle de « l'ordre juridique » est « idéalement » d'appliquer la loi. On ne devrait pas lui demander de formuler ce « socle de valeurs communes » qui peuvent et doivent être élaborées par les citoyens agissant dans l'ordre politique. L'ordre juridique est là pour faire respecter les lois adoptées par l'ordre politique, son rôle est de rendre effectif le « socle de valeurs communes ».

# Petit un du Grand B :

---

## hors les murs

### Le bréviaire du juriste

**Guillaume Drouot**

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

*Parce que c'est la rentrée et qu'il importe aux premières années de connaître au plus vite les bases et au reste de revoir ses classiques, nous nous permettons de soumettre quelques traductions libres de vénérables adages<sup>1</sup> constituant le bréviaire du juriste.*

*Accessorium sequitur principale<sup>2</sup>* : il faut assortir les chaussettes à la chemise comme l'accessoire au principal, et non l'inverse.

*Contra non valentem agere non currit praescriptio<sup>3</sup>* : Pas d'bras, pas d'chocolat, pas d'prescription.

*Exceptio est strictissime interpretationis<sup>4</sup>* : « La chétive pécore s'enfla si bien qu'elle creva » (La Fontaine). Moralité : il faut se méfier des exceptions-grenouilles qui veulent se faire aussi grosses que le principe-boeuf.

*Fraus omnia corrumpit<sup>5</sup>* : la fraude c'est comme la gêne, là où y en a, y'a pas de plaisir, ça corrompt tout.

*Genera non pereunt<sup>6</sup>* : tant qu'y a du blé, y'a de l'espoir.

*Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur<sup>7</sup>* : la date de la conception, c'est comme les options au bac : seul ce qui avantage compte.

*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans<sup>8</sup>* : bien fait.

*Nemo dat quod non habet<sup>9</sup>* : Robin des bois est effectivement le prince des voleurs, non des donateurs.

*Nullum crimen, nulla pæna sine lege<sup>10</sup>* : s'il vaut mieux prévenir que guérir, il faut en tout cas prévenir avant de punir.

*Pacta sunt servanda<sup>11</sup>* : « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par la parole » (Loysel). Et non l'inverse, fussent-ils cocus.

---

1. Plus sérieusement, il convient de consulter le site suivant <http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr> ou d'acheter le livre suivant : *Locutions latines juridiques*, Dalloz, coll. À savoir.

2. L'accessoire suit le principal.

3. Contre celui qui ne peut pas agir, la prescription ne court pas.

4. Les exceptions doivent être interprétées très strictement.

5. La fraude corrompt tout.

6. Les choses de genre ne périssent pas.

7. L'enfant conçu aura pour date de naissance celle qui lui procure un avantage.

8. Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude.

9. Nul ne peut donner ce qu'il n'a pas.

10. Il n'y a pas d'infraction sans texte.

11. Les conventions doivent être respectées.

*Pater is est quam nuptiae demonstrant*<sup>12</sup> : vous êtes unis, pour le meilleur et pour le père.

*Prior tempore potior jure*<sup>13</sup> : premier arrivé, premier servi.

*Res judicata pro veritate habetur*<sup>14</sup> : la vérité sort de la bouche des enfants. Et de celle du juge, cet éternel enfant.

*Specialia generalibus derogant*<sup>15</sup> : les unités spéciales ne relèvent pas du commandement du général.

*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*<sup>16</sup> : pourquoi faire compliqué quand on peut faire simple ?

---

12. Le père est celui que le mariage désigne.

13. Le premier en date est le premier en droit.

14. La chose jugée est tenue pour vraie.

15. Le spécial déroge au général.

16. Là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer.



# La langue de Shakespeare, ses faux-amis et cetera

Géraldine Gadbin-George

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Je me souviens d'un temps lointain où, fraîchement inscrite au barreau anglais en qualité de *solicitor*, je fis un déplacement à New York. Quelle ne fut pas ma colère quand je vis, à l'entrée de l'hôtel où je devais séjourner, un panneau indiquant : *no solicitors here*. Le pays de George Washington, John Adams et Thomas Jefferson n'aimait-il plus les avocats ? La Grosse Pomme en perdit immédiatement de sa grandeur... jusqu'à ce que je me rappelle qu'Outre-Atlantique, ce mot peut décrire les démarcheurs, voire les mendiants<sup>1</sup>.

Pour tout citoyen français, la langue de Shakespeare est complexe. Pour les juristes, le langage de la *common law* l'est encore plus. Et d'ailleurs, comment doit-on traduire *common law* en français ? Certains auteurs se réfèrent au droit coutumier<sup>2</sup>. Cette traduction n'est plus vraiment satisfaisante puisque les coutumes sont devenues résiduelles dans les pays de *common law* et notamment Outre-Manche, sous l'influence du législateur européen. D'autres auteurs évoquent un droit jurisprudentiel<sup>3</sup> ou le droit commun<sup>4</sup>. Et d'autres enfin hésitent à se lancer dans une traduction approximative et préfèrent conserver les termes de *common law* tels quels dans un texte français<sup>5</sup>. Dans tous les cas, l'exactitude juridique est susceptible de souffrir de la conversion d'une langue vers l'autre.

Outre les difficultés de traduction, le juriste français doit se méfier des termes juridiques anglais qui lui rappellent la langue française. Les faux-amis (ou *false friends*)<sup>6</sup>, homophones, homographes ou homonymes sont légion. Si l'on

prend l'exemple du système de *common law* applicable Outre-Manche, on voit qu'il réserve toujours une place prépondérante à la jurisprudence (*case law*) au détriment de la doctrine (*jurisprudence*). On y trouve une grande diversité de juridictions (*courts*) dont la compétence d'attribution (*jurisdiction*) est définie par la loi. Les *tribunals* spécialisés et dont la majorité des juges sont non professionnels, ont très peu en commun avec nos tribunaux, tout comme les *magistrates* qui, au contraire de nos magistrats (*judges*), participent essentiellement au fonctionnement de la justice pénale, de façon non professionnelle.

En matière de responsabilité civile, la confusion est aisée entre le *damage* (préjudice) subi par une victime et les *damages* (dommages et intérêts) qu'elle réclame. Et la victime qui subit plusieurs préjudices ou chefs de préjudice subit des *heads of damage*... bref, un vrai casse-tête<sup>7</sup>. *Tort* correspond à la responsabilité délictuelle et va donc au-delà du simple tort causé à autrui. Pareillement, la *negligence*, qui s'apparente à la responsabilité de l'article 1382 du Code civil, dépasse la simple négligence, même si elle n'est pas fondée sur la notion de faute. *Trespass* n'a rien à voir avec le fait de passer de vie à trépas mais est une forme de responsabilité délictuelle découlant d'une atteinte aux biens, la propriété ou à la personne d'autrui.

En matière pénale, la notion de *crime* correspond au concept général d'infraction, quel qu'en soit le degré de gravité, et va donc bien au-delà du crime en droit français. En droit des sociétés,

1. Bien entendu, peut-être que le gérant de cet hôtel n'appréciait vraiment pas les avocats. Certains personnages de Shakespeare ne les aiment pas non plus : ainsi dans *Henry VI*, Dick the Butcher dit : *The first thing we do, let's kill all the lawyers (Part 2, Act 4, Scene 2)*. À traduire par : la première chose à faire, c'est de tuer tous les juristes !

2. V. <http://www.affj.asso.fr/public/120908-Droit-civil-droit-coutumierpdf.pdf>. Téléchargé le 23 août 2014.

3. V. le site de l'Association canadienne des juges des cours supérieures (ACJCS) : [http://www.cscja-acjcs.ca/sources\\_of\\_law-fr.asp?l=4](http://www.cscja-acjcs.ca/sources_of_law-fr.asp?l=4). Téléchargé le 22 août 2014.

4. Cf. la traduction officielle des débats ayant eu lieu le 4 avril 2001 devant le Parlement européen ; versions française et anglaise <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP/TEXT+CRE+20010404+ITEM-005+DOC+XML+V0//EN&query=INTERV&detail=3-108>. Téléchargée le 20 août 2014.

5. A. et S. Tunc, *Le droit des États-Unis d'Amérique : sources et techniques*, Dalloz, 1955, p. 457.

6. On devrait peut-être les appeler « vrais ennemis » tant ils sont potentiellement dangereux.

7. Sachant, pour les novices, que tête se traduit par *head*.

le mot *company* fait référence aux sociétés elles-mêmes et ne doit pas être confondu avec celui de *society* qui est la société, au sens civil et civique. Le droit anglais utilise le terme de *forfeiture*, avec un « e », pour désigner le fait pour un créancier de renoncer à recouvrer une partie des sommes dues par un débiteur. Ce terme n'a rien à voir avec l'ancien concept français de forfaiture, avec un « a ». En droit des contrats, la *rescission* est la résolution pure et simple d'un contrat quelconque et est un concept plus étendu que la rescision pour lésion. Il est également notoire que l'*administrative law* n'a pas grand chose en commun avec notre droit administratif.

La difficulté sera décuplée pour les juristes français qui s'intéressent, par exemple, aux droits anglais et américain. Ainsi, aux États-Unis, la notion de *judicial review* correspond au contrôle par la Cour suprême fédérale, de la conformité à la Constitution fédérale, des actes des autorités judiciaires fédérées ou de ceux des pouvoirs exécutifs ou législatifs fédérés ou fédéraux. Outre-Manche, la *judicial review* se rapproche davantage d'un recours judiciaire contre une décision

administrative, sans pouvoir cependant être assimilée au recours pour excès de pouvoir ou au recours de plein contentieux, dès lors que le juge n'a ni le pouvoir d'annuler la décision ni celui d'octroyer une indemnisation.

*To be or not to be* un spécialiste de la langue de Shakespeare... *the question* ne devrait plus se poser dans un monde de plus en plus tourné vers l'international. Et pour ceux qui ne voudraient connaître de la culture anglo-saxonne que les *barbecues* organisés après un *match* de *football* pendant le *week-end*, une précision s'impose. Les juristes anglo-saxons trouvent un certain charme à la langue française. Ils utilisent les doctrines du *laisser-faire* et de la *force majeure*, même si leur interprétation jurisprudentielle varie de celle des tribunaux français. En droit pénal, le *voir dire* s'utilise lors de la sélection des jurés en matière pénale. Et la visite d'une salle d'audience Outre-Manche vous donnera le plaisir de voir la devise de la monarchie britannique, vestige des invasions normandes, inscrite derrière les juges : *Dieu et mon Droit*. En vieux français s'il vous plaît !

# Lever de rideau sur un arbitrage hors norme

**Paul Giraud**

ATER à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), docteur en droit

**Jérémy Jourdan-Marques**

Docteur en droit de l'Université Versailles-Saint-Quentin

« C'est toujours le gangster qui contrôle l'affaire » chantaient Doc Gyneco et Bernard Tapie en 1998 dans l'album *Liaisons dangereuses*. Tout est posé. Libre création artistique ou réflexion inspirée du vécu, la réalité rejoint en tout cas la fiction. Pouvait-on en attendre moins de cet individu qui nous a habitués à brouiller la frontière entre mise en scène et vie réelle ? Avec Bernard Tapie, l'interrogation est permanente : *pour de rire ou pour de vrai*<sup>1</sup> ?

Bernard Tapy, c'est avant tout un homme de spectacle. Chanteur, donc, mais aussi écrivain, animateur de télévision, acteur de théâtre, de publicité et de cinéma. Il se plaît à incarner le *beau salaud*. Bernard Tapy chante sa vie, joue sa vie, Bernard Tapy n'est qu'amour.

Il est en effet un homme de cœur, qui se met au service de la communauté, qui fait le don de soi, un homme qui aime offrir. Offrir un *passport pour le soleil*; offrir son cinquième titre consécutif de champion de France à l'OM; offrir de céder ses sociétés afin de devenir ministre; offrir une dédicace à ses plus fidèles lecteurs. Cette générosité a un prix : la jalousie de ceux à qui elle ne profite pas.

Bernard Tapy se présentait comme un *piston*; Bernard Tapie a multiplié les amitiés, devenant ainsi un homme de contact(s), de relations, de liaisons... dangereuses, encore. Elles ont fini par lui être reprochées.

Bernard Tapie est ainsi un homme complet, un homme hors norme, qui innove et nous surprend constamment. Après tant d'années à côtoyer ce personnage, cette constance dans la surprise est devenue routine. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que cet homme d'affaires passionné de football, en appelle à un arbitre pour régler ses histoires d'argent; ils ont beau ne pas avoir le même maillot, ils ont la même passion. Rien d'étonnant, non plus, à ce que Bernard

Tapie ait eu les *yeux trop grands*. Entre gigantisme et transgression, cet arbitrage hors norme fut marqué tant par ses circonstances exceptionnelles que par ses soupçons d'illégalité. Bernard Tapie, qui aime se jouer des codes et du cadre, nous offre encore un match de haut vol : à une première confrontation sur le terrain arbitral (1<sup>re</sup> mi-temps) succède celle sur le terrain judiciaire (2<sup>e</sup> mi-temps).

## I. Première mi-temps : avantage Tapie

Une fois n'est pas coutume, ce ne sont pas les arbitres qui donnent le coup d'envoi du match. Et pour cause, la partie est lancée par les parties elles-mêmes, lorsque Bernard Tapie demande au Crédit Lyonnais de vendre les parts qu'il détient dans le groupe Adidas. Il s'agit initialement d'un simple match amical : le Crédit Lyonnais et Bernard Tapie jouent dans le même camp. Pourtant, le mandataire décide de racheter secrètement les actions de la société Adidas pour les revendre ultérieurement en empochant la plus-value. Tout se passe comme prévu pour le Crédit Lyonnais, qui revend la société fin 1994 et encaisse 2,6 milliards de francs, soit environ 400 millions d'euros. Crédit Lyonnais 1-0 Bernard Tapie.

Un tel acte d'antijeu n'a évidemment pas sa place dans un match amical. Homme du *retour*, Bernard Tapie engage l'assaut et se lance tous azimuts dans la bataille. Après douze ans de procédures judiciaires, force est de constater que les deux équipes se neutralisent au milieu de terrain. Si Bernard Tapie s'est procuré une belle occasion lorsque la Cour d'appel a condamné le Consortium de réalisation (structure de défaillance du Crédit Lyonnais, ci-après CDR) à lui payer la somme de 135 millions d'euros, la Cour de cassation s'est interposée en cassant l'arrêt.

1. Les expressions en italique sont issues de la discographie et de la bibliographie de Bernard Tapy/Tapie.

Afin de faire avancer les choses, il est décidé de changer de tactique. Fini le juge, place à l'arbitre. Et quels arbitres ! Un ancien premier président de Cour d'appel, un ancien président du Conseil constitutionnel et le cofondateur d'un des plus prestigieux cabinets d'avocats parisiens. Ce n'est malheureusement pas une recette infailible, car le mélange des meilleurs joueurs ne produit pas toujours la meilleure équipe. C'est d'ailleurs ce qu'a considéré la Cour d'appel de Paris, qui a estimé qu'un des membres du tribunal avait « marginalisé ses co-arbitres, poussés à l'effacement par facilité, excès de confiance, parti pris voire incompétence ».

Pourtant, à première vue, il s'agissait d'un choix payant. En à peine huit mois, le tribunal arbitral rend sa sentence. Il condamne le CDR à payer à Bernard Tapie la somme de 403 millions d'euros, dont 45 millions au titre du seul préjudice moral. Le montant de ce dernier laisse rêveur et on perçoit mieux le désarroi dans lequel Bernard Tapie a dû être plongé pendant toute cette période. La différence d'approche entre le juge judiciaire et le tribunal arbitral ne manque pas d'amuser. D'un côté, la Cour de cassation déploie des trésors d'ingéniosité pour justifier d'octroyer des dommages et intérêts toujours supérieurs : préjudice d'agrément, préjudice sexuel, préjudice esthétique, préjudice d'établissement, préjudice d'anxiété, la Cour ne manque pas d'imagination. De l'autre, le tribunal arbitral consacre seulement une page à cette question, sur la centaine que contient la sentence. Sa motivation ? La nécessité de réparer un préjudice d'une « très lourde gravité ». Imparable.

Ce n'est pas tout ! L'affaire n'aurait pas pris une telle ampleur si ce film judiciaire n'était aussi devenu un feuilleton politique et médiatique. Il faut dire que le casting est prometteur : des personnalités de premier plan, de l'argent, des soupçons de petits arrangements entre amis et du spectacle. Une centaine de plateaux télévisés fut consacrée à l'affaire, avec désormais une seule question sur toutes les lèvres : l'arbitrage a-t-il été truqué ?

## II. Seconde mi-temps : égalisation

La deuxième mi-temps s'ouvre donc sur les soupçons de transgression juridique. Et ils ne surprennent pas. Comme si « l'arbitrage Tapie » se devait lui aussi de participer de la dimension

spectaculaire du personnage. Nous avons aimé OM-VA, on ne pouvait que se réjouir de la prolongation du match Tapie-Crédit lyonnais. Avouons-le, nous aurions été déçus si cet aspect-là n'avait pas été – lui aussi – sulfureux.

Comme Midas transforme tout ce qu'il touche en or, Bernard Tapie jette le doute sur tout ce qu'il touche. Jusqu'où la transgression a-t-elle été portée ? Bernard Tapie a-t-il fait intervenir ses amis pour que le litige soit tranché sur un terrain favorable ? A-t-il manœuvré pour que l'issue du match lui soit favorable ? Ce sont les enjeux de cette seconde mi-temps, au cours de laquelle les soupçons se portent tant sur le recours à l'arbitrage que sur le déroulement de l'instance.

Cette seconde mi-temps se joue sur trois terrains. Le premier est celui de la Cour de Justice de la République. On y retrouve Christine Lagarde, la Ministre de l'Économie et des Finances ayant autorisé le CDR à compromettre. Était-il normal de choisir l'arbitrage pour régler le différend qui opposait ce dernier à Bernard Tapie et dont la justice étatique était saisie depuis douze ans ? Les autorités françaises ont-elles œuvré dans l'intérêt de l'État en proposant de régler par arbitrage le litige l'opposant à Bernard Tapie ?

Le deuxième terrain de jeu, pénal, avance au pas de course. Les trois juges d'instruction du pôle financier de Paris chargés du dossier ont fait procéder à des perquisitions chez la plupart des protagonistes de l'affaire ainsi que chez plusieurs personnalités politiques. Ces investigations ont permis de révéler les éléments-clés d'une fraude. Elles ont conduit à cinq mises en examen. Chacun se renvoyant la responsabilité, c'est désormais *sauf* qui peut.

L'existence de cette fraude sera l'enjeu principal devant la Cour d'appel de Paris, troisième et dernier terrain de jeu. Mais pour répondre à cette question, encore fallait-il que la cour fût compétente. Le gouvernement, d'une précédente majorité, ayant décidé de ne pas introduire de recours en annulation, cette voie était forclosée. Restait le recours en révision, ouvert uniquement en matière d'arbitrage interne. Les parties se sont alors disputées sur la qualification – interne ou internationale – de cet arbitrage. Est international l'arbitrage qui « met en cause des intérêts du commerce international ». Bernard Tapie relevait que le litige concernait un mandat de vente d'actions de sociétés allemandes, sou-

mis au droit allemand et impliquant son exécution dans plusieurs États. Le CDR défendait une qualification interne, comme les parties l'avaient prévu dans le compromis d'arbitrage, soulignant que le mandat de vente avait été conclu entre deux sociétés françaises. C'est cette seconde qualification qui a emporté la conviction de la Cour d'appel, qui décide ainsi de jouer à domicile et d'examiner le recours.

Une fois cette phase de qualification passée, la phase finale pouvait s'engager. Les conditions étaient en effet réunies pour l'ouverture d'un recours extraordinaire – pouvait-il en être autrement s'agissant de Bernard Tapie ? –, un recours en révision. Pour l'accueillir, les magistrats devaient démontrer que la sentence était entachée de fraude. La Cour, s'appuyant sur les éléments tirés de l'enquête pénale, relève les liens – qui ont fait l'objet d'une tentative de dissimu-

lation – entretenus entre l'un des trois arbitres, d'une part, et Bernard Tapie et son conseil, d'autre part. Elle estime que cet arbitre a manqué à son exigence d'indépendance et d'impartialité en présentant le litige de manière univoque et en orientant délibérément et systématiquement la réflexion du tribunal en faveur de Bernard Tapie. Elle en déduit que cette influence déterminante a surpris par fraude la décision du tribunal arbitral. La sentence doit par conséquent être rétractée.

Il y aura donc bien un match retour. Il se jouera devant la Cour d'appel de Paris, qui devra – de nouveau – trancher le litige opposant Bernard Tapie au CDR. Et il n'est pas exclu qu'elle condamne le CDR à verser 403 millions d'euros à Bernard Tapie, qui, tel le phœnix, renaîtrait – encore ! – de ses cendres.

# Petit deux du Grand B : dans les murs

## « Des idées pour l'université » : introduction à la rubrique

**Matthieu Buchberger**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Il y a deux ans, la *Revue de droit d'Assas* organisait un débat sur « l'enseignement du droit dans l'université »<sup>1</sup>. Nombreux avaient alors été les enseignants et les praticiens à participer à la discussion sur les forces et les faiblesses de nos méthodes actuelles d'enseignement.

Au fil de ces échanges sont apparus des points de vue, des témoignages, des comptes rendus d'expériences pédagogiques, heureuses ou malheureuses, révélant que chacun avait déjà réfléchi à la question et cherché à faire évoluer les choses. C'est heureux, puisque notre métier consiste avant tout à enseigner...

Mais ces discussions ne font tout de même pas oublier qu'en droit, les écrits consacrés à la façon dont on enseigne cette discipline se font plutôt rares<sup>2</sup>. Le plus souvent, ces questions sont abordées de façon informelle entre collègues, et les idées qui en résultent ne dépassent pas le seuil de la confidentialité.

Pourquoi cette timidité doctrinale ? Est-ce dû à un manque d'intérêt ? À la certitude que tout bon chercheur est naturellement apte à ensei-

gner ? À la crainte de sombrer dans d'obscures « sciences de l'enseignement », qui théorisent parfois à l'excès ce qui doit conserver une certaine spontanéité ? Ou encore, à la volonté de conserver jalousement secrète toute découverte pédagogique, pour s'assurer un avantage concurrentiel sur les autres enseignants ? Quelles qu'en soient les raisons, cette absence de publicité des réflexions sur l'enseignement du droit est regrettable. Car il est certain que des écrits traitant de méthodes d'enseignement, d'expériences tentées, d'astuces, de conseils, sont susceptibles d'intéresser les enseignants, et en particulier ceux d'entre nous qui commencent à exercer cette profession.

D'où l'idée d'utiliser la *Revue de droit d'Assas* pour offrir une tribune à celles et ceux qui souhaiteraient partager leurs expériences, en cours d'amphi, en travaux dirigés, en tutorat, lors de cours en ligne ou de cours en « présentiel »... Ce partage, à l'heure où l'université a tant de défis à relever, ne peut qu'être profitable à tous.

1. « L'enseignement du droit dans l'université », *RDA*, n° 8, oct. 2013, p. 85 s.

2. V. cependant : V. Lasserre, « Du progrès et de la promotion des savoirs ; L'université et l'enseignement du droit au XXI<sup>e</sup> siècle », *RDA*, n° 8, oct. 2013. V. également l'ouvrage du Professeur C. Jamin, qui a suscité tant de polémiques : *La cuisine du droit*, LGDJ, 2012.

# Les nouvelles méthodes d'enseignement « présentiel »... quelques illustrations

**Matthieu Buchberger**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**D**ans le monde juridique, l'enseignement du droit peut donner l'impression de faire figure d'exception. Car à la grande instabilité de la loi répond la permanence de la façon dont on l'enseigne<sup>1</sup>. On peut s'en réjouir, constatant fièrement le succès d'une méthode qui a fait ses preuves, et permet aujourd'hui encore de former de bons juristes. Mais l'enseignement du droit dit « présentiel »<sup>2</sup> fait aujourd'hui l'objet de plusieurs défis<sup>3</sup>, sous l'effet conjugué d'une critique et d'une révolution.

La critique est portée par certains professionnels ou universitaires, qui se plaignent d'un enseignement excessivement théorique, sourd aux besoins de la pratique. La révolution est celle d'internet et des nouvelles technologies. Aux dires de certains, le développement des MOOCs (*Massive online open courses*) et des SPOCs (*Small private online courses*, tels que Paris 2 en dispense dans le cadre de la licence numérique) relèguerait au passé l'enseignement tel qu'il est pratiqué aujourd'hui.

À l'évidence, on ne saurait répondre à ces défis en faisant table rase du passé.

D'une part, l'université a vocation à offrir à l'ensemble de ses étudiants un bagage juridique théorique suffisant pour leur permettre d'embrasser des professions très variées, dans des domaines multiples. L'enseignement ne peut donc se passer d'un certain degré d'abstraction. Comme la loi s'en remet au juge pour son application aux cas concrets qu'elle régit, l'université doit s'en remettre aux entreprises, aux cabinets

d'avocats et plus généralement aux praticiens pour apprendre aux étudiants à devenir des professionnels. Pour l'essentiel, la pratique ne s'enseigne pas ; elle s'apprend par l'expérience<sup>4</sup>.

D'autre part, l'avis selon lequel l'arrivée des nouvelles technologies doit conduire à une remise en cause absolue de notre façon d'enseigner est loin d'être unanimement partagé, car l'enseignement « présentiel » conserve des atouts qui devraient assurer sa survie.

Les deux défis précités ne signifient donc pas, à notre sens, la fin de l'enseignement du droit tel que nous le connaissons. Mais ils stimulent la réflexion sur la façon dont il est enseigné à l'université. On constate ainsi des tentatives, des expériences, qui conduisent l'enseignement du droit à évoluer sans se renier pour autant.

Ce sont certaines de ces expériences dont nous souhaitons rendre compte dans cet article, en insistant sur les mises en situations pratiques (I) et sur l'usage des nouvelles technologies (II).

## I. Les mises en situation pratiques

Chercher à créer un lien entre la théorie et la pratique n'est pas une nouveauté. Preuve en est la méthode d'enseignement dite « romaine », toujours d'actualité, qui consiste à partir d'un cas concret pour en induire une règle générale dont l'enseignant expose la teneur. Cet exemple concret, que l'on peut le cas échéant rattacher à l'actualité, est un moyen d'ancrer le cours dans le réel. La méthode est certainement excellente, car

1. Du moins en apparence, car les initiatives sont nombreuses pour moderniser l'enseignement du droit, ce dont le présent article rend partiellement compte.

2. Expression qui vise à le distinguer de l'enseignement à distance.

3. Nous n'évoquerons pas le défi plus général encore de l'adaptation de l'enseignement au public étudiant concerné, défi auquel l'université de Paris 2 cherche notamment à répondre par la mise en place de parcours différenciés en L1 (Collège de droit, parcours classique, parcours réussite).

4. Sur cette question, on se référera utilement au dossier de cette revue, n° 8 (octobre 2013), et en particulier au débat entre universitaires et praticiens (« L'enseignement du droit dans l'université », *RDA*, n° 8, oct. 2013, p. 85 s.) qui conduisait à des conclusions similaires quant au caractère complémentaire de la théorie et de la pratique.

les étudiants ont d'autant plus envie de comprendre la règle qu'ils en ont saisi les enjeux.

Des expériences ont été menées pour décliner cette logique de diverses manières. Elles sont très fréquentes dans les écoles de commerce, et plus généralement dans le cadre d'études en économie, en gestion, en entrepreneuriat, qui accordent une part non négligeable aux mises en situation réelles, voire à des activités ludiques<sup>5</sup>, pour stimuler l'intérêt des étudiants.

En droit, on constate une sensibilité croissante des enseignants à de telles méthodes d'enseignements.

Ainsi, s'inspirant des Moots anglo-saxons, l'université Paris 2 organise des concours de plaidoiries, qui permettent aux étudiants en Master 1 de participer à un procès fictif en jouant le rôle d'un avocat<sup>6</sup>.

Vivre l'expérience d'un procès a également été proposé à Paris 1 par le professeur Bruno Dondero<sup>7</sup>. Les étudiants ont ainsi pu assister à une séance fictive du tribunal de commerce, basée sur un cas pratique. L'idée originale d'amener le tribunal dans l'université est un bon moyen pour les étudiants de prendre conscience de la réalité de son fonctionnement<sup>8</sup>.

Les universités se montrent également soucieuses d'initier les étudiants à des activités de conseil. À titre d'exemple, l'université Paris 2, dans le cadre de la maison du droit et en partenariat avec l'Ordre des avocats, propose aux étudiants en L3 et M1 de participer à de véritables consultations gratuites<sup>9</sup>. L'étudiant, assisté d'un avocat, reçoit le client une première fois pendant trente minutes. Ce premier rendez-vous conduit à la rédaction d'une note juridique, corrigée par l'avocat. Le résultat est communiqué oralement au client, trois semaines plus tard, lors d'un second rendez-vous. Cet exercice, qui donne satisfaction aux clients, est plébiscité par les étudiants.

Cette même université a également développé des « ateliers de professionnalisation », à destination d'étudiants de tous niveaux<sup>10</sup>. Ces ateliers ont pour objectif de faire découvrir certains métiers du droit, expliqués par des profes-

sionnels. Mais ils visent également à permettre aux étudiants d'acquérir certaines aptitudes utiles dans le cadre de la vie professionnelle, telles que « gérer des situations de crise », « surmonter une situation de stress », ou encore développer « l'art oratoire ». Des enseignements facultatifs de culture générale sont également proposés pour davantage préparer l'étudiant au monde du travail.

Dans la même optique d'un plus grand souci de réalisme, j'ai tenté de modifier mon cours de droit des sociétés afin de permettre aux étudiants de davantage en saisir les enjeux concrets. Il faut préciser que ce cours s'inscrit dans le cadre du « collège d'économie » de Paris 2, et que l'effectif de ces étudiants est particulièrement réduit (au maximum 15 étudiants), ce qui facilite l'expérience. Dans ce cours, cours magistral et travaux dirigés sont mélangés, ce qui permet un recours régulier à des cas pratiques. Après un premier cours introductif servant à donner les bases essentielles du droit des sociétés (notion de société et grandes catégories de sociétés), les étudiants sont invités à créer leur propre société, dont ils sont les associés. Ils choisissent l'objet social, la forme, le nom et le domicile de leur société. Ils réfléchissent au montant du capital social nécessaire et aux types d'apport qu'ils souhaitent effectuer. Ils désignent un dirigeant... Des statuts sont alors rédigés par l'enseignant et signés, après relecture, par l'ensemble des étudiants. Les cas pratiques ont alors tous pour base cette société, avec ces mêmes étudiants pour associés. Les thèmes qui y sont abordés suivent l'évolution chronologique du cours (naissance, vie et mort de la société), habituelle pour la présentation du droit commun des sociétés. Cette façon de procéder rend le droit des sociétés plus concret. Les étudiants prennent davantage conscience de l'enjeu des règles qu'ils apprennent. Ils réalisent ce que sont les statuts et leurs annexes, en quoi consiste une assemblée d'associés, comment sont adoptées les décisions, etc. Cette formule peut d'ailleurs être modulée. Ainsi, il y a quelques années, un chargé d'enseignement de l'université d'Évry, M. Renaudeau,

5. Pour une expérience basée sur l'emploi de marshmallows et de spaghettis, v. : [http://www.ted.com/talks/tom\\_wujec\\_build\\_a\\_tower?language=fr](http://www.ted.com/talks/tom_wujec_build_a_tower?language=fr).

6. [http://www.u-paris2.fr/63900623/0/fiche\\_\\_\\_pagelibre/&RH=ENS\\_CLINIQUE](http://www.u-paris2.fr/63900623/0/fiche___pagelibre/&RH=ENS_CLINIQUE).

7. Le blog tenu par ce professeur rend d'ailleurs compte de nombreuses expériences pédagogiques réalisées.

8. Étant toutefois précisé que de nombreuses audiences du tribunal de commerce sont publiques, et qu'il peut être opportun d'inciter les étudiants à y assister.

9. Pour plus de détails sur le déroulement de ces consultations, v. [http://www.u-paris2.fr/63247158/0/fiche\\_\\_\\_pagelibre/&RH=ENS\\_CLINIQUE](http://www.u-paris2.fr/63247158/0/fiche___pagelibre/&RH=ENS_CLINIQUE).

10. [http://www.u-paris2.fr/18476384/0/fiche\\_\\_\\_pagelibre/&RH=ORGA\\_ETUDES](http://www.u-paris2.fr/18476384/0/fiche___pagelibre/&RH=ORGA_ETUDES).



avait organisé des assemblées grandeur nature auxquelles ses étudiants participaient. Divers professionnels étaient conviés pour jouer les rôles de dirigeants, de commissaires aux comptes, de représentants de fonds d'investissement... Les cours précédant cette assemblée avaient vocation à sensibiliser les étudiants aux enjeux juridiques d'une telle assemblée. L'expérience avait d'ailleurs été portée jusqu'à créer un site internet dédié à la société, fictivement cotée en bourse, et dont le cours variait régulièrement grâce à un algorithme !

Sans aller jusqu'à un tel souci du détail, cette mise en situation réelle devrait pouvoir être transposée à un cours d'amphithéâtre. Pour l'instant, je n'ai eu recours à cet exercice pratique dans un cours d'amphithéâtre que comme moyen d'opérer une révision globale en fin de semestre. Je compte essayer de le transposer à un cours annuel de droit des sociétés, dans le cadre de la licence numérique de l'université Paris 2.

La licence numérique est d'ailleurs l'une des manifestations de l'influence des nouvelles technologies sur l'enseignement du droit<sup>11</sup>.

## II. L'usage des nouvelles technologies

Nul doute que les nouvelles technologies ont un aspect positif sur l'enseignement du droit. Elles permettent le développement de l'enseignement à distance, pour des étudiants en licence comme pour ceux qui préparent les concours de l'ENM ou d'entrée à l'école des avocats. Elles offrent également une grande accessibilité aux sources du droit et à leurs commentaires, grâce à des revues, des ouvrages en ligne, et à des moteurs de recherche tels que le doctrinal.

Néanmoins, concernant les cours « présentiels », nombreux sont les enseignants en droit qui regardent avec méfiance l'arrivée des nouvelles technologies, refusant d'y voir autre chose qu'un gadget inutile, voire nuisible. Seule importerait la force du verbe et la cohérence du propos. Et si ceux-ci ne suffisent pas et que l'attention des étudiants baisse, un trait d'humour, un

déplacement au milieu de l'amphi avec transmission du micro aux étudiants pour répondre aux questions posées, voire même, à en croire la légende d'un ancien Professeur de Paris 2, des bonds de table en table, devraient y remédier.

Pendant, les nouveaux outils numériques pourraient se révéler utiles à ceux dont le tempérament n'est que peu compatible avec les méthodes précitées mais qui souhaiteraient néanmoins rendre plus dynamiques leurs cours d'amphithéâtre.

L'emploi de ces nouvelles technologies doit toutefois se faire de façon raisonnée. Le recours au Powerpoint en est un bon exemple. Utilisé à bon escient, il clarifie les propos de l'orateur. Mais le risque est fort d'obtenir le résultat exactement inverse à celui escompté, l'excès d'écrits venant perturber la concentration des étudiants. On avouera qu'en droit, les powerpoints se contentant de mettre en évidence les points importants du cours ne nous semblent pas indispensables dans la mesure où le plan du cours, très détaillé, est en général déjà transmis aux étudiants, et que les développements sont en principe très structurés.

De nombreuses expériences, plus originales, ont par ailleurs été tentées<sup>12</sup>. Ainsi, pour faciliter la présentation du cours, l'université Paris 1 met à disposition des enseignants un « tableau blanc numérique interactif ». Ce tableau est relié à un ordinateur et à un vidéoprojecteur. L'image est projetée sur le tableau et il est possible d'intervenir directement sur ce tableau, avec un styler ou avec les doigts, pour modifier l'image projetée, réaliser un schéma, un tableau, etc. Il est possible ensuite d'enregistrer ce qui a été fait sur le tableau.

Les nouvelles technologies offrent donc de nouveaux outils pour présenter le cours. Elles permettent également de rendre le cours d'amphi plus interactif.

D'une part, elles permettent aux étudiants de poser des questions à l'enseignant. Ainsi, l'université Paris 1 met à disposition de ses enseignants un « PAD », qui est un « éditeur de texte collaboratif »<sup>13</sup>. Ce PAD permet de recueillir les

11. Mais les questions propres à l'enseignement à distance ne seront pas ici approfondies, car elles sont si nombreuses qu'un seul article ne saurait suffire à les traiter.

12. L'université de Paris 1 fait figure de précurseur, proposant la plupart des systèmes dont nous rendons compte dans cet article. V. [http://tice.univ-paris1.fr/41197674/0/fiche\\_\\_\\_pagelibre/&RH=tice-en-classe&RF=tice-en-classe](http://tice.univ-paris1.fr/41197674/0/fiche___pagelibre/&RH=tice-en-classe&RF=tice-en-classe).

13. [http://tice.univ-paris1.fr/18931095/0/fiche\\_\\_\\_pagelibre/&RH=tice-en-classe](http://tice.univ-paris1.fr/18931095/0/fiche___pagelibre/&RH=tice-en-classe).

questions des étudiants, connectés *via* leur « espace pédagogique interactif » (EPI)<sup>14</sup>, pendant le cours d'amphi. Ces questions s'affichent sur l'ordinateur de l'enseignant, qui peut choisir le moment adéquat pour y répondre. D'après une enseignante qui a tenté l'expérience, ce procédé augmente le nombre de questions posées, sans se substituer à celles qui ont lieu lors de l'intercours<sup>15</sup>.

D'autre part, les nouvelles technologies offrent aux enseignants des moyens de poser plus facilement des questions aux étudiants lors d'un cours d'amphi. Par exemple, des systèmes permettent aux étudiants de répondre aux questions des enseignants *via* des boîtiers de vote, ou grâce à des SMS réceptionnés par un téléphone portable spécialement dédié à cet effet, et dont le numéro est communiqué aux étudiants<sup>16</sup>. Il est également possible de recourir à des logiciels disponibles en ligne pour organiser des QCM afin de tester immédiatement le degré de compréhension des étudiants<sup>17</sup>. Dans tous ces systèmes, les votes des étudiants sont comptabilisés sur une

durée limitée et le pourcentage de bonnes réponses est ensuite exposé. Pour l'heure, ces systèmes ne sont pas sans soulever quelques difficultés. D'abord, pour la plupart, ils supposent que l'étudiant vienne en cours avec son ordinateur, ce qui il est vrai tend à devenir la norme. Ensuite, le laps de temps nécessaire à la comptabilisation des votes peut atteindre plusieurs minutes, ce qui ralentit inopportunistement la progression du cours. Une solution pourrait être de mettre ces questionnaires à disposition des étudiants sur leur espace numérique de travail (ENT), auxquels ils pourraient participer jusqu'au cours suivant, ce qui se pratique déjà dans le cadre de la licence numérique à Paris 2. Mais il est vrai que l'on perd ainsi l'un des intérêts de ces QCM, qui était justement de rendre plus interactifs les cours en amphithéâtre.

On constate ainsi que si la révolution numérique est déjà en marche, elle requiert encore quelques ajustements pour révéler tout son potentiel.

14. Qui semble être l'équivalent de l'ENT de Paris 2.

15. Mme Agnès Benassy-Quéré, enseignante de l'UFR d'économie, lors d'une conférence organisée à Tolbiac le 13 mai 2015. V. [http://tice.univ-paris1.fr/1430917117208/0/fiche\\_\\_\\_actualite/&RH=n2SiteTICe\\_01](http://tice.univ-paris1.fr/1430917117208/0/fiche___actualite/&RH=n2SiteTICe_01).

16. [http://tice.univ-paris1.fr/41197674/0/fiche\\_\\_\\_pagelibre/&RH=tice-en-classe&RF=tice-en-classe](http://tice.univ-paris1.fr/41197674/0/fiche___pagelibre/&RH=tice-en-classe&RF=tice-en-classe).

17. Socrative.com.

# Récit d'une expérience pédagogique : l'observation mutuelle des enseignements

**Clément Cousin**

ATER à l'Université Panthéon-Assas

**Benjamin Moron-Puech**

ATER à l'Université Panthéon-Assas

La pratique de l'enseignement du droit semble parfois passer pour quelque chose allant de soi. Si l'on en cherchait des preuves à l'Université Panthéon-Assas, il suffirait de constater la faiblesse des formations initiales et continues à la pédagogie. Cette indifférence institutionnelle à l'égard de la pédagogie n'est toutefois pas générale dans le monde universitaire<sup>1</sup> et il se pourrait même qu'elle constitue une particularité de la discipline juridique.

Cette absence d'intérêt institutionnel pour la pédagogie n'apparaît peut-être pas problématique pour les maîtres de conférences et les professeurs agrégés qui, par leur expérience, ont acquis des connaissances pédagogiques. Elle s'avère en revanche plus gênante pour les primo-enseignants, qui peuvent s'étonner d'être chargés, sans aucune formation préalable, d'un travail qu'ils n'ont bien souvent jamais effectué auparavant. Tantôt cet étonnement disparaît chez eux, au fur et à mesure de la pratique pédagogique, tantôt il perdure.

Dans le second cas, cet étonnement peut se trouver partagé entre collègues et des discussions peuvent alors s'engager relativement à la qualité de l'enseignement donné, voire aux manières d'enseigner. Cependant, de telles discussions ne produisent généralement guère de résultats concrets, car, faute d'observer *in situ* l'enseignant s'interrogeant sur sa pratique, il est difficile de l'aider à répondre aux interrogations qu'il se pose. D'où parfois un sentiment de frustration.

Cette frustration se trouve accrue à l'heure de l'évaluation des enseignements, laborieusement mise en place. En effet, juger les enseignements, c'est inciter les enseignants à être de bons péda-

gogues et donc, pour ceux qui ne le seraient pas déjà, c'est les pousser à changer leur pratique. Mais comment changer ? que changer ? Trop souvent, ces évaluations, faites par les étudiants eux-mêmes, ne contiennent pas de réponses. S'il est aisé pour les étudiants d'indiquer leur mécontentement, rares sont ceux qui en donnent précisément les causes et surtout les remèdes. D'où, à nouveau, un sentiment de frustration.

Contre cette double frustration est progressivement apparue l'idée que nous pourrions peut-être essayer de nous observer mutuellement *in situ*. Ainsi, pensions-nous, il serait possible de disposer de réponses aux questions qui nous habitent quant à notre pratique de l'enseignement. C'est cette expérience pédagogique d'observation mutuelle que nous voudrions ici relater, à la suite de l'aimable invitation qui nous a été faite par Matthieu Buchberger et les responsables de la *revue de droit d'Assas* que nous tenons ici à remercier. Après avoir exposé la méthodologie utilisée, de manière à permettre la reproduction par d'autres de cette expérience pédagogique, nous en indiquerons les bénéfices individuels et collectifs qui pourraient en être retirés.

I. La première remarque méthodologique à faire est l'importance du rapport personnel entre les enseignants se livrant à l'expérience. Un tel échange n'aurait sans doute pas été possible s'il n'y avait pas eu entre nous une confiance mutuelle et un grade équivalent. Ces deux éléments ont permis d'une part de ne pas trop modifier le comportement de l'enseignant qui, se sachant observé par une personne de confiance, n'avait guère de raison de se compor-

1. Ainsi, la participation, dans le cadre du PRES, à un éphémère groupe de travail relatif à la pédagogie, a révélé aux trois enseignants de l'Université Panthéon-Assas qui l'avaient rejoint, que nos unités partenaires disposaient de pôles pédagogiques.

ter différemment de ce qu'il fait d'habitude – ce qui n'aurait pas forcément été le cas si l'observation avait été menée par une personne d'un grade supérieur. D'autre part, au stade de la restitution des observations, ces éléments ont permis une discussion constructive, d'égal à égal, au cours de laquelle ont pu émerger – et être entendues – des critiques potentiellement difficiles à entendre.

S'agissant du temps de l'observation, il a été décidé de choisir une séance représentative de la pratique de l'enseignant observé. Aussi l'observation a-t-elle eu lieu en milieu de semestre, une fois établi le lien entre l'enseignant et son groupe, et lors d'une séance sans interrogation écrite. Le choix de la séance s'est également fait en fonction des compétences de l'observateur – l'objectif étant que celui-ci soit un minimum compétent sur le sujet enseigné, de manière à pouvoir ensuite juger au mieux de la prestation observée.

Quant au lieu de l'observation, assez spontanément nous nous sommes placés dans une position où nous pouvions voir tant l'enseignant que ses étudiants, tout en étant hors de leur champ de vision normal. Concrètement – l'observation a eu lieu à Vaugirard – nous nous sommes placés à l'extrémité du premier rang, en nous positionnant perpendiculairement à l'axe formé par l'enseignant et les étudiants. Ainsi, nous n'étions naturellement situés ni dans le champ de vision des étudiants, censés regarder l'enseignant, ni dans celui de l'enseignant, dont le regard néglige généralement les extrémités de sa salle.

Une fois installés, le TD a débuté et a pu commencer la phase d'observation. Mais que fallait-il observer ? Il nous a paru nécessaire de relever des informations concernant tant le comportement des étudiants que celui du chargé de TD.

Quant aux premiers, a notamment été observé :

- leur langage corporel révélateur de leur attention : les sourires, les signes d'agitation, de fatigues et de stress ;
- leur prise de note : que notaient-ils ? quand notaient-ils ?

Quant à l'enseignant ont été relevés :

- les pratiques d'accueil des étudiants : discours introductif, tolérance au retard, etc. ;
- les déplacements dans la salle ;

- le recours au tableau : qu'est-il écrit ? est-ce lisible ? comment cela est-il organisé ?
- la gestion du temps ;
- la qualité des informations théoriques et méthodologiques communiquées.

Enfin, globalement, nous nous sommes intéressés à la qualité des interactions entre l'enseignant et ses étudiants. À ce titre nous avons pris note de :

- la manière de s'adresser à l'enseignant pour les étudiants et réciproquement ;
- la répartition et la gestion de la parole par l'enseignant ;
- la clarté des questions posées par l'enseignant et leur degré de compréhension par les étudiants ;
- le caractère soudé ou non du groupe, notamment par sa disposition dans la salle.

Une fois les deux séances d'observation passées – mais pas avant –, nous nous sommes réunis pour restituer nos observations. Lors de cette restitution, chacun s'est efforcé d'exposer les points positifs et négatifs qu'il avait pu observer, en s'efforçant, pour chaque critique négative, de proposer des pistes d'amélioration. À l'issue de cette réunion, chacun a remis à l'autre les notes le concernant, de manière à conserver une forme de confidentialité sur cette expérience.

**II.** Concrètement, et par exemple, cette expérience pédagogique nous a permis de mettre en commun les bonnes pratiques suivantes qui ont pu par la suite être mises en œuvre au bénéfice des étudiants :

- le renforcement de l'attention des étudiants par la narration d'une anecdote insolite (mais juridique !) au bout de 45 minutes, afin de simuler une mini-pause qui permettra ensuite à l'enseignant de capter leur attention ;
- la désignation d'un étudiant, en recourant à son voisin ; très pratique pour ceux éprouvant des difficultés à retenir les noms des étudiants : « Madame, qui êtes assise à deux places à droite de M. Dupont, pouvez-vous... » ;
- l'optimisation du recours au tableau par sa division en trois, laquelle facilite l'organisation et l'effacement du tableau ;
- le renforcement de la cohésion au sein du groupe en exigeant des étudiants qu'ils ne laissent pas d'espace entre eux.

En outre, ces observations ont notamment permis à l'enseignant observé de prendre conscience de problèmes dont il n'avait pas nécessairement conscience auparavant, tels :

- la faiblesse des notes prises par nombre d'étudiants (l'expérience a été menée auprès d'étudiants en première année de Licence), d'où la nécessité d'écrire davantage au tableau et de leur demander expressément de prendre en note les idées importantes ;
- la passivité complète de certains étudiants, renforcée par la fatigue au-delà d'une heure de TD, d'où la nécessité de les interroger davantage ;
- La tendance de l'enseignant à se rendre toujours du même côté de la salle de TD, ce qui peut donner un sentiment de délaissement aux étudiants situés à l'autre extrémité.

Ces résultats pourront peut-être paraître insignifiants. Pourtant, ils ont apporté des solutions concrètes à certaines difficultés que nous avons ou non perçues et ont, nous le croyons, amélioré nos enseignements. Voilà pourquoi nous ne pouvons que recommander à nos collègues de réaliser à leur tour de telles observations réciproques.

À terme, si ces expériences venaient à se multiplier, les bonnes pratiques qui auraient été ainsi mises en lumière pourraient plus facilement circuler, ce qui contribuerait sans doute à une amélioration globale de nos cours et à une homogénéisation douce de nos pratiques d'enseignement. On pourrait même se prendre à rêver que ces pratiques soient un jour compilées en un guide qui serait remis à chaque nouvel enseignant. À l'heure où la concurrence pour l'enseignement du droit s'accroît, n'y aurait-il pas là un moyen de renforcer l'attractivité de notre Université ?

# La vision allemande du cours magistral à l'Université

**Julien Dubarry**

LL.M. (Paris 1/Köln)

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Des interrogations identiques en France et en Allemagne.** Le cours magistral est-il le talon d'Achille de l'Université ? Le « CM » est souvent mal-aimé des étudiants, qui estiment parfois la fréquentation des travaux dirigés suffisante à la réussite de l'examen. Lorsqu'ils décident de le remplacer, c'est souvent par un polycopié de provenance parfois douteuse, par une préparation privée ou un manuel. Le cours magistral subit donc déjà – mais depuis longtemps – une concurrence de support qui accompagne sinon encourage sa désaffection. Pourquoi se déplacer en cours si l'enseignement qui y est prodigué se retrouve ailleurs en tout lieu et à toute heure avec l'apparition des technologies modernes et le développement des cours en ligne ? Poser la question est déjà y répondre en partie : le cours magistral doit être un *moment irremplaçable*. De concurrents, les autres supports deviendraient alors complémentaires. Il est néanmoins un concurrent direct dont la complémentarité est difficilement envisageable : celle d'établissements d'enseignement supérieur qui enseignent autrement que par des cours magistraux. Il est de bon ton de déplorer l'insuffisance des moyens octroyés à l'Université qui empêcherait de concurrencer efficacement d'autres institutions qui videraient les amphithéâtres des meilleurs éléments. En particulier, l'Université serait contrainte à un enseignement de masse là où les finances d'autres établissements permettent d'enseigner en plus petits groupes – sous entendu donc de manière plus efficace. C'est alors la *méthode* du cours magistral qui est implicitement mais directement contestée. Et force est de constater qu'une réponse spontanée n'est ici pas évidente. L'expérience allemande qui sera retracée ici tend à montrer que la quantité de public ne se répercute pas forcément sur l'attractivité de l'enseignement magistral et que celui-ci est même plébiscité par les étudiants dès lors que

la concurrence des supports est exploitée par l'enseignant lui-même. À suivre cette logique, dont il n'est toutefois pas acquis qu'elle puisse être transposée ailleurs, l'utilité du cours magistral se trouverait remise sur le devant de la scène, peut-être même comme figure de proue de l'Université.

## **Les réponses de l'enseignement allemand.**

Dans le système allemand d'enseignement du droit, on remarque d'abord que la hiérarchie entre cours magistral et travaux dirigés est renversée par rapport au système français. Dans l'Université française, la présence aux travaux dirigés est obligatoire. On peut d'ailleurs s'interroger sur le bien-fondé de cette règle et se demander si elle ne procède pas aujourd'hui d'un « acte d'autorité » pour retenir à l'Université les étudiants qui déserteraient le cours magistral. En effet, on peut être d'avis que la fréquentation des travaux dirigés relève de la décision individuelle de chaque étudiant, en principe majeur et responsable de ses actes lorsqu'il arrive sur les bancs de la Faculté et qu'il n'appartient pas à l'Université d'imposer cette décision. Tel semble être l'esprit du système universitaire allemand qui ne conçoit les travaux dirigés que comme appoint du cours magistral. Des groupes sont ouverts et les inscriptions certes obligatoires pour des impératifs de gestion, mais la fréquentation n'est pas contrôlée. Les travaux dirigés ne sont que des possibilités offertes aux étudiants de faire plus de mise en pratique des connaissances acquises en cours, mais que celui-ci se veut quasiment autosuffisant en termes d'acquisition du savoir. S'il en va ainsi, c'est certainement parce que le cours magistral à l'allemande n'est pas un lieu de passivité pour des étudiants qui seraient contraints de recopier le discours de l'enseignant – dont il est d'ailleurs illusoire de penser qu'ils puissent le digérer en même temps

que de le transcrire – mais bien un lieu d'échange entre étudiants et enseignant et de débat.

Comment est-ce concevable ? Tout d'abord, il faut dire que la première heure d'un cours – semestriel ou annuel – est consacrée à la présentation de la bibliographie de la matière, assez exhaustive. Adeptes du memento ou du traité, chacun doit y trouver son compte. C'est l'occasion pour l'enseignant de conseiller une ou deux références qui se rapprochent particulièrement de sa conception de la matière – ou de renvoyer à une opinion particulièrement dissidente dont la lecture est toujours recommandée, dès le début des études, pour aiguïser l'esprit critique. Pour un responsable allemand de cours magistral, l'ouvrage est un compagnon obligatoire de tout étudiant en droit, dès le premier semestre. Il n'est d'ailleurs pas rare que, d'un cours à l'autre, l'enseignant donne un « programme thématique de lecture » à ses étudiants qui aura dû être balisé pour que les points en débats puissent être approfondis et discutés en cours, l'avis des étudiants sur la question étant très souvent sollicité. On touche là à une autre particularité du cours magistral allemand : c'est un cours *interactif*, malgré un nombre d'étudiants tout à fait comparable aux effectifs des amphithéâtres français – même s'il faut l'avouer toujours inférieur au nombre d'inscrits. Il suffit de quelques équipements sommaires comme un micro-cravate qui permet plus de liberté gestuelle qu'un microphone sans fil comme il en existe dans le grand amphithéâtre d'Assas – qui permet de se promener dans les travées de l'amphithéâtre et mériterait d'être généralisé. Cette interactivité qui se concentre sur les difficultés de la matière met en évidence la complémentarité des supports. La trame de la matière et les aspects descriptifs doivent être intégrés à partir d'un ouvrage par les étudiants et les discussions en amphithéâtre se concentrent sur les aspects dynamiques, actuels ou débattus. Les étudiants sont ainsi impliqués dans le processus de réflexion en tant qu'êtres doués de raison, ce qu'ils ressentent généralement comme étant valorisant – d'ailleurs les étudiants allemands qui suivent des cours en France sont souvent surpris par le caractère « unilatéral » de l'enseignement qui les implique peu. Aussi, à quelques exceptions, près ne viennent-ils pas – en Allemagne – en cours magistral pour avoir le programme de révisions de l'examen, mais pour construire leur pensée en

échangeant avec une personnalité par hypothèse unique et dans cette mesure irremplaçable : leur enseignant. À ce propos il est d'ailleurs remarquable que les semestres passant, les étudiants choisissent de plus en plus les matières qu'ils vont suivre en fonction des titulaires du cours, ce qui montre la place prépondérante de l'enseignant par rapport au contenu du cours qui sera peu ou prou identique. L'organisation des enseignements en Allemagne favorise d'ailleurs cette démarche, puisque l'important est de se présenter à l'examen d'État avec un certain nombre de matières validées, l'étudiant restant maître de la gestion de son emploi du temps (et donc de choisir quelle matière il validera quel semestre). Parce que, malgré sa dimension d'enseignement de masse, le cours magistral allemand laisse place à l'échange et à un certain *intuitus personae* entre l'enseignant et l'enseigné, il est un lieu privilégié de l'acquisition du savoir.

**Limites intrinsèques des réponses allemandes.** Le propos n'est pas d'encourager la transposition complète de cette vision du cours magistral en France. Pareille prétention entrerait d'une part en conflit avec la liberté pédagogique de chaque enseignant. D'autre part et surtout, la tradition universitaire française et surtout les attentes des étudiants sont peut-être différentes si l'on en croit le renforcement de l'attitude consumériste que nous avons observée durant nos toutes dernières années d'enseignement, notamment durant les deux premières années de licence. Contrarier pareille tendance n'est pas chose aisée et nul ne sait si cette courbe peut être inversée plus qu'une autre. On peut y travailler sans toutefois prétendre connaître le remède miracle. Une chose est sûre, l'étudiant, comme l'enseignant, doit y mettre du sien. La meilleure manière de lutter contre la désaffection du cours magistral n'est-elle pas pour les étudiants de se laisser guider par l'occupant de la chaire en acceptant d'entrer sans *a priori* dans sa conception du « CM » et pour l'enseignant de maintenir le cap qu'il aura préalablement défini en fonction de ses attentes de fin de semestre ? Il se pourrait bien alors que tout le monde s'y retrouve et que l'adjectif « magistral », en abandonnant une partie de sa dimension autoritaire pour prendre une coloration d'échange entre enseignant et enseigné, redonne à cet enseignement les lettres de noblesse qu'il mérite.

# Aperçu des méthodes italiennes d'enseignement

Pauline Le Monnier de Gouville

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La question posée était celle de « l'enseignement à l'italienne ». L'occasion fut donnée de recueillir des éléments de comparaison auprès d'un professeur de droit italien de l'Université du Piémont, Massimo Vogliotti, de passage sur le territoire français. M. Vogliotti entreprit notamment d'organiser un colloque le 13 juin dernier, à l'Institut d'études avancées, intitulé « Les transformations du droit et du savoir juridique : quelles conséquences pour la formation juridique ? », dont les actes seront prochainement publiés. En l'état, quelques points de la formation juridique proposée en Italie invitent à la comparaison.

**1. Les enseignements, d'abord.** Le socle reste semblable à ce que connaissent nos amphithéâtres : l'étudiant demeure soumis à un ensemble de cours magistraux, dans l'ensemble peu – souvent très peu – interactifs. Plus le cours est avancé dans le cursus, plus l'effectif est réduit, et l'enseignant s'essaiera alors, de sa propre initiative, à des méthodes dynamiques, privilégiant l'échange et l'innovation : études de cas, plaidoiries (*moot courts*).

Le dispositif ne prévoit pas, en revanche, l'organisation de travaux dirigés. La confrontation pratique résultera, là encore, de la seule démarche des enseignants, lesquels feront parfois réfléchir les étudiants par le biais de commentaires d'arrêts, de l'écriture d'articles ou encore d'exposés. Certains professeurs choisissent de confier, par ailleurs, quelques-uns de leurs séminaires à des assistants : docteurs en droit, jeunes avocats, etc., en vue de provoquer les échanges, d'éveiller les débats.

Quelques départements de droit organisent en outre des séminaires de « *legal writing and research* ». Ou développent, encore, des pratiques relativement innovantes. On voit ainsi, à l'instar de quelques initiatives françaises, émerger des cliniques du droit, mais aussi des compétitions de *moot courts*. M. Vogliotti fait par exemple état d'une compétition qu'il avait organisée parmi ses étudiants de troisième année,

consistant en une simulation de recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme à l'encontre d'une décision de la Cour constitutionnelle.

Le contenu du cours ne suffit pas. L'étudiant doit encore travailler avec un manuel de référence : c'est une obligation. L'enseignant agrémente par ailleurs souvent ses propos d'articles de doctrine et de jugements à étudier en vue de l'examen. L'occasion de compenser l'absence de travaux dirigés, en somme.

**2. Les modes d'évaluation, ensuite.** Chaque semestre se voit soldé par l'organisation de trois examens, oraux mais également écrits lorsque l'effectif d'étudiants s'avère important : la particularité, ici, tient à la seule prévision de questions, plus ou moins précises, relatives au contenu du cours. Il est ainsi très rare que les étudiants aient à résoudre des cas pratiques ou à rédiger des commentaires d'arrêts, sauf quelques tentatives audacieuses et isolées de certains professeurs.

**3. Le cursus, enfin.** Le cursus est celui de la « *Laurea magistrale in Giurisprudenza* », d'une durée de cinq ans, qui ouvre les portes aux concours et examens du barreau et de la magistrature. Il est intéressant de souligner qu'un cours de philosophie du droit s'impose à tous dès la première année. Un cours de théorie du droit ou de sociologie du droit est également obligatoire lors de la troisième ou de la cinquième année. Le cursus de cinq ans est une nécessité. Seules ces cinq années donnent accès aux carrières judiciaires. Seules ces cinq années permettent, encore, de prétendre à l'entrée en Mastère, en Italie ou à l'étranger. Les Mastères ne sont pas, en revanche, une étape indispensable à l'inscription en thèse de doctorat. Il existe en outre un cursus de trois ans, la « *Laurea triennale* », peu prisé en réalité dès lors qu'il n'ouvre pas la voie aux carrières judiciaires, et notamment au barreau. Les étudiants préféreront ainsi s'inscrire à la « *Laurea magistrale a ciclo unico* »,



de cinq ans. À l'issue de ces cinq années, obligation leur est faite de rédiger une « *tesi di laurea* », sorte de long mémoire (de 200 à 350 pages, tout de même !) – ce qui ne va pas, en pratique, sans poser de difficultés, tant les étudiants n'auront guère été habitués, tout au long de leurs cursus, à manier la plume.

On achèvera ces quelques lignes en mentionnant la réforme en cours des études de la « *Laura magistrale in Giurisprudenza* », dont l'objec-

tif annoncé est de renforcer l'autonomie des Universités dans la définition des maquettes d'enseignements. Mais aussi, et surtout, de rendre plus professionnalisante la formation du droit, en limitant la présence de cours théoriques et historiques obligatoires au profit des cours de droit positif. On attendra avec impatience la mise en œuvre des diverses propositions, l'idée étant bien celle d'une éducation juridique nouvelle, d'un modèle pédagogique repensé.

# Grand Deux

## Au tour du droit

### Grand A

#### Droit sans frontières

##### Petit un

La fondamentalisation du droit privé 33

##### Petit deux

La fondamentalisation du droit des personnes 37

##### Petit trois

Brèves remarques sur la « fondamentalisation » du droit de la famille 41

##### Petit quatre

La fondamentalisation du droit des biens 45

##### Petit cinq

La « fondamentalisation » du droit des contrats : discours et réalité 51

##### Petit six

La fondamentalisation du droit de la preuve : réflexion sur les dangers d'un « droit à la vérité » 58

##### Petit sept

La fondamentalisation du droit du procès 72

##### Petit huit

Le droit de la consommation et la fondamentalisation du droit 84

##### Petit neuf

La fondamentalisation du droit du travail 93

### Grand B

#### Perspectives

##### Petit un

« S'il vous plaît... dessine-moi le droit de l'environnement de demain ? » 120

##### Petit deux

Perspectives pour un droit global de l'environnement 123

##### Petit trois

Quelles perspectives en droit international de l'environnement ? 132

##### Petit quatre

Le droit de l'environnement dans trente ans : De la contestation à la concertation ? 136

# Petit un du Grand A :

---

## avant-propos

### La fondamentalisation du droit privé

Jean-Pierre Marguénaud

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques  
de l'Université de Limoges

Membre de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme  
(IDEDH) Université de Montpellier

La fondamentalisation est le creuset de toutes les rancunes et de toutes les rancœurs qui, depuis deux ou trois décennies, perturbent les mœurs et les humeurs de nombre d'acteurs du droit privé. Parler de fondamentalisation du droit privé, c'est, en effet, constater l'influence grandissante des droits fondamentaux qui, pour le dire sans le secours de la théorie du droit, rendent plus concrets et plus effectifs les droits de l'Homme, déjà largement accusés par quelques influents penseurs de saper les piliers de la société au prix de la conversion en droits subjectifs des moindres désirs de n'importe quels abrutis.

Qu'un tel phénomène, implacablement à l'œuvre depuis le milieu du tragique vingtième siècle, n'aurait pas l'heur de plaire à la communauté des privatistes, c'est ce dont on aurait déjà pu se douter à la lecture de l'un de ses plus brillants représentants, René Savatier. Dans les pages que, dans ses intemporelles *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil*<sup>1</sup>, il a consacrées au droit et à l'accélération de l'Histoire, cet autre illustre poitevin soulignait, en effet, le conservatisme viscéral conduisant le droit à être une des principales forces d'inertie contrariant les mutations. L'auteur estimait que

cette réaction était largement louable puisque le travail du juriste est de concilier, autant que possible, la sécurité et l'idéal en respectant toujours l'humanisme, c'est-à-dire ce qu'il y a de permanent dans la nature, les besoins et les aspirations humaines, à travers le changement du milieu social. Il avait cependant eu le courage et la malice de faire remarquer que le conservatisme des juristes s'expliquait aussi par la paresse intellectuelle car la nécessité de réapprendre sans cesse un droit nouveau renouvelait leur supplice de Sisyphe en sorte que leur critique acerbe et souvent mille fois justifiée des nouveautés juridiques les poussait à oublier les défauts des textes anciens.

Or, la fondamentalisation du droit privé a si rapidement déployé un éventail de profonds bouleversements qu'il était sans doute inéluctable que le profond humanisme irradiant le conservatisme des juristes de droit privé soit submergé par la paresse intellectuelle et les réactions épidermiques.

Ce qui, au moins dans un premier temps, a le plus surpris c'est que, comme l'a fort bien souligné François Terré<sup>2</sup>, les droits fondamentaux et les libertés du même nom protègent non seulement, comme le font les libertés publiques,

---

1. Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1952.

2. « Sur la notion de libertés et de droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. R. Cabrillac, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2014, p. 3.

contre le pouvoir exécutif, mais également contre le pouvoir législatif. Que des mécanismes nationaux tels que le contrôle de constitutionnalité *a priori* et même, désormais, *a posteriori*, puissent conduire à invalider ou à abroger une loi votée par les représentants démocratiquement élus du peuple souverain, voilà qui est insupportable pour des privatistes aux fortes convictions républicaines. Que des mécanismes internationaux puissent, principalement en vertu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou de la tentaculaire Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), permettre de contrecarrer ou de stigmatiser la volonté exprimée par le législateur national sur la manière de traiter les personnes gardées à vue, les enfants adultérins, ou les enfants nés à l'étranger au terme d'une gestation pour autrui, voilà qui dépasse l'entendement des plus grands privatistes du siècle dernier et de leurs susceptibles héritiers du siècle nouveau. On a beau leur remontrer que ces atteintes à la majesté de la loi n'ont pas été imposées par les chars russes ou les bombardiers américains mais qu'elles ont été librement consenties par les représentants démocratiquement élus du peuple souverain eux-mêmes, leur colère ne retombe pas. Les plus brillantes représentantes de la jeune doctrine publiciste<sup>3</sup> ont beau leur démontrer que la première définition, formelle et procédurale, de la démocratie, qui la réduit à un processus électoral, a laissé la place, en considération d'expériences historiques douloureuses, à une conception moderne qui associe aux exigences formelles traditionnelles des exigences matérielles tenant au respect des droits des individus, puis leur rappeler à la suite du philosophe Alain qu'« un tyran peut être élu au suffrage universel, et n'être pas moins tyran pour cela » et que « ce qui importe, ce n'est pas l'origine des pouvoirs, c'est le contrôle continu et efficace que les gouvernés exercent sur les gouvernants », leurs certitudes ne s'effritent pas.

Il est vrai que la diminution de l'autorité de la loi qu'ils déplorent se conjugue, corrélativement, avec une augmentation des pouvoirs des juges qu'ils abhorrent.

Seuls des juges ou des sages peuvent, en effet, prendre la décision d'invalider une loi votée

par les représentants du peuple souverain ou d'en paralyser ponctuellement l'application. Sans doute ces juges ne sont-ils pas complètement dépourvus de toute légitimité démocratique. C'est ainsi que, depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, la nomination des membres du Conseil constitutionnel, relevant de l'article 13 de la Constitution, peut être empêchée par un vote négatif des trois-cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions permanentes de l'Assemblée nationale et du Sénat. Quant aux juges à la Cour européenne des droits de l'Homme, chacun peut vérifier qu'ils ne sont pas nommés mais élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, composée des représentants des parlements de chaque État membre, suivant une procédure de plus en plus stricte qui leur permet de procéder des peuples souverains au moins aussi directement que les sénateurs français. Il n'en reste pas moins que les juges qui jugent la loi pour permettre aux droits de l'Homme, devenant fondamentaux, d'être plus concrets et plus effectifs, n'ont pas autant de légitimité démocratique que les parlementaires qui ont le dernier mot pour les voter. D'où la sempiternelle dénonciation du « gouvernement des juges » à coups d'articles ravageurs où la terrible accusation de « forfaiture » est proférée à peu près toutes les quinze lignes. La critique se doit d'être plus féroce encore lorsque les juges en question appartiennent à une juridiction internationale que les justiciables peuvent saisir directement après épuisement des voies de recours internes et la cible privilégiée en est, bien entendu, la Cour européenne des droits de l'Homme dont le Doyen Carbonnier, dans *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, avait eu le temps de dire, dans une formule passée à la postérité que, manifestement, elle « est sortie de son lit » ; « l'ennui est que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer »<sup>4</sup>. Dans l'euphorie de la célébration du bicentenaire du Code civil, cette critique aussi prestigieuse de l'application par une juridiction internationale « des droits venus d'ailleurs, des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire »<sup>5</sup>, a servi de détonateur à une campagne d'une rare violence dirigée contre les quelques originaux qui commettaient le sacri-

3. S. Hennette-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., p. 283.

4. Flammarion, 1996 p. 47 s.

5. *Ibid.*

lège d'observer la lente et inexorable fondamentalisation du droit privé sous l'influence principale de la CEDH et qui sont régulièrement accusés d'être « des spécialistes prompts à vanter leur fonds de commerce, tous êtres confondus humains ou animaux »<sup>6</sup>, des thuriféraires d'un véritable fondamentalisme des droits fondamentaux ou des fanatiques se plaignant d'être méprisés par leurs contradicteurs<sup>7</sup>.

Il n'est pas certain que l'on pourra continuer encore longtemps à traiter de la fondamentalisation du droit privé en caricaturant ceux qui ont eu la curiosité de la voir venir quand d'autres pratiquaient la politique de l'autruche et qui ne méritent pas plus de recevoir des pierres que le facteur qui apporte de mauvaises nouvelles. Il n'est pas certain non plus que puisse encore longtemps se déployer la très commune stratégie d'évitement consistant à adopter un ton très supérieur pour délivrer des appréciations approximatives sur la mise en œuvre de techniques « venues d'ailleurs », complexes et rébarbatives, que l'on n'a jamais pris le temps d'étudier véritablement. La fondamentalisation du droit privé est, en effet, suffisamment affirmée aujourd'hui pour qu'elle donne lieu à de véritables débats où les arguments prendraient la place des invectives dans le respect des règles de la bataille intellectuelle des idées, chères à la Cour européenne des droits de l'Homme, d'ailleurs (cf. l'arrêt *Tierbfreier c/ Allemagne* du 16 janvier 2014).

Deux événements relativement récents, mettant en jeu l'application de la CEDH par la Cour de cassation, invitent instamment à ce changement de perspective auquel le présent dossier devrait puissamment contribuer.

Il s'agit, tout d'abord, de « la révolution du 15 avril » 2011<sup>8</sup>, résultant d'une série d'arrêts relatifs à la garde à vue par lesquels l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a reconnu l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg en proclamant que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour euro-

péenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». Il irait presque sans dire que, désormais, tant que cette jurisprudence n'a pas été abandonnée par la Cour de cassation ou victorieusement combattue par loi, tout juriste de droit privé français doit, de bon ou de mauvais gré, commencer par s'assurer que la question soumise à son attention n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour européenne.

Il s'agit, ensuite de l'arrêt de la première Chambre civile du 4 décembre 2013 qui, sur le fondement exclusif de l'article 8 de la CEDH, a eu l'audace d'écarter l'application de l'article 161 du Code civil, pilier de l'ordre public matrimonial, parce que l'annulation du mariage d'un homme avec l'ex-épouse de son fils avait porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse dans la mesure où la seconde union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans. Cette appropriation spectaculaire et controversée du principe européen de proportionnalité a permis de mieux se rendre compte que, tranquillement, à petits pas, la Cour de cassation s'aventurait sur le terrain des faits pour les juger et pour fonder officiellement sa décision plutôt que sur la loi à laquelle elle est pourtant censée s'en tenir<sup>9</sup>. Cette « révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par le droit »<sup>10</sup>, fait désormais l'objet d'un vif débat, inlassablement relancé par Ch. Jamin<sup>11</sup>. Nul ne sait encore comment il va se conclure. Il est en tout cas réjouissant de constater qu'une question majeure se trouvant au cœur de la fondamentalisation du droit privé donne lieu à des échanges constructifs d'arguments finement soupesés<sup>12</sup>.

Il faut ardemment souhaiter que ce nouvel état d'esprit s'instaurera durablement car les questions touchant à la fondamentalisation du droit privé sont devenues suffisamment graves et suffisamment complexes pour mériter de quitter le terrain des polémiques stériles pour gagner celui des débats constructifs.

6. F. Terré in *Réformer le droit I*, dir. O. Sautel, Litec, « Colloques et débats », 2007, p. 4.

7. F. Terré, « Sur la notion de libertés et de droit fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, 20<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 6.

8. Cf. *RTD civ.* 2011, p. 725.

9. Cf. Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014. 2061.

10. *Ibid.*

11. V. par ex. « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015. 263.

12. Cf. S. Guinchard, F. Ferrand, et T. Moussa, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015. 278.

Quelques exemples donneront, pour conclure, une idée de l'immense chantier qui s'ouvre devant les privatistes de bonne volonté.

Avec leurs collègues publicistes, ils auront à réfléchir sur les questions d'intérêt commun d'articulation des sources de droits fondamentaux. Ainsi, devront-ils s'intéresser à l'adhésion, toujours repoussée, de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme appelant sa soumission à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme et aux complexes relations entre CEDH et QPC qui viennent de donner lieu à une importante décision d'irrecevabilité de la Cour de Strasbourg, *Renard c/ France* du 17 septembre 2015, suivant laquelle le refus de la Cour de cassation de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel n'est pas contraire au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la CEDH.

La diffusion de l'effet dit horizontal de la Convention, qui est au cœur de la fondamentalisation du droit privé puisqu'elle conduit à opposer les droits de l'Homme aux autres hommes, appelle d'urgence des réflexions approfondies sur la manière de résoudre les conflits, toujours plus nombreux, de droits fondamentaux qui, pour l'heure, n'ont guère été abordés que par la brillante publiciste Peggy Ducoulombier<sup>13</sup>. On

pourrait également se demander sérieusement si, avec le concours du principe de proportionnalité, la diffusion de l'effet dit horizontal ne va pas conduire le solidarisme contractuel, qui a tant de mal à passer par la fenêtre, à faire son entrée par la grande porte.

En période de crise économique persistante, il n'est peut-être pas complètement déplacé d'approfondir la question de savoir si la régression des droits sociaux ne peut pas être enrayerée au moyen des droits que consacre la Charte sociale européenne appliquée grâce à un système de réclamations collectives par le Comité européen des droits sociaux, laboratoire d'idées sociales trop peu connu<sup>14</sup>.

Plus généralement le dossier relatif à la fondamentalisation du droit privé, publié à la fin de la tragique année 2015, devrait aider chaque juriste français en général et chaque privatiste en particulier à choisir, en meilleure connaissance de cause, entre les valeurs du président hongrois Viktor Orban et celles de René Cassin dont il n'est peut-être pas indifférent de rappeler qu'il avait soutenu en 1914, à la Faculté de droit de Paris, une thèse de pur droit privé consacrée à l'exception *non adimpleti contractus* et à ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution...

---

13. *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011.

14. Cf. J. Mouly et J.-P. Marguénaud, *RDP* 2011. 695.

# Petit deux du Grand A :

---

## droit des personnes

### La fondamentalisation du droit des personnes

Grégoire Loiseau

Professeur à l'Université Paris I

Directeur de l'UFR de droit – École de droit de la Sorbonne

**L**e droit des personnes en tant qu'ensemble normatif organisant la condition juridique de l'être humain, dans sa double dimension publique et privée, de la cellule sociale à l'atome singulier du soi intime, est un droit fondamental. Il est au soubassement de tous les autres droits qui n'ont de sens que parce qu'ils saisissent la personne en action dans des espaces sociaux et économiques où les relations interpersonnelles doivent être régulées. La fondamentalité du droit des personnes est donc une invariable de notre système juridique conçu en contemplation du rapport entre la personne et la chose, le sujet et l'objet, l'être et l'avoir. L'esprit d'inventivité permet peut-être de s'évader de cette structure binaire – songeons aux adeptes de droits des animaux ou, parce que certains en parlent, de droits des robots – mais la rationalité, fût-elle suspecte d'académisme, doit être intransigeante : la boussole du droit est la personne et il serait déraisonnable de la dérégler en invitant à la table des acteurs du droit ceux qui ne sont, en réalité, que leurs protégés (les animaux) ou des supplétifs mécaniques (les robots). Revenons à l'essentiel : le droit des personnes est en soi un droit fondamental sous peine de sacrifier l'ordre de la loi qui est au commencement du droit : « Le droit assure la primauté de la personne » (C. civ., art. 16).

Ce dont il est question, dans ces conditions, n'est pas la fondamentalité du droit des per-

sonnes mais la fondamentalisation des droits des personnes, forme de radicalisme des règles qui, dans l'hystérie individualiste ambiante, les pousse au panthéon des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux sont, comme chacun sait, une « catégorie » relativement récente de droits conçus dans un esprit de hiérarchisation pour mettre au premier rang des droits qui auraient une autorité normative supérieure. Ce fut les droits naturels et imprescriptibles de l'homme de 1789 dans une perspective jusnaturaliste puis les droits constitutionnels dans une approche positiviste avant – pour faire court – d'être gradués sur l'échelle de la fondamentalité. Qu'est-ce que la fondamentalité ? À part quelques-uns de nos savants collègues, nous n'en savons trop rien, ce qui très certainement arrange les décréteurs de droits fondamentaux. Ramené à un phénomène – la fondamentalisation –, on perçoit mieux l'entreprise qui consiste à créer un corps d'élite de droits et de principes en les dotant d'une valeur supérieure dans l'ordonnement juridique. C'est une forme de ségrégation juridique : il y a les droits fondamentaux et les autres droits qui ne sont pas fondamentaux ; les droits du dessus et les droits du dessous. La fondamentalité opère comme un totem, induisant le tabou du sacrifice de certains droits.

À l'observer en droit des personnes, la fondamentalisation se présente comme un phénomène de masse qui saisit des droits de plus en

plus nombreux. À cela s'ajoute que, gagné par la fièvre de la fondamentalisation, le droit des personnes est appelé à produire de nouveaux droits fondamentaux pour répondre aux revendications sociales croissantes dans une perception subjectiviste de la fondamentalité.

## I. Un phénomène de masse : l'usage des droits fondamentaux de la personne

Le droit des personnes ne comptait, dans le Code napoléon de 1804, que peu de droits de la personne. Des personnes, le Code civil ne connaissait que l'existence publique, à travers la réglementation des actes de l'état civil, la condition des étrangers, la nationalité ou encore les régimes d'absence et de disparition. Même le domicile n'était alors envisagé que comme la localisation géographique stable du sujet de droit et non comme le lieu privé qui constitue le cadre de vie intime de l'individu qui y habite, dont le droit assure la protection. L'émergence de droits investissant en propre et de manière égale chaque personne est somme toute assez récente : elle correspond au passage d'une protection désincarnée de l'individu, au moyen de règles de droit objectif – responsabilité civile, normes pénales – à la reconnaissance de droits subjectifs dans une perspective de respect de l'être humain considéré dans son individualité. Ce sont ainsi, en particulier, le droit au respect de la vie privée, le droit au respect de la présomption innocence puis le droit au respect du corps humain qui ont successivement pris place dans le Code civil.

Le droit civil des personnes se répartit alors en deux corps de règles, les unes organisant l'existence sociale de la personne, en ce compris sa capacité à jouir et à exercer des droits, les autres posées pour le respect de son humanité dans les rapports d'altérité. Les unes relèvent en grande partie d'une police civile de la personne quand les autres s'enracinent dans un principe de dignité. Ce sont principalement ces dernières qui ont été entraînées par le courant du fondamentalisme. La Cour de cassation, au vrai, est à ce propos assez mesurée et, par exemple, a refusé de considérer le droit de se vêtir à sa guise comme une liberté fondamentale (Soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Bull. civ. V*, n° 178). La grande faiseuse de droits fondamentaux est la

Cour européenne des Droits de l'Homme. Dans son action, celle-ci recourt, notamment, aux dispositions de l'article 8 de la Convention dont elle fait la machine ouvrière de la fondamentalisation de nombreux droits des personnes. Le droit au respect de la vie privée, dont la fondamentalité est affirmée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE 13 mai 2014, affaire C-131-12, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Espanola de Proteccion de Datos et Mario Costeja Gonzales*) quand le Conseil constitutionnel lui reconnaît une valeur constitutionnelle (v. encore Cons. const. 13 mars 2014, n° 2014-690 DC, cons. 51), sert à cet égard de timonier pour dégager de nouveaux droits fondamentaux. Le montage est habile : déclarant que la notion de vie privée est une notion large et non susceptible d'une définition exhaustive, la Cour européenne en fait un droit gigogne contenant toute sorte d'éléments se rapportant à l'identité de la personne, tels que son nom, son image, ou encore son intégrité physique ou morale (honneur, réputation). Dans un autre angle, qui est celui du droit au développement personnel ou du droit à l'autodétermination, la Cour européenne place d'autres droits et libertés comme le droit de disposer de son corps, englobant lui-même le droit d'entretenir des relations sexuelles s'agirait-il d'activités perçues comme étant physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour la personne (CEDH 19 févr. 2005, *A.D. et A.K. c/ Belgique*, req. n° 42758/98, § 83). Il y a donc des sous-espèces qui, si elles ne sont pas expressément identifiées comme étant intrinsèquement fondamentales, sont autant de droits prétendant à une fondamentalité dérivée. Il ne faut pas négliger, non plus, l'apport de la Cour de justice de l'Union européenne à qui revient en particulier d'avoir promu à la fondamentalité le droit à la protection des données personnelles (CJUE 13 mai 2014, préc. ; comp. CEDH 18 sept. 2014, *Brunet c/ France*, req. n° 21010/10, qui juge que « la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention »). Bref, le droit des personnes semble pris dans une spirale de fondamentalisation au point qu'il est devenu difficile de recenser des droits de la personne, abstraction faite des règles qui organisent son existence sociale, qui ne soient pas des droits fondamentaux. Et encore, toutes les ressources



ne sont pas épuisées, comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose, à un article 7, que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ».

Pourquoi diable une telle frénésie ? La production des droits fondamentaux paraît s'être emballée pour faire en sorte que tous les droits, ou l'essentiel d'entre eux, aient un niveau normatif équivalent. Sélectionner l'accès à la fondamentale obligerait en effet subséquentement à hiérarchiser des droits et libertés, entreprise où perçoit le risque d'arbitraire dans la mesure où les valeurs qui les sous-tendent peuvent être différentes mais sont souvent d'une égale importance. En évitant une hiérarchie qui élimine des droits en concurrence avec d'autres droits, en les traitant ensemble dans un rapport d'équivalence normative puisqu'il n'y a pas de droits plus ou moins fondamentaux, l'ouvrage du juge n'est plus que de gérer, au cas par cas, des conflits de droits. L'un des duels les plus fréquents oppose à ce sujet le droit au respect de la vie privée à la liberté d'expression. Leur fondamentale respective fait dire aux juges de cassation que « les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime » (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2003, n° 00-20.289, *Bull. civ. I*, n° 172 ; v. dans le même sens : CEDH 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c/ France*, req. n° 40454/07, § 46).

En somme, le juge peut prioriser l'application d'un droit ou d'une liberté par rapport à un autre sans attenter à sa fondamentale. À ce compte-là, on est tout de même fondé à s'interroger sur le sens et la portée de la fondamentale. Si la plupart des droits sont reconnus fondamentaux, à titre originaire ou dérivé, quelle est la plus-value de la fondamentale ? Elle surclasse certes les droits qui en sont pourvus ; mais pour quel effet utile ? Le résultat est en réalité pernicieux : la fondamentale sert aujourd'hui d'appât pour valoriser des droits dont certains revendiquent la reconnaissance. N'étant plus seulement un signe distinctif de droits positivement consacrés, elle est l'arme d'une conception subjectiviste des droits en donnant à ceux qui en

réclament le bénéfice l'argument de leur attribution effective : un droit subjectivement paré de fondamentale ne peut être refusé au sujet dont il satisfait les attentes.

## II. Un stimulus : la revendication de droits de la personne par la fondamentale

La fondamentale des droits des personnes est d'abord l'expression d'une promotion de ces droits, promotion dont le sens est de valoriser la personne humaine qui en est investie. La loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne de 1949, dont l'article 1<sup>er</sup> proclame le respect de la dignité de l'être humain, réagissait au déni de cette valeur. La fondamentale, dans le cercle du droit des personnes, est dans le même esprit le marqueur du respect qu'impose l'humanité de l'être, *in se* et *per se*. Du moins les choses étaient celles-ci jusqu'à ce que l'ultra-individualisme teinté de subjectivisme la conception des droits fondamentaux. Dans l'absolu, il s'agirait de laisser au sujet le pouvoir de déterminer les droits qu'il estime lui être fondamentaux. Sans aller jusque-là, des droits fondamentaux doivent pouvoir être dégagés de normes préexistantes, sans être eux-mêmes positivement consacrés, lorsqu'ils répondent à des aspirations sociales. C'est la démarche de la Cour européenne des Droits de l'Homme lorsqu'elle fait découler du droit fondamental à la vie privée des droits et libertés dérivés : ici, le droit à l'autodétermination en matière d'orientation sexuelle et de vie sexuelle (CEDH 28 août 2012 *Costa et Pavan c/ Italie*, req. n° 54270/10, § 55) ; là, le droit de disposer de son corps (CEDH 19 févr. 2005, préc.) dont les ramifications peuvent être vertigineuses. Cette duplication de droits à partir d'un droit fondamental souche n'aboutit pas toujours. On se souvient ainsi que, dans l'affaire *Pretty*, la Cour européenne s'est refusée de considérer qu'il puisse se déduire de l'article 2 de la Convention consacrant le droit à la vie un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique (CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, § 40). Mais, dix ans plus tard, la Cour reconnaissait tout de même que « le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa

volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention » (CEDH 19 juill. 2012, *Koch c/ Allemagne*, req. n° 497/09, § 52; v. déjà CEDH 20 janv. 2011 *Haas c/ Suisse*, req. n° 31322/07, § 51). Le principe de dignité est également souvent sollicité pour sa valeur fondamentale, la Cour européenne y voyant l'essence même de la Convention (CEDH 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, req. n° 14793/08, § 58). Toutefois, son rôle est ambivalent car l'application du principe se fracture irrédûctiblement entre les partisans d'une acception subjective de la dignité, fondatrice de libertés individuelles ouvertes à qui entend les exercer, et les tenants d'une conception objective, qui y voient la sentinelle des valeurs attachées à la personne humaine abstraitement considérée comme une fin en soi.

Dans ce contexte, l'épidémie de fundamentalité, si elle demeure encore maîtrisée, n'en constitue pas moins une menace à considérer sérieusement lorsqu'il s'agit de faire de l'existence d'un droit ou d'un principe fondamental un levier pour la reconnaissance de nouveaux droits, eux-mêmes fondamentaux par un effet de scissiparité. Le droit des personnes est aujourd'hui constamment bousculé par ces revendications qui, même lorsqu'elles ne parviennent pas au résultat escompté, laissent des traces de forçage. Parmi ces droits revendiqués au nom d'une fundamentalité d'emprunt, le droit à l'enfant constitue presque un cas d'école : reconnu en 1989 par la Cour d'appel de Paris désavouée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui (Cass., ass. plén., 3 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4), il se décline aussi comme un droit d'accès aux procréations médicalement assistées, mais n'est envisagé, pour l'instant, que comme le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (CEDH 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, § 72). Dans un autre registre, le Conseil d'État a reconnu, dans l'orbite du droit au respect de la vie privée, le droit de choisir sa sépulture tout en

le contrariant aussitôt en s'opposant à la conservation du cadavre par un procédé de congélation (CE 6 janv. 2006, req. n° 260307); mais il ne fait pas de doute que l'on plaidera demain, au nom de la fundamentalité du droit de disposer de son corps *post-mortem*, la reconnaissance du droit à la cryogénéisation ou à la polymérisation du cadavre. Ailleurs, la Cour européenne a placé le transsexualisme sous la coupe du droit au respect de la vie privée pour obliger à prendre en considération la condition de transsexuel et à en tirer les conséquences, notamment par des modifications subséquentes de l'état civil (CEDH 25 mars 1992, *B c/ France*, req. n° 13343/87). Il a par la suite été soutenu, devant les juridictions internes, que le droit au respect de sa vie privée implique le droit de définir son appartenance sexuelle et d'obtenir la modification des actes de l'état civil de façon qu'ils reflètent l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir un processus irréversible de changement de sexe (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 2013, n° 11-14.515, *Bull. civ. I*, n° 13). Reprenant la main, la Cour européenne a récemment précisé qu'il ne peut être refusé à un transsexuel la possibilité d'accéder à une opération de changement de sexe en raison de sa non stérilisation définitive (CEDH 10 mars 2015, préc., § 122).

En définitive, qu'il s'agisse de reconnaître de nouveaux droits ou de donner une portée plus étendue à des droits existants, la fundamentalisation se présente comme une technique d'infiltration dans le droit des personnes avec l'idée que, portés par leur fundamentalité subjective-revendiquée, ces droits ont vocation à intégrer l'appareil normatif. Si les juridictions internes résistent plutôt bien à la pression, la Cour européenne se prête plus volontiers à cette opération de fundamentalisation rampante. Paradoxalement, la fundamentalité ne confère pas cependant une plus grande sûreté à l'édifice; elle le fragilise au contraire en l'exposant à des variations qu'il est parfois difficile d'anticiper. Et si la fundamentalisation du droit des personnes n'était au fond qu'une vaste entreprise de déstabilisation ?

# Petit trois du Grand A :

---

## droit de la famille

### Brèves remarques sur la « fondamentalisation » du droit de la famille

François Chénéde

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III

#### « Fondamentalisation » du droit ou « juridicisation » des droits fondamentaux ?

L'influence des droits fondamentaux sur le droit de la famille a déjà fait l'objet de nombreuses et riches études. Dans le cadre de ces brèves remarques, nous n'aurons pas l'ambition de revenir sur l'ensemble de la question, mais simplement de décrire la réalité politique sous-jacente à ce phénomène juridique que l'on nomme classiquement « fondamentalisation du droit », mais qu'il serait plus juste de qualifier de « juridicisation » des droits fondamentaux. Pour cela, il convient de rappeler, une nouvelle fois, la nature des droits de l'homme, la fonction de la loi, et, partant, la spécificité du contrôle de la seconde au nom des premiers.

Avant d'être des « normes juridiques » (approche formelle et superficielle), les droits de l'homme sont des « valeurs politiques » (approche réelle et substantielle). Ils sont même les valeurs fondatrices de la *polis*. Les droits fondamentaux représentent, en effet, non pas le terme, mais le point de départ de l'activité politique, les premières pierres de l'organisation de la vie en société. Chacun invoque sa *liberté de...* ou son *droit à...* au soutien de ses revendications individuelles ou communautaires. C'est naturel. Les souhaits des uns entrent alors en conflit avec les intérêts des autres. C'est inévitable. Et à ce conflit de droits privés, il faut encore ajouter la

tension qui ne manque pas d'apparaître entre les aspirations individuelles et les exigences sociales, que l'on qualifie, au gré des époques et des écoles, de « bien commun » ou d'« intérêt général ». Autrement dit, avec les droits de l'homme, le décor est planté, mais tout reste à faire.

Pour organiser la vie de la Cité, pour permettre le « vivre-ensemble », les libertés des uns doivent encore être conciliées avec les droits des autres. Toutes les déclarations le rappellent : immédiatement après avoir proclamé un droit ou une liberté, elles s'empressent d'ajouter que le *législateur* ne pourra qu'en limiter la jouissance ou l'exercice pour préserver les droits d'autrui et/ou le bien commun. Telle est bien la réalité de la loi : il ne s'agit pas d'une prescription autoritaire et liberticide, mais d'un compromis, d'un « traité de paix », entre les aspirations contradictoires inhérentes à la vie en société.

C'est en gardant ces évidences à l'esprit que l'on saisit l'originalité du contrôle des lois au nom des droits de l'homme : la norme contrôlée (la loi) est par nature, de par sa fonction, contraire à la norme de contrôle (tel droit, telle liberté). C'est la raison pour laquelle l'objet véritable du contrôle de « fondamentalité » n'est pas la « conformité » de la loi aux droits de l'homme, mais la « proportionnalité » de l'atteinte portée par la première aux seconds. À travers ce contrôle, sous couvert de « hiérarchie des

normes », le juge des droits de l'homme est ainsi amené à juger de la légitimité de l'arbitrage politique opéré par le législateur, et, le cas échéant, à faire prévaloir son appréciation personnelle du conflit d'intérêts en présence.

Par où l'on comprend que l'on est moins en présence d'une « fondamentalisation » du droit que d'une « juridicisation » des droits fondamentaux, c'est-à-dire d'une appropriation juridique des valeurs politiques et morales, fondamentales et fondatrices, de notre société. Quelles ont été les conséquences de ce phénomène en droit de la famille ? Sur le terrain *politique*, il s'est traduit par une libéralisation de la réglementation et la remise en cause des inégalités (I). Sur le terrain de la *Politique*, il a permis l'ascension du pouvoir judiciaire et l'avènement d'une authentique aristocratie ou théocratie juridique (II).

## I. Liberté et égalité : le recul des interdits et le refus des hiérarchies

L'influence des droits fondamentaux, et plus spécialement de l'œuvre interprétative de la Cour européenne des droits de l'homme, sur les évolutions contemporaines du droit de la famille est trop connue pour que l'on s'y attarde<sup>1</sup>. On se contentera de citer les illustrations les plus marquantes.

Du côté de l'union, la Cour a d'abord commandé l'admission du mariage du transsexuel avec une personne de son sexe biologique<sup>2</sup>. Quelques années plus tard, elle a remis en cause la prohibition du mariage entre alliés<sup>3</sup>, ce qui a encouragé la Cour de cassation à valider un mariage incestueux en raison de sa longue durée (vingt ans)<sup>4</sup>, dans une décision que son Premier président présente comme un arrêt modèle et

moteur pour la réforme qu'il appelle de ses vœux<sup>5</sup>. Rappelons enfin la condamnation de l'infériorité successorale de l'enfant adultérin, qui est venue fragiliser, au moins symboliquement, le devoir de fidélité entre époux<sup>6</sup>.

Du côté de la parenté, la Cour a condamné, dans son arrêt fondateur *Marckx c/ Belgique*, la disparité de traitement dont souffraient les enfants naturels pour l'établissement de leur filiation maternelle<sup>7</sup>, disparité que le droit français a définitivement abandonnée à l'occasion de la réforme du droit de la filiation de 2005 (C. civ., art. 311-25). La Cour a également remis en cause l'interdiction de l'expertise génétique *post mortem*<sup>8</sup> et l'irrecevabilité des actions en établissement de filiation prescrites<sup>9</sup>. Plus récemment, elle a sanctionné l'interdiction de l'adoption de l'enfant de son conjoint homosexuel<sup>10</sup>, et condamné le refus de l'établissement de la filiation – au moins paternelle – des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger<sup>11</sup>.

Par touches successives, à un rythme de plus en plus soutenu, la mise en œuvre du duo « liberté-égalité » a ainsi conduit à un profond renouvellement du droit de la famille. C'est le phénomène le plus visible, et à ce titre le plus disputé. Mais la « juridicisation » des droits de l'homme a emporté une autre conséquence, plus fondamentale encore : le déplacement du pouvoir politique du législateur et du Peuple vers les juges et les juristes.

## II. Aristocratie ou théocratie : l'emprise des juges et des juristes

Au-delà des juges, c'est bien la communauté des juristes, et notamment la doctrine, qui profite de cette « juridicisation » des droits fondamentaux.

- 
1. Pour une étude critique de ce mouvement, v. Y. Lequette, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Lexisnexis, 2004, p. 171 s., spéc. n° 17 s.
  2. CEDH 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95.
  3. CEDH 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume Uni*, n° 36536/02.
  4. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.
  5. B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015. 1326.
  6. CEDH 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek c/ France*, n° 34406/97.
  7. CEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74.
  8. CEDH 13 juill. 2006, *Jaggi c/ Suisse*, n° 58757/00. Décision qu'il convient de comparer à celle du Conseil constitutionnel, qui, saisi de la conformité de l'article 16-11 du Code civil aux droits et libertés garantis par la Constitution, a refusé de substituer son appréciation à celle du législateur (Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-73 QPC).
  9. CEDH 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08, dans laquelle la Cour n'a pas craint de déclarer qu'elle éprouvait « des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique ». Une telle affirmation a au moins le mérite de la clarté : les règles françaises du droit de la filiation apparaissent, aux yeux des juges strasbourgeois, comme de simples « contraintes juridiques ». On le devinait à la lecture de nombre de ses décisions. Mais ce qui va sans dire va toujours mieux en le disant.
  10. CEDH 19 févr. 2013, *X. et autres c/ Autriche*, n° 19010/07.
  11. CEDH 26 juin 2014, *Mennesson et Labassée c/ France*, n° 65192/11 et n° 65941/11.

Elle permet en effet à certains d'entre nous de défendre leur opinion politique et morale, sous couvert d'argumentation juridique, dans tous les débats de société.

Certains spécialistes du « droit » des droits de l'homme en font même profession : sous couvert de raisonnements juridiques, ils nous délivrent régulièrement avec autorité leurs opinions personnelles sur toutes les discussions morales et politiques qui agitent le monde. Au gré de leur appréciation morale, en fonction de leurs convictions politiques, la limitation apportée par la loi aux libertés et droits individuels est ainsi jugée, tantôt « proportionnée », tantôt « disproportionnée », et donc la décision ou le texte commenté, tantôt « cohérent » ou « légitime », tantôt « incohérent » ou « illégitime ».

Les controverses doctrinales qui ont accompagné les discussions parlementaires relatives à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe ont illustré ce phénomène jusqu'à la caricature : chaque camp a invoqué ses *droits* à... et ses *libertés* de... pour tenter de nous convaincre que le « droit » interdisait ou imposait le mariage homosexuel et la filiation monosexuée<sup>12</sup>.

Lorsqu'elle est cantonnée au terrain de l'expression doctrinale, cette mascarade ne prête qu'à sourire. Mais elle devient infiniment plus préoccupante lorsqu'elle quitte l'École pour le Palais, les décisions des juges des droits de l'homme, à la différence des opinions de la doctrine fondamentaliste (de métier ou d'occasion), risquant quant à elles de s'imposer à tous.

Si l'on garde à l'esprit la spécificité du contrôle judiciaire des lois au nom des droits fondamentaux<sup>13</sup>, on perçoit pourtant immédiatement les

nécessaires limites qu'il convient de lui assigner. Car, derrière la loi, on trouve, non pas des « légistes », mais le Souverain, c'est-à-dire le Peuple et ses élus. Autoriser un contrôle judiciaire *sans limite* des arbitrages politiques opérés par le législateur – au nom des droits et libertés qu'il a lui-même pris en compte et conciliés – serait naturellement contraire au principe même de la démocratie.

Cette évidence n'a guère échappé au Conseil constitutionnel qui fait montre d'une grande prudence en droit des personnes et de la famille<sup>14</sup>. Le critère mis en avant par le Conseil pour justifier cette retenue – et ainsi délimiter les frontières de son contrôle – est celui de la « question de société » dont la réponse appartiendrait exclusivement, selon les juges constitutionnels, au Parlement. Lorsqu'il est saisi d'une telle question, autour de laquelle s'affrontent les partisans du « progrès » et de la « tradition », le Conseil rappelle inlassablement – et alternativement aux militants des deux bords – qu'il ne lui appartient pas de « substituer son appréciation à celle du législateur ». La saga jurisprudentielle relative à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe en est, là encore, la meilleure illustration : après avoir refusé de faire droit aux demandes anticipées des couples homosexuels<sup>15</sup>, elle a rejeté l'ensemble des griefs constitutionnels invoqués à l'encontre de la loi du 17 mai 2013<sup>16</sup>. Ni conservatisme (en 2010 et 2011), ni progressisme (en 2013), mais un attachement répété à la démocratie.

La CEDH ne fait pas preuve de la même retenue<sup>17</sup>. Certes, la Cour concède une « marge d'appréciation » aux États<sup>18</sup>. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence européenne montre que ce

12. Sur ce point : « Le constitutionnalisme est un jusrationalisme. Brèves réflexions à propos d'un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* 20 févr. 2013, p. 6 ; « La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur le "mariage pour tous" », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, dir. Y. Lequette et D. Mazeaud, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 27 s.

13. *V. supra* n° 1.

14. V. J.-F. de Montgolfier, « La QPC et le droit de la famille au Conseil constitutionnel », *AJ fam.* 2012. 578, spéc. 579-580 ; F. Chénédy et P. Deumier, « L'œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Nouv. Cah. Cons. const.* 2013, n° 39, p. 7 s. Pour illustrer ce respect de la souveraineté parlementaire, on ne peut qu'encourager à lire ou relire la délibération qui a précédé la décision *IVG* de 1975, avec le très beau rapport de François Goguel (*Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, 1958-1983, Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., 2009, n° 21). Pour une tentative d'explication de cette modestie démocratique, v. D. Schnaper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, NRF essais, 2010, p. 175-184.

15. Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC (adoption) ; 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC (mariage).

16. Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC (mariage et adoption).

17. Sur ce constat, v. les propos d'un ancien président du Conseil constitutionnel, que l'on pourra difficilement soupçonner d'appartenir au camp des prétendus « anti-droits de l'homme » : R. Badinter, in *Gouvernement des juges et démocratie*, dir. S. Brondel, N. Fouquier et L. Heuschling, Publications de la Sorbonne, 2001, spéc. 291-293.

18. Comme l'a finement relevé le doyen Jean Carbonnier, l'expression employée par la Cour donne le ton : « La France n'est pas jugée, du reste, selon sa conception propre des droits de l'homme qu'elle avait confiés à la sauvegarde de Strasbourg, mais d'après la conception cosmopolite de la Cour, sauf à celle-ci à admettre, par grâce pour l'État d'origine, une « marge d'appréciation nationale » (*une marge seulement*) » (*Droit civil, Introduction*, PUF, 27<sup>e</sup> éd., 2002, n° 140, p. 271, nous soulignons).

renvoi à la souveraineté nationale en présence d'une « question éthique délicate » n'a rien de commun avec le renvoi à la souveraineté parlementaire opéré par le Conseil constitutionnel. Alors que le Conseil, en présence d'une « question de société », refuse, par principe et de manière inconditionnelle, de juger du bien-fondé de l'arbitrage réalisé par le législateur, la Cour, non seulement reconnaît à l'État une marge d'appréciation « plus ou moins large », mais surtout contrôle le choix opéré par celui-ci « même dans limites de sa marge »<sup>19</sup>. Mais qu'est-ce qu'une « marge d'appréciation » qui ne permet pas à l'État de faire prévaloir son appréciation dans les limites de celle-ci ? Quelle réalité – et utilité – pour cet ultime rempart démocratique si la Cour s'autorise, une fois son existence admise, à contrôler son exercice ? Laisée à son appréciation, quant à elle discrétionnaire, la « marge d'appréciation » des États, loin de pouvoir faire obstacle à son interventionnisme, lui laisse les mains totalement libres.

Les décisions *Menesson* et *Labassée* ont été une nouvelle et parfaite illustration des abus de pouvoir des juges européens. En présence d'une question éthique disputée, en l'absence de tout consensus européen, la Cour n'a pas hésité à faire prévaloir son appréciation personnelle sur celle des autorités françaises, en jugeant que la prohibition de la gestation pour autrui, confirmée à différentes reprises par le législateur, devait s'effacer devant le droit à l'identité de

l'enfant. Abandonnant la position de la première Chambre civile, qui s'était fermement opposée à ce contournement délibéré de la loi française<sup>20</sup>, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est promptement inclinée devant les remontrances des juges strasbourgeois<sup>21</sup>. Pouvait-on espérer une autre issue à l'heure où son Premier président manifeste l'intention d'aligner l'office de la Cour de cassation sur celui de la CEDH<sup>22</sup> ?

La « juridicisation » des droits fondamentaux participe ainsi à l'avènement – ou plus exactement au retour<sup>23</sup> – d'une authentique aristocratie ou théocratie juridique, nouvelle « noblesse de robe », clergé d'École et de Palais, qui ne craint pas d'imposer ses vues politiques et morales au *demos* et à ses élus. Loin d'être une progression ou une révolution, ce mouvement est une régression, une « contre-révolution », puisqu'il s'agit « ni plus ni moins, en donnant libre cours à l'arbitraire du juge, de retourner aux pratiques de l'Ancien régime »<sup>24</sup>.

Si l'on peut comprendre cette tentation de céder aux sirènes d'un pouvoir qui nous tend les bras, il appartient pourtant aux juristes, et spécialement aux juges, de ne pas y succomber, sous peine de nous faire régresser, sous couvert de progrès, d'une démocratie, certes imparfaite, vers un régime aristocratique ou théocratique dont on pouvait légitimement espérer s'être affranchi... depuis la consécration des droits de l'homme et du citoyen en 1789.

19. Sur la neutralisation de la « marge d'appréciation » par la CEDH, v. notre note sous les arrêts *Menesson* et *Labassée*, *D.* 2014. 1797, spéc. n° 5.

20. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, 3 arrêts, n° 10-19053, n° 09-66486 et n° 0917130; 13 sept. 2013, 2 arrêts, n° 12-18315 et n° 12-30138; 19 mars 2014, n° 13-50005.

21. Ass. plén., 3 juill. 2015, 2 arrêts, n° 14-21323 et n° 15-50002.

22. L'occasion était pourtant belle de nous convaincre de la sincérité de l'objectif avancé pour justifier cette (contre-)révolution : faire respecter le principe de subsidiarité de la protection européenne en restaurant la souveraineté des autorités françaises. C'est la solution contraire, celle de la soumission et de l'abandon du principe de subsidiarité, qui a été préférée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

23. Sur ce mouvement, v. la riche fresque de Jacques Krynen, *L'État de Justice, France XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, t. I, *L'idéologie de la magistrature*, t. II, *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2009 et 2012.

24. Y. Lequette, « La destinée d'un grand arrêt : le canal de Craponne », à paraître, spéc. n° 20.

# Petit quatre du Grand A :

---

## droit des biens

### La fondamentalisation du droit des biens

**William Dross**

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

**L**e thème de la fondamentalisation du droit des biens invite naturellement à s'interroger sur les jurisprudences que le Conseil constitutionnel, au visa des articles 3 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), et la Cour EDH, sur l'assise de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention EDH, ont déployées afin de brider les velléités prédatrices de l'État quant aux biens de ses citoyens, soit qu'il entende se les approprier entièrement, soit qu'il en contrarie tellement l'usage qu'il finisse par vider la propriété de sa substance. On pourra alors gloser sur les convergences principales et les divergences accidentelles de ces jurisprudences constitutionnelle et européenne ou, portant sur le sujet un regard plus vaste, préférer s'interroger sur la légitimité d'un tel contrôle du droit au nom des droits de l'Homme<sup>1</sup>. La fondamentalisation du droit des biens se trouverait rapportée à sa constitutionnalisation et à sa conventionnalisation, la relative nouveauté de ces phénomènes confortant l'idée de mouvement que porte le terme même de « fondamentalisation » qui appelle moins la description d'un état présent que le retracé d'une évolution. Autrement dit, la fondamentalisation du droit privé exprimerait la montée en puissance du Conseil constitutionnel et de la Cour EDH dans le contrôle de la loi au nom de valeurs proclamées

comme constituant le socle commun des sociétés démocratiques.

La vue est un peu courte car cette approche procédurale de la problématique, conçue en termes d'émergence de nouvelles techniques de contrôle de la loi, ignore tant le sens des mots que celui de l'histoire. Est fondamental – Lapalisse n'aurait pas dit mieux – ce qui est au fondement de quelque chose. Et si le droit est une discipline sociale visant à articuler au mieux les intérêts divergents des membres d'un groupe humain plus ou moins étendu, s'il est aussi une technique – ou un art si l'on préfère mais les concepts ne sont pas ici antinomiques –, il s'est toujours nourri aux sources de valeurs communes. Ce sont, ce qui n'a que l'apparence d'un paradoxe, les valeurs que partagent les hommes qui rendent possible leur départage, et c'est là précisément l'emploi du droit : celui qui s'écarte de ces valeurs communes aura juridiquement tort. Les droits de l'Homme et les diverses déclarations qui les proclament ne sont pas autre chose qu'un catalogue de ces valeurs dont la première vertu est de les formuler, mais dont il faut garder à l'esprit qu'elles sont bien moins universelles qu'elles ne voudraient l'être, étant le fruit d'une histoire tant des idées et des concepts que des hommes et des faits. Que la Cour EDH et le Conseil constitutionnel en aient fait aujourd'hui

---

1. Il faut lire et relire le remarquable article de Fr. Chénédy : « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois-Lextenso éditions, 2012, p. 113 s.



des instruments effectifs de contrôle de la législation ne signifie pas pourtant qu'il ait fallu attendre leur action pour que ces valeurs imprègnent de manière effective le droit positif. Cela pour dire que l'idée de fondamentalisation est quelque peu trompeuse si elle laisse croire à un mouvement récent qui tendrait à placer certaines valeurs au fondement du droit alors qu'il en a toujours été ainsi.

Observons alors, au bénéfice de cette remarque générale, la question particulière des biens. Le terme est riche. Il l'est d'abord parce que, dans le champ de la morale, il exprime, opposé au mal, la valeur suprême, de telle sorte que la question du bien est au centre du projet que l'homme forme non seulement pour lui-même mais encore pour la société. Celse disait du droit qu'il était l'art du juste et du bon et l'on aurait pu traduire tout aussi exactement cette célèbre formule en disant qu'il était l'art du juste et du bien. Est-ce cependant jouer sur les mots que de jeter ainsi un pont entre le terme « bien » pris dans son acception morale et pris dans son acception juridique, cette dernière qualifiant les choses, tant corporelles qu'incorporelles, qui sont appropriées, c'est-à-dire réservées à la puissance exclusive d'un individu donné ? Sans doute pas : les mots ne sont jamais innocents. Leur identité trahit une filiation commune, de telle sorte que, même dans le champ juridique, le terme de « bien » demeure investi d'une puissante charge morale : les biens sont bons pour l'homme et l'on comprend alors qu'ils puissent être placés au fondement du droit civil. Reste alors à se souvenir qu'ils servent ainsi de véhicule à la propriété privée. C'est elle en effet qui, dans l'opinion commune, en s'étendant à une simple chose, la change en bien. L'interprétation de l'article 1 du premier protocole additionnel par la Cour EDH en témoigne : garantissant le droit au respect des biens, ce texte a immédiatement été compris par la Cour comme protégeant la propriété privée. Ce lien que les juristes établissent spontanément entre bien et propriété privée n'a rien pourtant d'une évidence. Il postule cet axiome implicite et contestable aux termes duquel les choses ne seraient bonnes à l'homme qu'à condition qu'il puisse les accaparer à son profit exclusif, autrement dit en interdisant l'accès à tout autre que lui. Pourtant, les choses qui lui sont vitales, l'eau, l'air, la lumière, sont communes à tous. Pourtant, le destin des œuvres et

des inventions est également celui d'une appartenance finale à la communauté des hommes. Il y a là un paradoxe qui invite à penser que la fondamentalisation du droit des biens ne mérite pas, et moins encore aujourd'hui, d'être réduite à la question de la protection constitutionnelle ou conventionnelle de la propriété privée. On y reviendra, mais la propriété privée d'abord.

C'est d'elle dont le Code civil porte l'empreinte profonde. Elle l'obsède tant qu'il est conduit par exemple à ne pas envisager les contrats autrement que comme de simples manières de l'acquérir ou de l'altérer. Que l'on ait pu ériger le monument du Code civil sur les fondations de la propriété privée s'explique précisément par sa charge axiologique. À grands traits, le nominalisme de Guillaume d'Occam donnera naissance à la philosophie individualiste des Lumières, laquelle, plaçant l'individu avant la société, affirmera la nécessité de son inconditionnelle liberté. Or, et l'on puise ici à Locke, ce qui distingue l'homme libre de l'esclave, c'est le fait qu'il puisse accaparer à son bénéfice exclusif les fruits de son travail. La propriété privée ne porte donc originellement que sur les fruits du travail de l'homme, mais ceux-ci permettent, grâce à l'échange, de l'étendre à d'autres biens. Garantir la propriété, c'est donc fonder la liberté de l'individu ; l'ériger en un droit absolu comme le fait l'article 544, c'est affirmer surtout que la liberté ne peut se concevoir autrement puisqu'entravée, elle se perd. En résumé, si l'institution de la propriété privée est au fondement du Code civil en 1804, c'est parce qu'elle est perçue comme la conséquence nécessaire de la liberté de l'individu qu'un courant philosophique puissant a fini par placer au centre du monde. Manière de dire encore que ce sont les codificateurs qui ont fondamentalisé la propriété privée. Avant eux, le monde était à Dieu et les différentes saisines que l'on pouvait avoir sur les immeubles tiraient leur justification de la nécessité pratique qu'il y avait à organiser, dans une société de pénurie, l'accès du plus grand nombre à l'immeuble. Privées du souffle d'un discours en termes d'idéaux, les saisines étaient dépourvues de tout manteau idéologique et axiologique. N'investissant qu'une fonction économique, elles ne pouvaient se retrouver au fondement du droit privé : les saisines n'incarneraient aucune valeur sociale dans lesquelles les hommes auraient pu communier, au contraire de la propriété du Code



civil qui réalise – au sens de « rend réelle » – la liberté de l'homme.

Ajoutons encore ceci. La propriété ne figure pas seulement dans le Code civil à titre de dérivatif axiologique de la liberté. Elle s'y incarne techniquement, au gré de multiples dispositions qui forment un projet d'ensemble, à travers une forme spécifique d'organisation du rapport de l'homme aux choses et dont le trait marquant est d'assurer au propriétaire la maîtrise exclusive de la totalité des utilités économiques du bien, sous la seule réserve de celles qui auraient été préalablement retranchées au nom de l'intérêt général. Si d'aventure certaines utilités en sont démembrées au profit de tiers, cet arrachement d'utilités ne peut être que provisoire car on souhaite que tôt ou tard, le propriétaire recouvre la jouissance complète de sa chose. Bien que la doctrine s'emploie volontiers à justifier cette solution technique (la nécessaire extinction des droits réels démembrés) en invoquant le caractère absolu du droit de propriété (ce qui est d'abord une proclamation idéologique), avec cette idée que c'est parce que le droit du propriétaire sur sa chose est absolu qu'il ne saurait le partager trop longtemps avec le titulaire du droit réel démembré, la fondamentalité de la propriété ne s'étend toutefois pas à sa construction technique. Conséquemment, le débat qui agite aujourd'hui le droit des biens en France, à savoir la possibilité de créer librement et surtout perpétuellement des droits réels démembrés, n'a aucune résonance sur ce terrain. L'atteinte aux droits du propriétaire qui pourrait résulter, dans la conception napoléonienne de la propriété, de l'admission de droits réels démembrés perpétuels, ne sera sanctionnée ni au plan interne par le Conseil constitutionnel, ni au plan européen par la Cour EDH. Et l'on observera en passant que, dans sa version initiale, la DDHC protégeait *les propriétés* et non *la propriété*, signe que la modélisation de l'appropriation est relativement indifférente à son érection au rang de droit fondamental. Peu importe donc la manière dont est pratiquement articulé l'accès aux utilités de la chose entre les particuliers : la propriété privée – et donc la liberté – demeurent.

Changée ainsi en valeur, la propriété privée devait être protégée sous peine que son affaiblissement ne provoque la ruine de l'édifice social en conséquence de celle des valeurs le fondant. La menace ne vient pas tellement des tiers que les

actions possessoires (supprimées depuis) et pétitoires suffisent au propriétaire à tenir en respect, mais du Léviathan. Le souvenir des biens nationaux est, en 1804, un traumatisme récent que le milliard des émigrés n'apaisera que vingt ans plus tard. Il fallait donc garantir la propriété des tentations captatrices du pouvoir politique, ce qui explique que l'article 545 du Code civil – à la suite d'ailleurs de l'article 17 de la DDHC – ne permette l'expropriation que pour cause d'utilité/nécessité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. Avec ces textes, l'État promettait de retenir son bras. Aujourd'hui, ce sont le Conseil constitutionnel et la Cour EDH qui le retiennent lorsqu'il vient à s'emporter contre la propriété privée. Ce changement considérable est à la mesure de ses causes. Le naufrage des démocraties dans le totalitarisme et leur abîmement dans la guerre ont rendu nécessaire la soumission de la volonté populaire au respect de certaines valeurs. Le normativisme Kelsénien, en hiérarchisant les règles, a offert la modélisation technique propre à ce que la loi, quand bien même elle demeurerait idéologiquement perçue comme l'expression de la volonté générale, ne brille plus au firmament du droit. S'ajoute enfin, quoique de manière moins immédiatement évidente, le développement de l'interventionnisme de l'État. Plus en effet celui-ci entend jouer un rôle actif dans le développement économique du pays et plus d'une part les atteintes à la propriété privée se multiplient – et avec elles le besoin de sa protection – et moins d'autre part son action peut prétendre incarner l'intérêt général. Agissant comme le ferait un opérateur privé, l'État fait figure de partie à un conflit d'intérêts ordinaire et ne peut plus alors prétendre, sans attendre aux exigences du procès équitable, en être aussi le juge. Il faut en trouver ailleurs un arbitre indépendant et impartial : ce seront les juges européen ou constitutionnel.

Fruit de ces causalités multiples, le double avènement d'un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois permet d'écarter le spectre de spoliations arbitraires. Mais si le bouleversement des principes d'organisation politique qu'il occasionne est considérable puisque l'arbitrage des valeurs dans la société quitte les mains du législateur pour celles du juge, son retentissement ici, c'est-à-dire dans le champ des expropriations, est moindre. La raison en est qu'en substance, les articles 545 du Code civil,

17 de la DDHC, 1<sup>er</sup> deuxième alinéa du premier protocole additionnel à la Convention EDH, disent la même chose. On ne retrouve pas ici le choc habituel d'une règle technique et d'une valeur qui permet alors de jauger très librement la première à l'aune du respect de la seconde pour l'écarter. Dit de manière plus concrète, l'article 545 qui énonce qu'un propriétaire ne saurait être privé de son droit que pour cause d'utilité publique et moyennant le versement d'une juste et préalable indemnité n'est pas évalué au regard de l'atteinte qu'il porte à la valeur sociale « propriété privée » mais au regard de textes qui disent la même chose et auxquels il ne peut donc être que conforme. De cette identité, la puissance du juge constitutionnel ou conventionnel se trouve considérablement atrophiée pour ne plus présenter d'intérêt qu'en termes de hiérarchie des normes. Il s'agit que puisse être sanctionnée une loi spéciale qui s'écarterait du droit commun qu'incarne l'article 545 et à laquelle à défaut le principe *specialia generalibus derogant* conserverait sa force. La fondamentalisation du droit de propriété se ramène ici à une promotion de l'article 545 dans la hiérarchie des normes. Or il est symptomatique que le Conseil constitutionnel, même si l'on peut discuter des raisons profondes qui ont guidé sa décision, n'ait pas remis en cause les lois de nationalisation opérées au début des années 1980 par le gouvernement socialiste. Parce qu'elles étaient d'utilité publique, parce que les propriétaires des entreprises concernées étaient indemnisés dans une mesure juste, aucune violation du droit de propriété et de l'article 17 de la DDHC n'a été constatée. Certes le Conseil constitutionnel s'est prononcé parfois différemment, certes il a depuis fait droit à certaines questions prioritaires de constitutionnalité contestant la conformité à la DDHC de dispositions particulières du Code de l'expropriation, mais finalement, l'impact de ces contrôles, sans pouvoir être évidemment nié, demeure relativement limité. La fondamentalisation du droit entendu comme l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'a pas porté ici d'effets vraiment spectaculaires parce qu'au fond, tout le monde est d'accord.

Le contentieux devant la Cour EDH se présente sous un jour différent. Opéré à propos d'un litige particulier, le contrôle de la Cour porte moins sur la loi étatique désincarnée que sur les conséquences concrètes de son application à la

situation en cause. De là cette conséquence que, bien que clamant n'être pas un quatrième degré de juridiction, la Cour EDH peut considérer que l'application à l'espèce d'une disposition légale interne produit un résultat violant les droits garantis par la Convention EDH. Que gagne-t-on alors à un réexamen européen d'une procédure d'expropriation particulière ? Peu de chose en vérité car les juges interne et européen, on l'a dit, usent d'une même aune pour l'opérer. Au plan interne, le juge administratif appréciera l'existence de l'utilité publique présidant à l'expropriation en usant de la méthode du bilan coût-avantage, c'est-à-dire en vérifiant que l'atteinte portée à la propriété privée est justifiée au regard de l'intérêt général. Le juge européen, lui, refuse de contrôler l'intérêt public, intérêt qu'il tient pour acquis, mais entend en revanche s'assurer d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé », autrement dit entre la privation de la propriété privée et l'utilité publique. C'est dire que l'appréciation est la même mais que, tandis qu'elle opère pour le Conseil d'État au sein même de la notion d'utilité publique, elle résulte pour la Cour EDH de la proportionnalité entre l'utilité publique et l'atteinte à la propriété. Ces subtiles nuances peuvent évidemment appeler une glose savante dont le résultat principal serait pourtant de masquer l'essentiel : juges interne et européen, saisis d'une même question et usant d'instruments identiques, n'y apportent des réponses divergentes qu'en raison de la part de subjectivité inhérente à toute pesée d'intérêts conflictuels. Mais tant qu'il n'aura pas été démontré que l'appréciation des juges européens est meilleure car plus fine et subtile que celle des juges internes, il n'y a aucune raison de voir un avantage dans leur immixtion, laquelle apparaît alors pour ce qu'elle est : un enjeu de pouvoir que le justiciable entreprend d'instrumentaliser à son profit, ouvrant la course à la surprotection des intérêts privés et dont le danger est de changer la fondamentalisation de la propriété privée en fondamentalisme.

Car la véritable question, en France, en Europe et dans le monde, n'est pas celle de la protection de la propriété privée que les marxistes eux-mêmes n'ont jamais eu pour projet d'abolir, mais celle de l'inégalité de sa répartition. En protégeant trop les propriétés acquises contre l'État, Cour et Conseil prennent le risque de faire le jeu

des inégalités de fortunes et donc de la désagrégation sociale. Ainsi, la prudence du Conseil constitutionnel l'a longtemps gardé de critiquer les taux d'imposition élevés fixés par les lois de finances avant que le principe d'égalité devant les charges publiques consacré par l'article 13 de la DDHC ne le conduise à retenir une solution contraire à la fin de l'année 2012. Protéger l'égalité devant les charges publiques, certes, mais *quid* de l'égalité devant la fortune privée ? N'est-ce pas d'abord l'indécence de sa répartition qu'il faut s'employer à réduire à l'aide précisément d'une redistribution par l'impôt ? La sacralisation de la propriété privée sur le fondement des articles 3 et 17 de la DDHC n'y contribuera pas en raison du lien qui se tisse naturellement entre propriété et impôt. L'emploi récurrent de l'adjectif « confiscatoire » à propos de ces prélèvements jugés excessifs en témoigne, à quoi s'ajoute que, du point de vue de la philosophie politique, Locke, Montesquieu et Rousseau mettaient la propriété privée au rang des droits de l'Homme afin précisément d'interdire au souverain d'exercer sur ses sujets une pression fiscale écrasante. Mais ces temps sont loin : si les excès bien connus de l'Ancien régime et qui avaient copieusement nourris les cahiers de doléances peuvent expliquer la position de ces penseurs, ils n'ont plus d'actualité aujourd'hui qu'aucune classe sociale n'échappe à l'impôt et que sa proportionnalité est garantie. La protection de la propriété privée ne devrait jamais entraver la distribution des charges publiques : imposer n'est pas exproprier mais les adversaires de l'impôt seront prompts à clamer qu'on les dépouille, la protection fondamentale de la propriété les confortant dans le sentiment qu'ils ont de la justice de leur cause.

Si l'expropriation manifeste crûment l'atteinte portée par l'État à la propriété privée, elle pourrait masquer l'essentiel. Ce sont bien davantage en effet les restrictions apportées par le législateur à la jouissance du propriétaire qui, en pratique, comptent. La position du Code civil à leur égard est on ne peut plus claire : tout absolu qu'il soit, le droit de propriété reste entièrement soumis aux exigences de l'intérêt général qu'incarnent les lois et les règlements, sans que rien ne paraisse devoir limiter leur pouvoir de nuisance à l'égard de la propriété et du propriétaire. Or l'État a compris de longue date qu'il était plus efficient de laisser les particuliers maîtres de leurs

biens en leur imposant autant de charges que nécessaires à la conduite des politiques d'intérêt général que de les exproprier (ce qui coûte cher) et de mettre ensuite lui-même en œuvre ces politiques (ce qui coûte cher à nouveau). Autrement dit, l'air du temps est à l'instrumentalisation des propriétaires privés par le double mouvement d'une restriction de leurs pouvoirs et de l'assortiment d'obligations positives, ce dont le régime juridique applicable aux forêts privées françaises offre une illustration saisissante. Quels freins la fondamentalisation de la propriété privée oppose-t-elle alors à cette course ?

On pourrait les penser faibles, sinon inexistantes, pour cette raison que la Cour EDH protège moins la valeur d'usage des biens, autrement dit l'utilité qu'ils offrent concrètement à leur propriétaire, que leur valeur d'échange. La conception si particulière et extensive qu'elle se fait des biens protégés par le premier article du premier protocole additionnel – elle y inclut les expectatives légitimes – révèle cette attention à la fortune bien plus qu'à l'usage. Disons d'emblée que cette approche dévoie le bien des choses. Aristote dénonçait ici l'inversion des valeurs car ce qui fait la nature des biens – ce qui fait en d'autres termes qu'ils sont *bons* pour l'homme – ce n'est pas leur valeur d'échange mais leur valeur d'usage. Ainsi la maison que j'habite m'est un bien parce qu'elle me garde des intempéries et des risques de violences, parce qu'elle protège mon intimité, mais non en raison des quelques centaines de milliers d'euros qu'elle vaut sur le marché immobilier. Faut-il conclure de ce relatif désintérêt de la Cour EDH pour l'usage des biens qu'elle entend laisser les États libres de restreindre à leur guise les pouvoirs des propriétaires ? Évidemment non. Il est caricatural d'opposer expropriation et simple restriction aux droits du propriétaire car c'est bien davantage une différence de degré que de nature qui les sépare. Un bien dont on ne peut plus rien faire est non seulement vidé de toute valeur d'usage mais encore de toute valeur d'échange, la seconde découlant très largement de la première : parce que je ne peux plus y bâtir, mon terrain voit son prix fondre. Et l'on observera d'ailleurs que concevoir, à l'image des anglosaxons dont on sait l'influence, le bien dans une approche moins matérialiste qu'économique, comme un faisceau de prérogatives réservées au propriétaire (*Bundle of rights*), ruine cette oppo-

sition entre l'expropriation et la simple limitation des pouvoirs du propriétaire. Si en effet la propriété n'est qu'un ensemble de prérogatives, supprimer l'une d'elles au nom de l'intérêt général n'est plus une restriction apportée à un droit absolu mais une expropriation partielle. Tant le Conseil constitutionnel que la Cour EDH rejettent donc ce dualisme de façade pour répondre uniment à la difficulté : l'État ne saurait aller trop loin dans l'édictation de restrictions au pouvoir du propriétaire car alors la dénaturation (Conseil constitutionnel) ou la perte de substance (Cour EDH) de la propriété équipollerait à une expropriation dont elle devrait alors respecter les exigences. Cette manière de faire et qui consiste à ne sanctionner les restrictions au droit de propriété qu'à condition qu'elles puissent équivaloir à une entière privation de propriété implique, pour l'heure, un contrôle restreint de la part du Conseil et de la Cour. C'est heureux.

Concluons. Qu'il s'agisse d'expropriation ou de simples restrictions aux prérogatives du propriétaire – la fondamentalisation de la propriété dresse par principe un obstacle massif à l'intérêt général. Fondamentaliser une valeur – ici la propriété privée – nourrit l'immense danger d'une rupture d'équilibre, sauf à ce que, dans le même temps, s'affermissent d'autres valeurs dans une égale mesure. Autrement dit, seule l'émergence de valeurs à même de faire contrepoids à la propriété peut maintenir l'équilibre des intérêts et l'harmonie sociale. Or, si les politiques d'aménagement du territoire ou de développement économique pourront paraître incarner des intérêts de trop faible importance pour, aux yeux des juges de la loi, brider la propriété, il est une considération qui éclôt aujourd'hui en valeur commune majeure et qui pourrait alors contrepeser : l'environnement. Longtemps cantonné au proche voisinage, l'environnement est devenu une préoccupation globale. Ce n'est plus seulement le cadre de vie immédiat du propriétaire qui doit être préservé par l'instauration de servitudes réciproques légales – celles que le Code civil institue et qui ne portent pas d'atteintes véritables à la propriété qu'elle enrichit dans la mesure exacte de ce qu'elle lui retranche – mais la santé et la qualité de vie de tous les citoyens, et au-delà d'eux, de l'Homme même. La préservation des espaces boisés, des zones naturelles, de l'écosys-

tème, des ressources vitales – l'air, l'eau – à travers la lutte contre les pollutions de toute sorte est devenue un enjeu crucial qui pourrait faire plier la propriété individuelle. Les biens ne seraient plus alors tels parce qu'ils auraient une valeur d'échange contribuant à la fortune patrimoniale de leurs maîtres mais parce que leur gestion, confiée à ces derniers et s'accompagnant d'obligations et de responsabilité, contribuerait au bien commun. Cette manière de voir résorberait l'opposition des choses communes et des biens privés en intégrant le souci commun dans l'intérêt particulier et éviterait surtout que l'intérêt égoïste des propriétaires ne l'emporte sur l'intérêt commun.

Il serait pourtant erroné de croire en la nouveauté d'une telle proposition : l'article 544 du Code civil la proclame et l'État, en développant toujours davantage les lois et les règlements contraignant la liberté des propriétaires, l'a de longue date mise en œuvre. En fondamentalisant la propriété, Conseil constitutionnel et Cour EDH surtout brident cette action parce qu'ils entendent – même s'ils s'en défendent – se substituer en tant que de besoin au législateur national dans l'appréciation de la manière dont il convient d'équilibrer intérêt général et intérêt particulier. Si l'on veut trouver quelque intérêt à cette substitution, les juges de la loi doivent convaincre de la justesse de leurs visées. Afin que l'individu s'incline devant l'humain, il est nécessaire que la préoccupation environnementale soit fondamentalisée dans un même élan. Mais, à n'avoir d'yeux que pour l'environnement, on laisse de côté la question sociale qui mériterait tout autant de contraindre vigoureusement l'appropriation privée. Finalement, la protection de la propriété privée contre l'État qu'entendent assurer Cour EDH et Conseil constitutionnel n'est légitime qu'à condition de la mettre pleinement en balance avec les questions sociales et environnementales. Si une telle impulsion devait être donnée afin de contraindre l'État à n'attenter sévèrement aux droits des propriétaires qu'animé de tels objectifs, et à condition aussi de concevoir la dialectique propriété/environnement et société moins comme l'opposition de contraires que comme une convergence profonde d'intérêts, alors sans doute pourrait-on saluer l'œuvre des juges de la loi. Le chemin reste à faire.

# Petit cinq du Grand A : droit des contrats

## La « fondamentalisation » du droit des contrats : discours et réalité

François Chénéde

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III

1. Depuis le début du <sup>xxi</sup>e siècle, le thème de la « fondamentalisation » du droit des contrats s'est peu à peu imposé sur la scène doctrinale française<sup>1</sup>. Il a fait son apparition dans les ouvrages de référence, qui l'évoquent à l'occasion de la présentation des sources de la matière<sup>2</sup>. L'influence des droits fondamentaux sur le droit des obligations contractuelles a effectivement été rendue possible par le développement de deux sources « supra-légales », la Constitution française et la Convention européenne (Convention EDH), telles qu'interprétées par les deux organes qui leur donnent vie, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne (Cour EDH). Ouverte en 1971, par la décision *Liberté d'association*, la voie constitutionnelle a connu un nouvel essor avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui permet désormais à tout justiciable de contester la conformité des lois aux droits et libertés garantis par la Constitution. Rendue effective en 1981, avec l'ouverture du recours individuel, la voie

conventionnelle a elle aussi rencontré le succès, et ce, tant devant la Cour européenne, que devant les juridictions françaises.

Ces deux nouvelles voies de droit ont-elles pour autant provoqué un bouleversement, ou même, plus modestement, un renouvellement du droit des contrats ? Il s'en faut de beaucoup. Si l'on délaisse le discours pour renouer avec la réalité, on est amené à constater que les multiples règles légales et prétoriennes issues des Titres III et suivants du Livre III du Code civil n'ont nullement été affectées par la « juridicisation » des droits fondamentaux<sup>3</sup>. Quant à la « constitutionnalisation », elle se manifeste essentiellement, non pas par la remise en cause, mais par la consécration – par l'ascension dans la « hiérarchie des normes » – de certains des principes les plus classiques de la matière (I). Quant à la « conventionnalisation », elle se résume à quelques décisions disparates, généreusement extrapolées par sa doctrine, qui sont loin de révolutionner le droit français des contrats (II).

1. V. parmi d'autres, les réf. citées *infra*.

2. V. par ex., F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n<sup>os</sup> 10 et 12 – J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 16<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, n<sup>os</sup> 75-76.

3. Le phénomène étudié est en effet moins celui de la « fondamentalisation du droit » que celui de la « juridicisation des droits fondamentaux ». Sur cette réalité, et ses conséquences, v., dans ce numéro, « La fondamentalisation du droit de la famille ».

## I. Le droit constitutionnel

2. Le Conseil constitutionnel a incontestablement développé une *jurisprudence en matière contractuelle*<sup>4</sup>. Pour autant, et cela est essentiel, cette œuvre prétorienne est sans conséquence sur le *droit des contrats*. Au fil de ses décisions, le Conseil s'est en effet contenté de consacrer la valeur constitutionnelle de certains des principes les plus essentiels du droit des obligations contractuelles. En cela, mais en cela seulement, on peut parler d'une « constitutionnalisation » du droit des contrats. Tel est le cas, par exemple, du principe de libre résiliation des contrats à durée indéterminée, sous la réserve de la réparation du préjudice causé par la rupture déloyale ou brutale<sup>5</sup>. Tel est le cas, surtout, du principe de liberté contractuelle, que le Conseil constitutionnel a dégagé par étapes de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen<sup>6</sup>. Sans faire obstacle à l'interventionnisme législatif, ce principe autorise le Conseil à contrôler que l'atteinte portée par la loi à la liberté contractuelle (obligation ou interdiction de contracter) – ou à son corollaire, la force obligatoire (modification de contrats en cours) – est suffisamment justifiée par une considération d'« intérêt général », ou encore, pour les lois de validation, par un « motif impérieux d'intérêt général ». Sans négliger l'intérêt théorique et l'utilité pratique de cette jurisprudence constitutionnelle<sup>7</sup>, on ne peut que constater, pour revenir à notre sujet, qu'elle est *sans incidence sur le droit des contrats* : aucune des règles des Titres III et suivants du Livre III du Code civil n'a été, ni remise en cause, ni même fragilisée par la jurisprudence du Conseil.

3. Avant l'entrée en vigueur de la QPC, cette immunité pouvait être perçue comme la consé-

quence mécanique d'un contrôle de constitutionnalité limité aux lois postérieures à 1958 : le Code civil et son interprétation prétorienne étaient à l'abri de l'examen du Conseil. Toutefois, et comme on pouvait s'y attendre<sup>8</sup>, les premiers pas du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* n'ont fait que confirmer l'imperméabilité du droit des contrats aux exigences constitutionnelles. Seuls six articles du Titre III du Livre III ont été soumis à l'examen de la Cour de cassation : les articles 1134, 1135, 1154, 1184, 1208 et 1351. Si la moisson apparaît déjà bien maigre, la récolte, une fois le bon grain séparé de l'ivraie, se révèle nulle. Que l'on en juge. Les deux premiers articles ont été vainement contestés en raison de leur interprétation conjointe avec des dispositions du Code du travail : l'article 1134 avec l'article L. 1121-1 (annulation des clauses de non-concurrence minorant la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié)<sup>9</sup>; l'article 1135 avec l'article L. 1221-1 (obligation d'entretien par l'employeur de la tenue obligatoire de travail du salarié)<sup>10</sup>. L'examen de l'article 1154<sup>11</sup>, qui fixe les règles de capitalisation des intérêts, a quant à lui tourné court, puisque la Cour de cassation a constaté qu'il n'était pas applicable au litige à l'occasion duquel la QPC avait été soulevée<sup>12</sup>. L'article 1184 a été invoqué dans une question, jugée non sérieuse, sur le refus d'application d'une convention d'honoraires d'avocat résiliée avant l'intervention d'un acte ou d'une décision juridictionnelle<sup>13</sup>. Quant à la QPC portant sur l'application de l'article 1208, elle a été déclarée irrecevable, au motif qu'il n'existait pas, contrairement à ce qu'affirmait le pourvoi, d'interprétation jurisprudentielle constante interdisant à une caution solidaire de critiquer devant les juridictions étatiques la sentence arbitrale condamnant le débiteur principal à payer au créancier la dette

4. Sur cette jurisprudence, v. not., N. Molfessis, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées Henri Capitant, LGDJ, 1997, p. 65 s. ; « Le contrat », in « L'entreprise et le droit constitutionnel », *RLDA* 2010, supp. n° 55, p. 45 s. – G. Canivet, « Le Conseil constitutionnel et le contrat, Variations sur la "discrétion" », in S. Bros, B. Mallet-Bricout, *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 75 et s. – P.-Y. Gadhoum, « Le Conseil et le contrat », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 31, 2011, p. 51 s.

5. Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC.

6. Cons. const. 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC ; Cons. const. 30 mars 2006, n° 2006-535 DC ; Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC – Pour une étude détaillée, v. P.-Y. Gadhoum, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008.

7. Encore doit-on observer, à la suite de Nicolas Molfessis, que le contrôle exercé par le Conseil au nom de la liberté contractuelle est peu contraignant pour le législateur : « Le contrat », *préc.*, spéc. I B.

8. C. Pérès, « La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat », *RDC* 2010. 539, spéc. n° 5 s.

9. Soc. 28 nov. 2012, n° 11-17948, qui déclare la question irrecevable comme portant exclusivement sur une règle jurisprudentielle.

10. Soc. 9 oct. 2013, n° 13-40.052, qui déclare la question non-sérieuse au motif que la différence de traitement était justifiée par la différence de situation (tenue obligatoire ou non) et par l'objectif légitime poursuivi (équilibre entre les obligations des parties au contrat de travail).

11. Au nom des principes d'égalité des citoyens devant la loi, de clarté et de prévision de la loi, de prévisibilité et de sécurité juridique.

12. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2013, n° 13-40.013.

13. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 27 févr. 2014, n° 13-23.107.



garantie à l'issue d'une instance à laquelle cette caution n'a pas pu intervenir<sup>14</sup>. *Last and least* : l'article 1351 a été contesté pour une règle – l'autorité de la chose jugée – qu'il ne pose pas...

4. La conclusion est sans appel : exercé *a priori* ou *a posteriori*, le contrôle de constitutionnalité n'a provoqué aucune évolution, même légère, du droit des obligations contractuelles<sup>15</sup>. À proprement parler, la jurisprudence constitutionnelle n'est pas une source du droit des contrats<sup>16</sup>.

## II. Le droit conventionnel

5. Qu'en est-il de la Convention EDH ? De prime abord, son potentiel paraît plus important, et ce pour au moins deux raisons. Tout d'abord, car le contrôle de conventionnalité est tout à la fois plus accessible et plus efficace que le contrôle de constitutionnalité. Tout magistrat, du tribunal d'instance à la Cour de cassation, est en mesure d'écarter une règle ou une clause contractuelle jugée contraire aux droits fondamentaux, sans qu'il soit nécessaire de renvoyer la question – et retarder la réponse – à l'examen d'une juridiction supérieure. Ensuite, et surtout, car à la différence du contrôle de constitutionnalité<sup>17</sup>, le contrôle de conventionnalité s'exerce, non seulement à la verticale, à l'encontre de l'État, mais également à l'horizontale, entre les personnes privées. Ce n'est donc pas seulement *la loi du contrat*, le droit des obligations contractuelles, mais également *la loi des parties*, c'est-à-dire le contrat lui-même, qui peut être soumis à cet examen.

Et effectivement, à lire les auteurs qui se sont fait une spécialité du contentieux contractuel européen des droits de l'homme, l'influence de la Convention EDH sur la matière contractuelle

serait phénoménale. À intervalles réguliers, on nous annonce ainsi l'« assujettissement du contrat »<sup>18</sup>, la « conquête du droit des contrats »<sup>19</sup> ou encore la « fondamentalisation des sources du droit des contrats »<sup>20</sup>. À croire ces auteurs, cette « fondamentalisation » serait même porteuse d'une nouvelle philosophie contractuelle, au nom de laquelle le juge serait chargé, non plus de faire respecter le contrat, mais d'assurer la protection du contractant faible. On aura sans doute reconnu la thèse à laquelle est souvent réduite, de façon fort approximative, la doctrine solidariste<sup>21</sup>.

Sur la foi de telles déclarations, les non spécialistes du droit des contrats et les lecteurs non assidus de l'Human Rights Documentation (HUDOC) pourraient être tentés de croire à cette « révolution contractuelle » venue de Strasbourg. Ces proclamations doctrinales ne correspondent pourtant nullement à la réalité légale et prétorienne du droit des contrats. D'abord, parce que le droit français n'a pas attendu la Convention EDH pour contrôler la conformité du contrat et de ses clauses aux droits et libertés individuelles. Ensuite, et surtout, parce que la maigre jurisprudence européenne, montée en épingle par sa doctrine, est loin d'annoncer un quelconque « dynamitage » du droit commun des contrats.

6. Certes, à partir du milieu des années 1990, quelques décisions remarquées de la Cour de cassation ont pris appui sur la Convention EDH pour écarter différentes clauses jugées liberticides. Après la clause d'habitation personnelle, dans le fameux et inaugural arrêt *Mel Yedei*<sup>22</sup>, c'est la clause de mobilité, de résidence ou encore de mobilité-résidence, qui a été soumise

14. Com. 27 nov. 2014, n° 14-16.644.

15. Sur ce constat, v. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, préc., n° 75.

16. V. Ph. Malinvaud, « La mutation des sources du droit des contrats », *RDA*, n° 5, févr. 2012, p. 37 s., qui, à raison, n'évoque pas le droit constitutionnel parmi les sources nouvelles du droit des contrats.

17. V. toutefois, en faveur de l'application « horizontale » de la Constitution dans les rapports contractuels : C. Pérès, préc., n° 3 s.; N. Molfessis, préc., spéc. II, qui estime que la chambre sociale, dans l'exercice de sa police des clauses du contrat de travail, « montre la voie à une intrusion du droit constitutionnel dans les rapports contractuels ».

18. J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2009. 281.

19. J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2006. 719 et *RTD civ.* 2008. 641.

20. J. Rochfeld, *RDC* 2003. 17 et *RDC* 2004. 231.

21. Pour ce rapprochement des conceptions fondamentaliste et solidariste, v. par ex., F. Marchadier, « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'homme », *RDC* 2014. 553, spéc. p. 558; J.-P. Marguénaud, « Le solidarisme contractuel aux portes du Palais des droits de l'homme », *RTD civ.* 2013. 336 – En sens contraire, v. Ch. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. Lewkowicz, M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, « Méthodes du droit », Dalloz, 2009, p. 175 s., spéc. p. 187-208, selon lequel la logique libérale sous-jacente à la jurisprudence de la CEDH pourrait aller à l'encontre de la conception sociale du contrat.

22. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mars 1996, *Mel Yedei*, n° 93-11.113, *GAJC*, t. II, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 273; *D.* 1997. 167, note B. de Lamy; *JCP* 1996. I. 3958, n° 1, obs. Ch. Jamin; *JCP* 1997. II. 22764, note N. Van Tuong; *RDI* 1996. 620, obs. F. Collart-Dutilleul; *RTD civ.* 1996. 580, obs. J. Hauser; *RTD civ.* 1996. 897, obs. J. Mestre; *RTD civ.* 1996. 1024, obs. J.-P. Marguénaud.

à l'épreuve de l'article 8 de la Convention EDH (vie privée et familiale), la Chambre sociale demandant aux juges du fond de vérifier, d'une part, son caractère indispensable pour l'entreprise, et d'autre part, son caractère proportionné au but recherché<sup>23</sup>. C'est enfin au visa de l'article 11 de la Convention EDH (liberté d'association), que la troisième Chambre civile a jugé que la clause d'un bail commercial, qui imposait au preneur d'adhérer à une association de commerçants pendant la durée du contrat, était entachée d'une nullité absolue<sup>24</sup>. Bien qu'en nombre limité, ces arrêts, qui trouvent leur pendant dans la jurisprudence de la Cour EDH<sup>25</sup>, ne sauraient être négligés. Il convient toutefois, à l'inverse, de ne pas en exagérer la portée. En effet, ce qui est original dans ces décisions, ce n'est pas le contrôle de la conformité du contrat aux libertés individuelles, mais l'invocation de la Convention EDH, dont la doctrine a immédiatement souligné le caractère « superflu »<sup>26</sup>.

Superflu, car « la France n'a pas attendu la mise en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme pour assurer le respect des droits fondamentaux dans les relations contractuelles »<sup>27</sup>, et parce que « les solutions auxquelles a abouti la Cour de cassation auraient pu être les mêmes si la Convention n'avait pas été invoquée »<sup>28</sup>. Quant aux clauses d'adhésion forcée et de mobilité disproportionnée, leur nullité était imposée par des textes propres au contrat d'association et au contrat de travail. Tandis que l'article 4 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 dispose que « tout membre d'une association peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant

toute clause contraire », l'article L. 1121-1 du Code du travail (ancien article L. 120-2) prévoit, de manière générale, que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Après avoir eu recours à l'ordre public et à la cause illicite, c'est en application de ce texte spécial que la Cour de cassation exerce aujourd'hui son contrôle de validité des clauses de non-concurrence<sup>29</sup>. Et c'est d'ailleurs également au visa de ce texte que la Chambre sociale a plus récemment stigmatisé une clause de résidence jugée illégitime<sup>30</sup>. Quant à la clause d'habitation personnelle, faute de texte spécial, la Cour de cassation aurait pu solliciter, comme l'avaient observé nombre des commentateurs de l'arrêt *Mel Yede*<sup>31</sup>, non seulement l'article 9 du Code civil (respect de la vie privée), mais surtout l'article 6 du Code civil, la préservation des libertés individuelles étant l'une des composantes les plus classiques de l'ordre public<sup>32</sup>. C'est en effet sur le fondement de l'article 6, relayé par les articles 1108, 1131 et 1133, que les juges français contrôlent, de longue date, la conformité du contrat aux droits et libertés : prohibition des contrats perpétuels, sort des clauses de célibat, de non-divorce, ou encore de non-concurrence.

La thèse de l'équivalence du contrôle au nom de l'ordre public et du contrôle au nom des libertés individuelles a été contestée, au motif qu'elle méconnaîtrait la spécificité du second. Alors que le contrôle du contrat au nom de l'ordre public enfermerait le juge dans une logique du « tout ou rien » (le contrat ou la clause est contraire ou

23. Soc. 12 janv. 1999, *Spileers*, n° 96-40.755, D. 1999. 649, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly; Soc. 28 févr. 2012, n° 10-18.308.

24. Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2003, n° 02-10.778, RDC 2004. 231, obs. J. Rochfeld. V. depuis : Civ. 3<sup>e</sup>, 23 nov. 2011, n° 10-23.928, LPA 30 avr. 2012, p. 11, note S. Gerry-Vernières.

25. V. par ex., reprochant à un État de ne pas avoir pas écarté une clause contractuelle jugée liberticide (c'est l'effet horizontal dit « indirect », via la théorie des « obligations positives ») : CEDH 12 sept. 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n° 35968/97 (clause d'un contrat d'assurance exigeant la preuve d'une nécessité médicale pour la conversion sexuelle); CEDH 16 déc. 2008, *Khurshid et Tarzibachi c/ Suède*, n° 23883/06 (clause d'un contrat de bail interdisant aux locataires la pose d'antennes de télévision).

26. Sur ce point, v. M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2005, p. 121 s., spéc. p. 127.

27. A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002, n° 428.

28. A. Debet, préc., n° 463.

29. Soc. 10 juill. 2002, 3 arrêts, D. 2002. 2491, note Serra; D. 2002. 3111, obs. Péliissier; JCP 2002. I. 10162, note Petit; JCP E 2002. 1511, note Corrigan-Carsin; Dr. soc. 2002. 954, obs. Vatinet.

30. Soc. 12 juill. 2005, *Bull. civ. V*, n° 241.

31. V. les obs. de J. Hauser et J. Mestre, et surtout la forte critique de Ch. Jamin – V. cependant, quelques années plus tard, raillant cette réaction des « civilistes » français : Ch. Jamin, « L'entreprise et les droits fondamentaux », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, oct. 2010 : « Bien plus, puisqu'il s'agissait d'un montage contractuel à la base, pourquoi, ai-je encore lu, ne pas avoir eu recours à la bonne vieille théorie de la cause, illicite ou absente, voire à la violation de l'ordre public, en visant le seul article 6 du code civil ? Voilà donc le genre de propos qu'on peut lire assez régulièrement sous la plume des civilistes. Mais il y a pire encore [...] ».

32. Sur ce point, v. J. Hauser, J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, Dalloz, 2012, n° 92-100.



conforme), son examen au nom des droits fondamentaux permettrait la mise en œuvre d'un contrôle, plus souple, de « proportionnalité » : une fois l'atteinte établie, il faut encore vérifier si elle poursuit un but légitime et si elle est proportionnée à celui-ci<sup>33</sup>. Une telle présentation ne rend pas compte de la réalité du contrôle exercé au nom de l'ordre public, qui n'est nullement hermétique ou rétif au contrôle de proportionnalité : lorsqu'un droit ou une liberté est en cause, c'est uniquement lorsqu'il considère que l'atteinte portée par la convention n'est pas justifiée et proportionnée que le juge abat sur elle la sanction de l'ordre public. Cette approche circonstanciée est parfaitement illustrée par la jurisprudence classique de la Cour de cassation, non seulement sur les clauses de non-concurrence, mais également sur la clause de célibat : en principe interdite dans les contrats de travail, cette atteinte à la liberté matrimoniale est admise lorsque « les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement »<sup>34</sup>.

Loin d'avoir été initié ou développé par la Convention EDH et la Cour EDH, le contrôle de la conformité du contrat aux droits et libertés fondamentales est un instrument classique de la police contractuelle française<sup>35</sup>. Actuellement subsumé sous le contrôle de conformité à l'ordre public, il pourrait conquérir son indépendance à l'occasion de la réforme à venir, puisque le projet de la Chancellerie propose, suivant les recommandations de l'avant-projet Terré, de le consacrer comme un instrument autonome, désormais détaché du contrôle exercé au nom de l'ordre public (article 2, alinéa 2). Cette émancipation légale entraînera-t-elle une « fondamentalisation » croissante du contrat ? Il est difficile de le prévoir. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>36</sup> laisse toutefois imaginer que les juges sauront faire preuve de prudence dans la

mise en œuvre d'un contrôle qui n'a vocation à bouleverser, ni le contrat, ni son droit<sup>37</sup>.

**7.** Mais le danger ou le salut – c'est selon – ne pourrait-il pas venir de la Cour EDH ? Telle est l'idée défendue par une partie de la doctrine fondamentaliste, selon laquelle le droit européen des droits de l'homme serait porteur d'un « autre droit des contrats », susceptible de remettre en cause les règles les plus classiques du droit français des contrats. Plus prophétique que descriptive, cette lecture doctrinale ne résiste pas à l'examen de la jurisprudence de la Cour EDH. Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer les décisions présentées comme les plus emblématiques de ce mouvement et les implications que leurs interprètes croient pouvoir déduire de celles-ci sur le terrain du Titre III du Livre III du Code civil.

Florilège... ou pot-pourri. D'un arrêt condamnant l'interprétation d'une clause testamentaire comme contraire, non seulement au principe de non-discrimination, mais également à *la volonté exprimée par la défunte*, en ce qu'elle excluait de la succession un enfant adopté (CEDH 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*), il faudrait induire, d'une part, une invitation à délaisser l'interprétation du contrat selon la volonté des parties au profit d'une interprétation objective et évolutive de celui-ci<sup>38</sup>, et d'autre part, une obligation pour la Cour de cassation d'aller au-delà de son contrôle de la dénaturation<sup>39</sup>. Sous un arrêt reprochant l'absence d'obligation pour les banques grecques d'informer leurs clients de la perte de leurs avoirs en l'absence de mouvement sur leurs comptes pendant vingt ans (CEDH 29 janvier 2013, *Zolotas c/ Grèce*), on devrait percevoir la consécration européenne du devoir général d'assistance et de coopération portée par la doctrine solidariste<sup>40</sup>. D'une décision reprochant à l'État norvégien de ne pas avoir

33. V. par ex., F. Marchadier, « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'homme », *RDC* 2014. 556.

34. Cass., ass. plén., 19 mai 1978, *GAJC*, t. I, 13. éd., « Dalloz », 2015, n° 31, et les réf. citées.

35. Pour le même constat en droit allemand : G. Lardeux, « L'influence des droits fondamentaux sur le droit allemand des contrats », in D. Costa et A. Pélessier (dir.), *Contrats et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, p. 61.

36. V. par ex., Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 18 déc. 2002, *Amar*, *Bull. civ. III*, n° 262, *GAJC*, t. II, préc., n° 274, et les réf. citées ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2006, *Amsellem*, *Bull. civ. III*, n° 140 ; D. 2006. 2887, note Ch. Atias ; *LPA* 2006, n° 133, p. 9, note D. Fenouillet ; *RTD civ.* 2006. 722, obs. J.-P. Marguénaud.

37. Pour la détermination des contours de ce contrôle, v. les très riches thèses de A.-A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat*, Paris I, IRJS, 2012, et de L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, avant-propos R. Cabrillac, Préf. E. Putman, LGDJ, 2013.

38. J.-P. Marguénaud, « Le titre III du Livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? », *RDC* 2011. 229 s. ; J. Rochfeld, « CEDH et interprétation des contrats en droit privé », *RDC* 2005. 645 – Comp. F. Marchadier, préc., p. 557, qui tempère son caractère « révolutionnaire » en soulignant la singularité de l'espèce et les non-dits de la Cour.

39. J.-P. Marguénaud, préc. ; J. Rochfeld, préc. – *Contra* S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015. 278, spéc. n° 31, qui rappellent que le contrôle exercé par la CEDH dans l'arrêt *Pla et Puncerneau* ne s'éloigne nullement de l'office traditionnel de la Cour de cassation.

40. J.-P. Marguénaud, « Le solidarisme contractuel aux portes du Palais des droits de l'homme », préc.

veillé à la mise à disposition d'informations sur les risques associés à l'utilisation de tables de décompression par des plongeurs professionnels (CEDH 5 décembre 2013, *Vilnes c/ Norvège*), il faudrait déduire l'imposition européenne d'un devoir précontractuel d'information<sup>41</sup> (dont on rappellera, en passant, qu'il n'est pas tout à fait inconnu du droit français...). De décisions condamnant des législations dirigistes, l'une d'après-guerre, l'autre d'inspiration communiste, enchaînant des bailleurs dans des baux de très longue durée au loyer sévèrement encadré (CEDH 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c/ Pologne*; CEDH 12 juin 2012, *Lindheim et autres c/ Norvège*), on devrait inférer une incitation à la prise en compte généralisée de la lésion qualifiée en droit français<sup>42</sup>. Enfin, parmi tant d'autres, mais celle-ci est remarquable, en prenant appui sur un arrêt reprochant aux juridictions roumaines d'avoir fait une « application mécanique » d'une loi sur l'indignité successorale (CEDH 1<sup>er</sup> décembre 2009, *Velcea et Mazare c/ Roumanie*), on s'est demandé si le refus de prendre en compte l'imprévision ne serait pas, lui aussi, une « application mécanique » de l'article 1134 du Code civil contraire aux droits et libertés<sup>43</sup>...

Et l'on pourrait ainsi multiplier les exemples illustrant le gouffre qui sépare les décisions invoquées et les enseignements que l'on prétend en tirer. Derrière la prétendue « fondamentalisation » du droit des contrats, en guise de « corpus de droit contractuel des libertés fondamentales », on ne trouve qu'une suite de décisions plus singulières les unes que les autres, portant sur des contrats (très) spéciaux<sup>44</sup>, tellement spéciaux d'ailleurs qu'il y a longtemps que le droit français les soumet à des réglementations (droit du travail, droit des baux d'habitation, droit des assurances, etc.), qui dérogent, non seulement

au Titre III (droit commun des contrats), mais également aux Titres V et suivants du Livre III du Code civil (droit des contrats spéciaux)<sup>45</sup>.

**8.** Le décalage entre le discours et la réalité est saisissant. Parler d'une « fondamentalisation » du droit des contrats – alors que l'extrême majorité, pour ne pas dire l'intégralité, des règles légales et prétoriennes qui le composent n'a nullement été affectée par la « juridicisation » des droits fondamentaux – est un non-sens.

Plutôt que de s'échiner à débusquer un arrêt « potentiellement » révolutionnaire derrière chaque miette de la jurisprudence pléthorique de la Cour européenne, il paraît plus judicieux de chercher à expliquer cette imperméabilité du droit des contrats. Pourquoi le « droit » des droits de l'homme, qu'il soit européen ou constitutionnel, n'a pas vocation à « révolutionner » le droit civil des contrats ?

Cette innocuité des droits fondamentaux en matière contractuelle ne tient pas à une prétendue aversion du droit civil et des civilistes pour les droits de l'homme, ou, plus généralement, pour les droits venus d'ailleurs<sup>46</sup>. Elle ne tient pas davantage au supposé attachement du droit et des juristes français à une conception libéralo-sécuritaire du contrat : « le contrat est dur, mais c'est le contrat ! »<sup>47</sup> Si le droit des contrats est pour l'essentiel à l'abri des droits de l'homme, c'est tout simplement parce qu'il les prend d'ores et déjà en compte et en charge<sup>48</sup> ! Valeurs fondamentales et fondatrices, les droits et libertés ne sont en effet que l'expression d'un seul point de vue, d'un seul regard, sur le contrat ou sur son droit. Or, la fonction du droit des contrats – et du droit de manière plus générale – est d'arbitrer entre les différents intérêts contradictoires en présence, c'est-à-dire, pour parler « droits de l'homme », de concilier la liberté des uns avec les

41. F. Marchadier, préc., p. 552 – Sans incidence sur le droit des contrats, cette décision aura tout de même eu le mérite d'encourager les autorités françaises à accélérer la refonte du traitement juridique des comptes inactifs, en obligeant les établissements bancaires à informer le titulaire du compte, son représentant ou ses ayant-droits, six mois avant le dépôt des avoirs à la Caisse des dépôts et consignations (CGPPP, art. L. 1126-1, et C. mon. fin., art. L. 313-19 et L. 313-20, dans leur rédaction issue de la loi n° 2014-617 du 16 juin 2014) – Sur cette réforme, v. F. Marchadier, *RDC* 2015. 133.

42. F. Marchadier, préc., p. 558.

43. J.-P. Marguénaud, « Le Titre III du Livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? », *RDC* 2011, préc.

44. Mettant en garde contre la généralisation hâtive de ces solutions particulières, v. déjà J.-B. Seube, « Formation du contrat et droits fondamentaux », in D. Costa et A. Péliissier (dir.), *Contrats et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, p. 43.

45. Sur ce constat, v. déjà A. Debet, préc., n° 462 – V. aussi, plus récemment, Ph. Malinvaud, « La mutation des sources du droit des contrats », préc., p. 38, qui constate que l'influence de la CEDH « en matière de contrats n'est que très marginale ».

46. Caricaturale, cette opposition des « anciens » et des « modernes » apparaît malheureusement comme l'unique grille de lecture de certains auteurs.

47. Digne des créateurs et contempteurs de la mythique « autonomie de la volonté » du début du xx<sup>e</sup> siècle, cette représentation doctrinale méconnaît totalement l'esprit du droit civil français, qui a toujours eu, de 1804 à nos jours, la justice contractuelle pour horizon – Pour ce rappel, v. « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2012, 4, p. 155 s.

48. Pour le dire autrement, si le droit des contrats apparaît aujourd'hui imperméable aux droits de l'homme, c'est parce qu'il en est depuis toujours imprégné.

droits des autres, et de renouveler sans cesse les termes de ce compromis au contact des réalités nouvelles<sup>49</sup>.

C'est dire que le droit français n'a guère attendu, ni la Convention EDH pour prendre en compte les droits et les libertés en matière contractuelle<sup>50</sup>, ni la jurisprudence de la Cour EDH pour comprendre, il y a déjà plus d'un siècle... que les nouveaux contrats imposés ne pourraient être soumis au même régime que les classiques contrats négociés<sup>51</sup>. Le mérite de la doctrine civiliste a toutefois été de ne pas s'arrêter à ce constat, simple point de départ de la réflexion, mais de façonner minutieusement, suivant l'exemple de leurs aînés romains, et à l'instar de leurs voisins d'outre-Manche ou d'outre-Rhin, les outils permettant de (ré)conci-

lier les différents intérêts en présence : dol par réticence, devoir d'information, obligation de sécurité, violence économique, police des clauses abusives, contrôle de la résiliation unilatérale, et tant d'autres institutions encore. Comment peut-on espérer dépasser ou perfectionner cette œuvre légale et prétorienne en se contentant d'invoquer les principes et les valeurs qui n'en sont que les lointains prémisses ? Sous couvert de progrès et d'évolution, c'est la régression, le retour au point de départ, qui est en réalité proposé. Voilà pourquoi le « droit » des droits de l'homme est intrinsèquement incapable de « révolutionner » le droit des obligations contractuelles. Voilà pourquoi il est condamné à être le plus souvent, non pas à l'avant-garde, mais à la remorque du droit civil des contrats.

49. Pour ce rappel, v. M.-E. Ancel, préc., p. 131 : « concilier deux droits fondamentaux, en quoi est-ce si différent de concilier deux intérêts privés considérés comme légitimes, tâche multiséculaire du droit civil ? ».

50. V. F. Marchadier, « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'homme », préc., qui observe que les exigences du droit européen des droits de l'homme rejoignent différentes règles du droit français des contrats : dol par réticence, obligations accessoires de l'article 1135, devoir de loyauté de l'article 1134, al. 3, exigence d'une contrepartie ou d'une cause. Un vaste champ de recherche s'offre à cette démarche. On nous annoncera peut-être bientôt comme une découverte que le droit de la famille, le droit pénal, le droit administratif, et le droit dans son ensemble, prennent en compte les droits fondamentaux... Ou comment (re)découvrir, par la bande, la nature de toute règle légale ou prétorienne : un compromis provisoire – un petit « traité de paix » – entre les droits des uns et les libertés des autres.

51. En ce sens, v. R. Cabrillac, « Droits fondamentaux et notion de contrat », in *Contrats et droits fondamentaux*, préc., p. 123-124.

# Petit six du Grand A : droit de la preuve

## La fondamentalisation du droit de la preuve : réflexion sur les dangers d'un « droit à la vérité »

**Mustapha Mekki**

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité

Directeur de l'IRDA

### 1. La « fondamentalisation » du droit

Le système juridique français, comme tant d'autres, est depuis quelques années mis à l'épreuve des droits fondamentaux. Ce mouvement transversal dépasse les dichotomies classiques qui structurent notre droit. Il invite les juristes à penser au-delà des grandes dichotomies que sont le droit public et le droit privé, le droit interne et le droit international et, surtout, le droit substantiel et le droit processuel. Le droit de la preuve n'a pas échappé à cette fondamentalisation<sup>1</sup>, influence d'autant plus singulière qu'elle s'exerce tant sur le versant substantiel que sur le versant processuel du droit de la preuve.

### 2. La notion indéfinissable des droits fondamentaux

Le droit fondamental est qualifié de notion « magique »<sup>2</sup>. Traduction des *fundamental rights* du droit anglo-saxon, il serait vain de rechercher une définition unique<sup>3</sup> amenant certains auteurs à parler de « l'insoluble » droit fondamental<sup>4</sup>. L'accent est parfois mis sur le lien qu'il entretient avec l'homme, « fondement de tout droit », et sur le fait que « les conséquences de sa reconnaissance traversent tout l'ordre juridique »<sup>5</sup>. Pour d'autres auteurs, « au sens profond et initial, un droit fondamental mérite son nom lorsqu'il est constituant – au sens d'établir – de

1. C. Grimaldi, « Preuve et droits fondamentaux », in *La preuve*, Journées internationales de l'Association Henri Capitant, Bruylant, 2015.

2. Y. Madiot, « Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit », in *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15 mai 1992, « Publication de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », Puf, 1993, p. 35 s., spéc. p. 58 : « La notion de droits fondamentaux, énervante pour le juriste parce que fuyante et mouvante, porte en elle quelque chose de « magique » qui défie les critères de l'analyse juridique. » – V. égal., J. Favard, « Le labyrinthe des droits fondamentaux », *Dr. soc.* 1999, 215 : notion « insaisissable » selon l'auteur.

3. Malgré l'importance des études qui lui sont consacrées : E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, 6, n° spéc. ; M.-L. Pavia, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA* 6 mai 1994, n° 54, p. 6 s. – Il existe même un dictionnaire des droits fondamentaux : D. Chagnolaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006.

4. Cl.-A. Colliard, « La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire », in 7<sup>e</sup> Congrès international de droit européen, Bruxelles, 2-4 oct. 1975.

5. En ce sens, B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : Principes directeurs*, éd. Sth, 1988, n° 314, p. 189 : l'auteur reprend la formule d'A. Auer qui définit les droits fondamentaux comme « un ensemble de droits et de garanties que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leurs rapports avec les autorités étatiques. Ils sont "fondamentaux", d'une part, parce qu'ils se rapportent à l'homme qui est le fondement de tout droit et, d'autre part, parce que les conséquences de leur reconnaissance traversent ou devraient traverser tout l'ordre juridique. Les droits fondamentaux englobent à la fois les libertés constitutionnelles [...] y compris les droits dits sociaux et les différentes composantes du principe d'égalité ».

l'identité de l'homme dans une société démocratique déterminée »<sup>6</sup>. En schématisant, et sans trahir une pensée doctrinale très riche sur la question, deux conceptions de la fondamentalité des droits peuvent être distinguées : « essentialiste » et « formaliste ». La première conception repose sur l'idée que les droits fondamentaux sont l'incarnation de valeurs<sup>7</sup>. Au sens « normativiste » ou « formaliste », en revanche, les droits fondamentaux désignent « tous les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales »<sup>8</sup>. Cela n'est pas sans rappeler la conception défendue par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations qui, au sein de son article 1102, renvoie aux droits et libertés fondamentaux consacrés par un texte<sup>9</sup>. L'acception « essentialiste » paraît, cependant, la plus adaptée pour prendre conscience de l'ampleur du phénomène de fondamentalisation du droit et du rôle déterminant des juges dans son accéléra-

tion. Certes, un droit fondamental est un « acte de raison » qui peut être, et est le plus souvent, rattaché à la hiérarchie des normes<sup>10</sup>. Cependant, il ne se confond pas avec elle. Les droits fondamentaux sont « hors norme »<sup>11</sup>. Un droit n'est pas fondamental parce qu'il est formellement consacré mais il est formellement consacré parce qu'il est fondamental<sup>12</sup>. Malgré les dangers souvent décriés de cette catégorie de droits<sup>13</sup>, la « théorie de la fondamentalité » gagne du terrain en droit français. Deux phénomènes contribuent à l'accélération de ce mouvement : la « constitutionnalisation » et « l'europanisation » des droits et des libertés fondamentaux au service d'une « horizontalisation des droits ».

Les privatistes ont été au départ assez imperméables à la notion de droit fondamental qu'ils renvoyaient au droit public<sup>14</sup>. Cette époque est révolue et les études de droit privé se sont multipliées<sup>15</sup>. Nul juriste privatiste ne peut désormais penser le droit sans prendre en compte cette

- 
6. M.-L. Pavia, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA* 1994, n° 54, p. 6, spéc. p. 13.
7. En ce sens : E. Picard, « Des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, 6, n° spéc. – W. Sabete, « Quelle théorie de la science juridique ? Réflexion sur la présentation scientifique du droit public », *RDJ* 2000, 1291.
8. L. Favoreu et *alii*, *Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., « précis », Dalloz, 2000, n° 1218, p. 812.
9. Pour une critique, v. not. : M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *D.* 2015, 816.
10. B. Beignier, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit français à la fin du xx<sup>e</sup> siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 153-170, spéc. p. 165 : à l'occasion d'une réflexion sur les principes généraux de la procédure civile, l'auteur conteste la tendance contemporaine qui consiste à sacraliser un droit par son intégration au bloc de constitutionnalité pour en faire un droit fondamental. Pour l'auteur, « respecter la Constitution, c'est lui donner toute sa place mais rien que sa place. Vouloir, comme l'école néo-constitutionnaliste le propose, en faire à la fois le sommet de l'ordre de la hiérarchie des normes et la base de la hiérarchie des valeurs est une proposition qui porte en elle sa propre contradiction » (p. 170 *in fine*).
11. E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, 6 n° spéc., spéc. p. 8 s. : pour l'auteur, une hiérarchie substantielle des valeurs coexisterait avec la hiérarchie des normes – Adde, B. Beignier, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit français à la fin du xx<sup>e</sup> siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 166 : « Le principe institutionnel de la hiérarchie des normes est insuffisant pour rendre compte de la valeur des normes elles-mêmes ».
12. B. Beignier, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit français à la fin du xx<sup>e</sup> siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 165.
13. Les droits fondamentaux seraient à l'origine d'une « dégénérescence de l'État ». La prolifération de droits fondamentaux, essentiellement des droits procéduraires, réduirait l'État de droit à un « État de procédure », en ce sens : G. Braibant, « L'avenir de l'État », in *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 39-46, spéc. p. 44 – La crainte n'est pas justifiée eu égard au fait que les droits substantiels fondamentaux sont tout aussi importants que les droits procéduraires. Les droits fondamentaux, pour certains, seraient ceux d'un groupe communautaire auquel l'individu devrait se soumettre, ce qui marquerait un déclin par rapport aux droits de l'homme reposant sur l'homme-individu, sur cette question, v. P. Frissex, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ? », *RDJ* 2001, 531 – Enfin, les droits fondamentaux ont pu être taxés d'être à l'origine de désordres. D'une part, parce qu'ils sont imprécis et mal définis, en ce sens, v. J. Morange, « Le droit français des libertés publiques a-t-il un avenir ? », in *Clés pour le siècle*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2000, p. 1315-1329, spéc. p. 1324 – À cela s'ajoute le désordre « d'être alimenté [...] par le contrôle de constitutionnalité de la loi exercé par le Conseil constitutionnel à l'aune des droits fondamentaux de valeur constitutionnelle, et par le contrôle de conventionnalité de la loi et des autres actes étatiques au regard des normes européennes relatives aux droits fondamentaux exercé par les juridictions ordinaires (judiciaire et administrative) et par la Cour européenne des Droits de l'Homme » : J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA* 2002, 124, spéc. p. 125.
14. En ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil. Les personnes*, 21<sup>e</sup> éd., Puf, 2000, n° 94 – Pour les études de droit public : J.-F. Lachaume, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA*, 1998, 92 ; V. Champel-Desplats, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, 323 ; du même auteur, « Les droits et libertés fondamentaux en France... », *op. cit. et loc. cit.* ; P. Wachsmann, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA* 2007, 58.
15. J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. É. Garaud, PUAM, 2003 ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, vol. 15, Préf. L. Leveneur, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2002 ; J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 à 866 ; J.-P. Marguénaud, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées nationales de l'association Henri Capitant, Lille, Litec, 1997, p. 45 à 61 ; X. Dupré de Boulois, « Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », *JCP* 2007, I, 211 ; A. Lyon-Caen

catégorie qui constitue un tournant des différents systèmes juridiques depuis la seconde moitié du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle<sup>16</sup>. Le droit de la preuve ne pouvait pas demeurer longtemps épargné par le phénomène de fondamentalisation.

### 3. Les finalités variables du droit de la preuve

La preuve est une opération intellectuelle doublée d'une opération matérielle<sup>17</sup>. Sur le plan intellectuel, la preuve constitue une démonstration proprement juridique. Sur le plan matériel, elle désigne le document par lequel un fait ou un acte est établi. Selon la célèbre formule de Raymond Legeais, « la preuve se réalise grâce à des preuves »<sup>18</sup>. Le processus probatoire est principalement judiciaire. Au sein du procès, la preuve entretient un lien consubstantiel avec la vérité. La preuve est « ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait »<sup>19</sup>. La preuve est un outil de manifestation de la vérité quelle que soit la juridiction concernée<sup>20</sup>. Surtout, « on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité »<sup>21</sup>. Elle a pour fonction première de rendre la vérité acceptable pour les parties et pour les justiciables. « Prouver, c'est faire approuver », affirmait Henri Lévy-Bruhl. Elle suppose « l'homologation de la collectivité »<sup>22</sup>.

### 4. Preuve et droits fondamentaux : le débat sur le « droit à la vérité »

La preuve est au carrefour du droit substantiel et du droit processuel<sup>23</sup> et tous les chemins mènent à la recherche d'une certaine vérité<sup>24</sup>. Or, la fondamentalisation du droit exerce son influence sur ces deux aspects de la preuve et met en lumière l'émergence progressive d'un « droit à la vérité ».

### 5. Droit de la preuve et droits fondamentaux substantiels

La preuve est étroitement liée au fond du droit, à la substance même des droits qu'elle met en œuvre. La preuve, à l'instar du procès, traduit un droit substantiel en action, un droit au combat. L'antienne est célèbre : *Idem est non esse et non probari*, ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est un tout<sup>25</sup>. Ce faisant, la preuve est aux confins du fait et du droit<sup>26</sup>. Elle est « la rançon du droit »<sup>27</sup>. Elle est l'ombre du droit substantiel. Le droit de la preuve est ainsi naturellement mis au service d'une politique juridique à un moment donné, dans un espace donné. La preuve est un instrument de réalisation des droits substantiels. On comprend, sous ce premier aspect substantiel, le lien entre la preuve et les droits fondamentaux. La recherche de la preuve doit se faire en accord avec cette fondamentalisation des droits. La recherche de la vérité judiciaire ne peut se faire à n'importe quel prix. La fin ne justifie pas n'importe quel moyen. Les règles probatoires doivent être en accord, par souci de légitimité, avec cette prolifération des droits substantiels fondamentaux. En même temps, et là réside l'intérêt de penser la preuve à l'aune des droits fondamentaux, le droit de la preuve lui-même se « fondamentalise » faisant naître l'idée d'« un droit à la preuve », bastion avancé d'une forme de « droit à la vérité ». La confrontation entre la preuve et les droits fondamentaux met ainsi en exergue sur le plan substantiel l'existence d'un conflit potentiel entre un « droit à la vérité » que réaliserait le « droit à la preuve » et le respect dû aux droits fondamentaux substantiels.

et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2005 ; L. Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, 2012 – Dans une optique originale, v. A.-A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Essai d'une théorie*, thèse Paris 1, 2012 ; L. Hennebel et G. Lewkowicz, « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, « Méthodes du droit », Dalloz, 2009, p. 221 s. ; M. Mekki, *Droits fondamentaux et intérêt général en droit privé*, Conférences au Japon, 15-26 juill. 2008, publiée en Japonais, GCOE de l'Université de Sapporo, n° 1, p. 1 s.

16. En ce sens, M. Gauchet, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat* 2000, n° 110, p. 258 s.

17. Sur cette distinction, L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., Puf, 2013, n° 250 s. – Un parallèle peut être fait avec la distinction entre *evidence* et *proof*. *Evidence* renverrait aux moyens de preuve alors que *proof* désignerait davantage le processus.

18. R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Préf. R. Savatier, LGDJ, 1955, spéc. p. 144.

19. Littré, *V*<sup>o</sup> Preuve.

20. C. civ., art. 10 – C. proc. civ., art. 181 – C. proc. pén., art. 81 al. 1 – CJA, art. R. 623-3 al. 3.

21. J. Domat, *Lois civiles*, 1<sup>re</sup> partie, L. III, T. 6, éd. Rémy, II, p. 137.

22. H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire...*, *op. cit.*, p. 22.

23. En droit civil, par exemple, alors que les principes régissant la charge et les modes de preuve figurent au sein du Code civil (C. civ., art. 1315 s.), les dispositions relatives à l'admissibilité et à l'administration de la preuve se trouvent au sein du Code de procédure civile.

24. Pour une étude d'ensemble : M. Mekki, « Preuve et vérité », in *La preuve*, Journées internationales de l'association Henri Capitant, Bruylant, 2015.

25. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1999, n° 161.

26. Sur ce lien, v. Fr. Gény, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, T. II, Sirey, 1915, n° 167, p. 375.

27. R. von Ihering cité par R. Legeais, « Les règles de preuve en droit civil : permanences et transformations », thèse Université de Poitiers, 1954, publiée par LGDJ, 1955, p. 3.

## 6. Droit de la preuve et droits fondamentaux processuels

La preuve est aussi et avant tout un rouage de la machine judiciaire. Selon Jeremy Bentham, « l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves »<sup>28</sup>. Le droit de la preuve est un droit de la procédure probatoire. La fondamentalisation a aujourd'hui essentiellement pour cible le procès. L'essor du procès équitable en est la traduction principale. Le procès équitable est, selon la célèbre formule du Doyen Jean Carbonnier, « le faisceau de plusieurs principes »<sup>29</sup> dont l'objectif est la garantie d'une bonne administration de la justice. Le doyen ajoutait que « la notion de procès équitable est passée du vocabulaire anglo-américain dans les textes internationaux, Déclaration universelle des Droits de l'Homme (art. 10), Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme (art. 6). Mais, sans user de l'expression, le droit français appliquait les principes qu'elle résume. Ils forment un peu le droit naturel de la procédure »<sup>30</sup>. Le droit à un procès équitable ou *due process of law* est la condition de tout État de droit. Il figure aujourd'hui aux articles 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et surtout à l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (Convention EDH). Le procès équitable est un procès équilibré<sup>31</sup>. L'article 6 § 1 de la Convention EDH stipule en ce sens que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...] ». La vérité judiciaire y est en quelque sorte appréhendée comme le résultat d'un débat, d'une discussion. C'est dans le respect d'une éthique de la discussion que les parties et le juge parviennent à dégager une vérité légitime<sup>32</sup>. La preuve se présente ici comme une mise à l'épreuve<sup>33</sup>. Les « preuves produites sont débat-

tues, critiquées, combattues et, si elles résistent, l'on côtoie la vérité »<sup>34</sup>. La fondamentalisation du procès et du droit de la preuve relativise alors la recherche de la vérité. Une vérité légitime établie par la preuve ne peut se faire que dans le respect d'une certaine procédure équitable. Le « droit à la vérité » devrait alors être limité par les exigences du procès équitable.

## 7. La « boussole » de la vérité

Pour comprendre la nature des liens qu'entretiennent la preuve et les droits fondamentaux, on l'aura compris, il convient de faire de la recherche de la vérité la « boussole » de notre réflexion. Cette boussole permet de rendre compte des liens complexes qui se tissent. À l'aune des droits substantiels, la recherche de la vérité et le mouvement de fondamentalisation amènent à la construction progressive d'un droit nouveau : le « droit à la preuve ». Parce que la recherche de la vérité judiciaire ne peut se faire à n'importe quel prix, ce droit à la preuve ne peut pas porter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux substantiels. Sous l'angle substantiel, un équilibre semble s'installer entre une forme de « droit à la vérité » et le respect dû aux droits fondamentaux d'autrui.

Sous l'angle processuel, la vérité judiciaire n'est légitime qu'à la condition de respecter une certaine procédure. Partant de l'idée que toute procédure injuste fait naître un résultat injuste, le processus probatoire est encadré par une série de principes et de règles se rattachant au procès équitable. De nouveau, la fondamentalisation du procès vient restreindre les moyens de rechercher la vérité. Cependant, à la différence de ce qui a pu être observé sur le plan substantiel, l'équilibre entre le « droit à la vérité » et le respect des droits fondamentaux d'autrui est sur le point d'être remis en cause. En effet, par une extrapolation des effets bénéfiques du débat contradictoire et au nom d'une recherche plus efficace de la vérité, la légalité probatoire est en déclin et l'équilibre entre « droit à la vérité » et respect dû aux droits fondamentaux d'autrui est sur le point d'être rompu.

28. J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Bossange, Paris, 1830, p. 3.

29. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 25<sup>e</sup> éd., « Thémis droit privé », Puf, 1997, n° 191, p. 341.

30. *Ibid.*, n° 188, p. 334.

31. Sur cette idée : S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 6<sup>e</sup> éd., « précis », Dalloz, 2011, n° 225, p. 496 s.

32. L'inspiration de l'éthique de la discussion de J. Habermas est ici flagrante, v. *infra*.

33. O. Bloch et W. von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Puf, 1932, V<sup>o</sup> Prouver.

34. Fr. Kamara, « La preuve en procédure civile », *Procédures*, mars 2012, n° 3, Dossier 5, n° 20.



La confrontation de la preuve et des droits fondamentaux, à l'aune de la recherche de la vérité, révèle ainsi l'existence d'un jeu d'équilibre. Cet équilibre entre « droit à la vérité » et respect des droits fondamentaux sur le plan substantiel coexiste, cependant, avec un déséquilibre entre « droit à la vérité » et respect des droits fondamentaux sur le plan processuel.

## I. L'équilibre entre « droit à la vérité » et droits fondamentaux substantiels

8. La fondamentalisation des droits repose sur un paradoxe. Si leur nombre ne cesse d'augmenter, ils perdent en intensité. Ce paradoxe peut être observé à propos de la preuve. Si un « droit à la preuve » émerge de la jurisprudence la plus récente, il se heurte à la sphère des autres droits avec lesquels il doit se concilier. L'émergence d'un « droit à la preuve » (B) s'inscrit tout de même dans une prévalence *a priori* des droits fondamentaux (A).

### A. La prévalence des droits fondamentaux

9. La vérité judiciaire est relative. La place des droits fondamentaux et les limites qu'ils imposent à la recherche de la vérité en témoignent. Les droits fondamentaux fixent des barrières que le droit de la preuve ne saurait franchir même au nom de la vérité. Ces barrières se trouvent tant en amont qu'en aval du processus probatoire.

### 10. En amont du processus probatoire

En amont, le champ opératoire de la preuve est limité. Le droit à l'intégrité physique, le droit de ne pas témoigner contre soi-même et bien d'autres encore, interdisent en amont d'user de certains procédés au nom de la vérité. Les valeurs que véhiculent ces droits sont jugées supérieures à celle d'une vérité le plus souvent scientifique. Le législateur va ainsi en quelque sorte opérer un filtrage en amont du processus probatoire. À titre

d'exemple peut être citée la prohibition de l'usage de l'hypnose<sup>35</sup>, quand bien même les parties auraient donné leur accord<sup>36</sup>. Dans le même esprit, les *sérums* de vérité sont prohibés par la loi en matière pénale<sup>37</sup>. Au nom du respect dû à la dignité des morts, il est interdit de procéder à des expertises génétiques *post-mortem* en droit civil<sup>38</sup>, ce que le Conseil constitutionnel a confirmé par une décision du 30 septembre 2011<sup>39</sup>.

### 11. En aval du processus probatoire

La recherche de la vérité ne justifie pas l'emploi de n'importe quels moyens. Certains modes de preuve sont ainsi prohibés plus en raison de leurs effets que de leur objet. La fondamentalisation des droits a considérablement renforcé ces limites imposées au droit de la preuve et contribue de nouveau à relativiser la recherche de la vérité comme finalité de tout procès. Les décisions rendues par les juges européens ou nationaux sont nombreuses à solliciter les droits fondamentaux pour priver d'effet des éléments probatoires obtenus et/ou produits en violation de certains droits. La Cour européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) veille ainsi à ce que l'affaire *Schenk c/ Suisse*<sup>40</sup>, qui laisse aux États-membres le soin de fixer les règles probatoires, n'ait pas pour conséquence une négation des autres droits fondamentaux protégés par la Convention EDH. Il n'est pas rare, en ce sens, que certains éléments de preuve soient sanctionnés par la Cour aux motifs d'une atteinte à la vie privée protégée par l'article 8 de la Convention EDH. La Cour EDH a, par exemple, jugé dans un arrêt *Kruslin et Huvig c/ France* du 24 avril 1990 que des écoutes téléphoniques clandestines étaient une violation de l'article 8<sup>41</sup>. Les juges nationaux, dans le même esprit, déclarent certains modes de preuve irrecevables aux motifs qu'ils portent atteinte au secret des correspondances<sup>42</sup>, au secret médical<sup>43</sup>, au secret professionnel de l'avocat<sup>44</sup>, au secret de l'instruction<sup>45</sup>,

35. C. Puigelier et C. Tijus, « L'hypnose en tant que moyen de preuve », *RGDM* 2002. 137.

36. Crim. 12 déc. 2000, n° 00-83.852, *Bull. crim.*, n° 369.

37. Sur l'aveu obtenu par contrainte en général, v. H. Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 132 s.

38. Expertises limitées en matière pénale à certaines infractions, v. C. pén., art. 706-54 s.

39. Cons. const. 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, *Dr. fam.* 2011, n° 11, alerte 89, focus par M. Lamarche.

40. CEDH 12 juill. 1988, *Schenk c/ Suisse*, Série A, n° 140, spéc. § 46.

41. CEDH 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, Série A et B, n° 176.

42. C. pén., art. 226-15.

43. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 déc. 2004, n° 02-12.539, *Bull. civ. I*, n° 306.

44. Pour l'avocat, v. L. n° 71-1130, 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JO* 5 janv. 1972, p. 131, art. 66-5 et déc. n° 91-1197, 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat, *JO* 28 nov., p. 15502, art. 160; C. pén., art. 226-13.

45. V. not. : G. Clément, « Le secret de la preuve pénale », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, « Études et mélanges », Dalloz, 2007, p. 183 s.



au secret des sources journalistiques<sup>46</sup>. Cette limite imposée à la recherche de la vérité est inscrite au sein même de certaines dispositions. Il en est ainsi des « motifs légitimes » de l'article 10 du Code civil ou des « empêchements légitimes » de l'article 11 du Code de procédure civile. Les textes de droit pénal sont aussi nombreux protégeant le plus souvent la vie privée (C. pén., art. 226-1) et le secret des correspondances (C. pén., art. 226-15).

Les droits fondamentaux constituent à première vue des obstacles à la recherche de la vérité. Pourtant, la fondamentalisation profite aussi à la vérité en ce qu'il émerge, depuis quelques années, un véritable « droit à la vérité », prenant la forme d'un « droit à la preuve »<sup>47</sup>.

## B. L'émergence d'un droit à la preuve

### 12. Le droit à la preuve : droit de produire et droit d'obtenir

C'est à propos de l'administration qu'est née l'idée d'un véritable droit à la preuve au profit des parties. Il désigne un droit qui « ne peut porter que sur la preuve envisagée comme instrument de conviction et n'a alors pas d'autre ambition que celle de conférer aux justiciables les moyens de leur procès »<sup>48</sup>. Fruit d'une évolution<sup>49</sup>, le droit à la preuve peut recouvrir deux dimensions : le droit de produire ses preuves, d'un côté, et le droit d'obtenir des preuves, de l'autre<sup>50</sup>. L'émergence de ce droit n'est pas propre à la France et constitue un nouveau signe de convergence entre les systèmes juridiques

renforçant l'opportunité d'un « droit transnational de la preuve ». En ce sens, Xavier Lagarde affirme avec pertinence que « l'arbitrage entre droits fondamentaux et recherche de la vérité est de moins en moins caractéristique d'une spécificité culturelle des différents systèmes de preuve, au moins dans les pays qui ont pris le parti effectif de consacrer, sous une forme ou sous une autre, une charte des droits fondamentaux »<sup>51</sup>. Même s'il ne fait pas l'unanimité<sup>52</sup>, ce droit est en plein essor. Devant les nombreuses précautions de la jurisprudence, quelques clarifications s'imposent.

### 13. Droit à la preuve et contrôle de proportionnalité

Le droit de la preuve devait auparavant céder devant la prolifération des droits fondamentaux. Désormais, le droit à la preuve qui se construit sous nos yeux amène, de plus en plus souvent, les juges à le concilier avec les autres droits qu'il serait susceptible de heurter<sup>53</sup>. Il n'est plus question d'interdire une preuve parce qu'elle porterait atteinte à un droit fondamental<sup>54</sup>. Il convient désormais de vérifier que l'atteinte au droit fondamental, aux intérêts antinomiques, est nécessaire et proportionnée au but poursuivi<sup>55</sup>. Il faut, en somme, procéder à un contrôle de proportionnalité.

### 14. Consécration implicite du « droit à la preuve »

C'est, tout d'abord, de manière implicite ou indirecte que ce droit à la preuve a fait son apparition. Les premiers signes du « droit à la preuve »

46. Crim. 6 déc. 2011, n° 11-83.970, *Bull. crim.*, n° 248 : « l'atteinte portée au secret des sources des journalistes n'était pas justifiée par l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public et que la mesure n'était pas strictement nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi », de sorte que « la chambre de l'instruction a légalement justifié sa décision, tant au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'au regard de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 ».

47. En ce sens, G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in C. Perelman, P. Fories (dir.), *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 277 – *Contra*, A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Préf. J.-C. Saint-Pau, spéc. p. 580, « Bibliothèque de droit privé », t. 525, LGDJ, 2010, p. 110 : l'auteur adopte une conception restrictive du droit à la preuve. Le droit à la preuve constitue un droit accordé à un justiciable d'exiger d'un autre justiciable la production d'un document ou une information. Le passage obligé par un juge, dans les différents exemples cités, ne permet pas d'y voir un véritable droit à la preuve, selon l'auteur.

48. A. Bergeaud, th. préc., n° 3, p. 4.

49. Sur cette évolution, *Ibid.*, n° 5, p. 6 s.

50. En ce sens, G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, études publiées par Ch. Perelman et P. Fories, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277 s. – En faveur d'un tel droit, Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, 7<sup>e</sup> éd., « précisions », Dalloz, 2006, n° 566 ; J. Ghestin et G. Goubeaux avec la collaboration de M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., « Traité de droit civil », LGDJ, 1994, spéc. n° 650.

51. V. not., X. Lagarde, *Dictionnaire de la justice*, op. cit., V<sup>o</sup> Preuve.

52. Contre l'idée d'un droit à la preuve, Ph. Théry, *Les finalités...*, op. cit., spéc. p. 49 s. ; X. Lagarde, « Finalités et principes du droit de la preuve », *JCP* 2005. I. 133, spéc. n° 9.

53. Sur les aspects procéduraux, v. *infra*.

54. Sur ce droit à la preuve v. not., G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, C. Perelman, P. Fories (dir.), Bruylant, 1981, p. 277 : l'auteur rattache le droit à la preuve au droit d'agir en justice reconnu à l'art. 30 du code de procédure civile – *Adde*, A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, t. 525, Préf. J.-C. Saint-Pau, « Bibliothèque de droit privé », LGDJ, 2010, p. 580.

55. La recherche de la vérité est parfois considérée comme une valeur supérieure à d'autres droits ou secrets, pour un ex. v. le procès en diffamation : Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.237, *Bull. crim.*, n° 132 ; RSC 2002. 881 – Crim. 19 janv. 2010, n° 09-84.408, D. c/ P, *Bull. crim.*, n° 12.

figurent dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 15 mai 2007. La Cour de cassation a jugé qu'un dossier médical pouvait être produit en justice sans le consentement de la personne concernée, dès lors que « toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence »<sup>56</sup>. La nécessité des droits de la défense justifie une atteinte proportionnée au secret médical. La même solution a été retenue par la Chambre criminelle le 24 avril 2007<sup>57</sup>. Derrière la nécessité des droits de la défense se profile discrètement le « droit à la preuve ». La portée de ces arrêts a été élargie à toutes les pièces, par un arrêt rendu par la première Chambre civile le 16 octobre 2008<sup>58</sup>, sur le fondement des articles 9 du Code civil, 9 du Code de procédure civile et 8 de la Convention EDH; la cour d'appel n'a pas « caractérisé la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché ».

### 15. Consécration formelle du « droit à la preuve »

Plus récemment et pour la première fois, la première Chambre civile de la Cour de cassation a formellement, dans un arrêt du 5 avril 2012<sup>59</sup>, fait référence au « droit à la preuve ». Au visa des articles 6 et 8 de la convention EDH, l'arrêt de la cour d'appel est censuré aux motifs qu'« en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice (du) droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». L'idée, sans la formule, a été reprise dans un arrêt rendu par la première Chambre civile du 31 octobre 2012 : « les atteintes portées à la vie privée de M. X, sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre, et relatives aux seules mobilité et

autonomie de l'intéressé, n'étaient pas disproportionnées au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés »<sup>60</sup>. Selon l'observation d'un auteur, « le respect dû à la vie privée peut devoir céder devant les nécessités probatoires, autrement dit l'impératif de vérité »<sup>61</sup>. La solution est d'autant plus compréhensible que la sphère de la vie privée est tellement large que dans certains domaines, tels que le droit des personnes et de la famille, aucune preuve ne pourrait être recevable au motif qu'elle appartiendrait à la sphère privée<sup>62</sup>. Il ne faut cependant pas croire qu'il s'agit d'un « droit » sans limite. Il existe certains principes qui constituent des obstacles infranchissables quand bien même le justiciable brandirait ce jeune « droit à la preuve ». Ainsi en est-il d'un arrêt rendu à l'occasion d'un litige né entre vendeurs et acquéreurs d'un bien immobilier. Les acquéreurs souhaitaient produire en justice des correspondances échangées avec le notaire de la partie adverse en violation du secret professionnel de cet officier public. La Cour de cassation dit alors en substance que le droit à la preuve ne peut faire céder le secret professionnel du notaire.

Finalement, le « droit à la preuve » reste dans les limites du raisonnable. Non seulement il ne constitue pas en soi un droit fondamental, passant principalement par le canal de la nécessité des droits de la défense, mais surtout il cède le plus souvent devant des droits ou des devoirs que la Cour de cassation juge encore d'une valeur supérieure. Un équilibre existe ainsi à l'analyse du droit positif entre la recherche de la vérité et la prolifération des droits fondamentaux substantiels.

En revanche, cet équilibre semble rompu lorsqu'on aborde les droits fondamentaux processuels, par le biais desquels la recherche de la vérité est promue au détriment d'une certaine exigence de loyauté voire en toute illégalité.

56. Com. 15 mai 2007, *D.* 2007. Pan. 2775, obs. Lepage.

57. Crim. 24 avr. 2007, *AJ pénal* 2007. 331, obs. Saas.

58. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2008, n° 07-15.778, *Bull. civ. I*, n° 230.

59. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ. I*, n° 85; *D.* 2012. 1596, note G. Lardeux; *RTD civ.* 2012. 506, obs. J. Hauser; *D.* 2012. 2826, obs. J.-D. Bretzner.

60. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 oct. 2012, n° 11-17.476, *Bull. civ. I*, n° 224; *D.* 2013. 227, note N. Dupont; *CCE* 2012, comm. n° 137, obs. A. Lepage.

61. G. Lardeux, note préc.

62. En ce sens, J. Hauser, obs. préc.

## II. Le déséquilibre entre le « droit à la vérité » et la procéduralisation des droits fondamentaux

16. Le « droit à la vérité » est l'objet, en matière procédurale, de nouvelles restrictions. *A priori*, en effet, tous les coups ne sont pas permis. La recherche de la preuve doit se faire dans le respect d'une procédure équitable (A). Cependant, avec le temps, ces exigences procédurales, au lieu de limiter les excès d'une recherche aveugle de la vérité, en viennent, au nom d'une plus grande efficacité probatoire, à réduire l'exigence de « moralité probatoire ». Une prépondérance dangereuse est à ce titre accordée au débat contradictoire qui valide des preuves pourtant obtenues en violation des exigences « morales » de la preuve (B).

### A. L'exigence d'une procédure probatoire équitable

17. Le respect d'une procédure probatoire équitable canalise les excès possibles d'une recherche aveugle de la vérité. Cette procédure probatoire équitable renvoie à l'accès au juge, au respect de l'égalité des armes et au respect d'une certaine légalité probatoire.

18. Certains juges, hormis les juges de la Cour EDH, font un lien entre l'accès au juge et l'accès à la preuve. Tel est le cas de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour du Luxembourg a jugé à plusieurs reprises, pour protéger l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, que les règles des États-membres relatives à la preuve ne doivent pas rendre excessivement difficile la revendication en justice d'un droit protégé par les dispositions communautaires<sup>63</sup>.

En droit interne, ce lien entre accès au juge et droit de la preuve est implicite, notamment dans un arrêt rendu le 10 mars 2004 par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation<sup>64</sup>. À la suite du vol de leur véhicule, deux époux se sont adressés à leur assureur. Ce dernier avait refusé de les indemniser. Il se prévalait d'une clause du contrat qui prévoyait que l'assuré devait pour établir le vol, prouver, outre les détériorations liées à une pénétration de l'habitacle par effraction, soit le forçement de la direction soit le for-

cement de son antivol et la modification des branchements électriques ayant permis le démarrage du véhicule. Aucune trace d'effraction apparente n'ayant pu être établie, l'assureur demandait le remboursement des sommes déjà versées. La cour d'appel de Grenoble a accueilli ses prétentions, arrêt contre lequel les époux ont formé un pourvoi en cassation. Ils soutenaient notamment que « sont contraires à l'ordre public les stipulations contractuelles qui restreignent les modes de preuve de l'infraction dont l'assuré a été victime ». La Cour d'appel aurait violé les articles 1315 du Code civil, 12 du Code de procédure civile et 6-1 de la Convention EDH, « en affirmant que les assurés ne pouvaient recourir à d'autres modes de preuve que ceux stipulés au contrat et que faute pour eux d'avoir rapporté cette preuve, la garantie du véhicule volé n'était pas due par l'assureur ». La Cour de cassation casse l'arrêt au visa des articles 1315 du Code civil et 6 § 1 de la Convention EDH, au motif que la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat. La Cour de cassation ne s'explique pas sur le fondement de l'article 6 § 1. L'une des explications possible pourrait consister à y voir une consécration en matière probatoire du droit d'accès au juge. En rendant plus difficile la preuve d'un fait en vue d'obtenir l'exécution du contrat d'assurance, on en vient à priver les parties de leur droit d'agir. Ce raisonnement n'est pas totalement étranger aux spécialistes du droit des contrats. Ainsi les clauses relatives à la preuve sont sous haute surveillance au moyen de la législation sur les clauses abusives. L'article R 132-1 12° du Code de la consommation prévoit que les clauses relatives à la charge de la preuve sont irréfragablement présumées abusives lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de : « 12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat ». Quant aux clauses relatives aux modes de preuve, elles sont présumées abusives, présomption simple, aux termes de l'article R. 132-2 9° du Code de la consommation, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de « limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ».

63. CJCE 9 nov. 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, Rec. p. 3595 – CJCE 25 févr. 1988, *Les fils de Jules Bianco*, aff. 331, 376 et 378/85, Rec. CJCE, p. 1099.  
64. Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mars 2004, n° 03-10.154, *Bull. civ. II*, n° 101, *RDC* 1080, obs. A. Debet.

### 19. Le principe de l'égalité des armes

L'égalité des armes est également un des piliers du procès équitable et vient encadrer le processus probatoire. L'inégalité probatoire résulte tantôt d'un déséquilibre d'ordre économique, le consommateur face au professionnel, tantôt d'un déséquilibre d'ordre structurel, l'accusé face à l'accusation, ou l'usager face à l'administration. Par une décision de la Cour EDH du 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, l'égalité de traitement entre les parties est consacrée<sup>65</sup>. Par un arrêt de la Cour EDH du 27 octobre 1993, *Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas*, la Cour établit un lien entre ce principe et le droit de la preuve. Ce principe est défini comme « l'obligation d'offrir à chaque partie à un procès une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>66</sup>. En l'espèce, le droit néerlandais a été condamné car il interdisait à une partie d'être entendue comme témoin dans sa propre cause<sup>67</sup>. En définitive, « le principe de l'égalité des armes vise donc à favoriser l'équité du processus probatoire en assurant à chaque partie, quelle que soit sa condition, la possibilité d'établir ses prétentions »<sup>68</sup>. L'égalité des armes probatoires se dédouble. Il s'agit de l'égalité d'accès à la preuve et de l'égalité d'administration de la preuve<sup>69</sup>. L'égalité d'accès désigne, principalement, la matière pénale et l'accès au dossier. Dans ce domaine, en principe, lors de l'instruction, l'avocat a accès à ce dossier. Il en fut un temps autrement lorsque le prévenu avait décidé de se défendre seul sans avocat. Dans cette hypothèse, l'accès au dossier lui était refusé.

Cette pratique a été condamnée par la Cour EDH. dans son arrêt *Foucher c/ France* du 18 mars 1997<sup>70</sup>. Sur une question prioritaire de constitutionnalité<sup>71</sup>, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 novembre 2012<sup>72</sup>, a rétabli l'équilibre procédural en accordant un accès au dossier identique aux personnes représentées ou non par un avocat, entraînant une modification de l'article 131-1 du Code de procédure pénal<sup>73</sup>. Quant à l'administration de la preuve, le juge doit veiller à ce qu'il n'y ait pas de déséquilibre manifeste dans la possibilité d'administrer les preuves. Tel est le raisonnement tenu par la Cour EDH dans un arrêt rendu le 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*<sup>74</sup>. Il s'agissait d'une affaire de diffamation contre des magistrats à propos d'un cas d'inceste. La Cour a sanctionné les juges qui avaient refusé d'entendre l'offre de preuve faite par les journalistes qui souhaitaient produire des avis médicaux sur l'état de santé des enfants.

La procédure probatoire équitable renvoie également à la légalité probatoire, au sens de conformité à la loi et à la loyauté.

### 20. L'exigence fragile d'une légalité probatoire

La légalité de la preuve renvoie à la fois aux procédés illicites, prohibés par un texte, et déloyaux. L'exigence de loyauté questionne davantage. Sans être un principe directeur des procès civil et pénal<sup>75</sup>, l'exigence de loyauté innerve l'ensemble du droit français et occupe une place fondamentale<sup>76</sup>. « Parce que le procès n'est pas un combat comme les autres, tous les coups ne sont pas permis »<sup>77</sup>. En matière probatoire, cette exigence permet de « moraliser » le processus probatoire.

65. CEDH 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, Série A, n° 11.

66. CEDH 27 oct. 1993, *Dombo Beheer BV c/ Pays Bas*, Série A, n° 274, spéc. § 33.

67. La jurisprudence de la CEDH est aujourd'hui bien établie, v. not. CEDH 22 sept. 1995, *Hentrich c/ France*, Série A, n° 296, spéc. § 56.

68. A. Bergeaud, th. préc., n° 148, p. 123-124.

69. Sur cette distinction, *ibid*, n° 149 s., p. 124 s.

70. D. 1997. somm. comm. 360, obs. Renucci : « il est important pour le requérant d'avoir accès à son dossier et d'obtenir la communication des pièces le composant, éléments d'une bonne défense, afin d'être en mesure de contester le procès-verbal dressé à son encontre et sur lequel repose exclusivement sa condamnation » – V. déjà en ce sens, CEDH 30 mars 1989, *Lamy c/ Belgique*, Série A, n° 151, spéc. § 29.

71. Crim. 18 sept. 2012, n° 5082.

72. Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-284 QPC.

73. À rapprocher de Cons. const. 9 sept. 2011, n° 2011-160 QPC, entraînant la modification de l'article 175 du Code de procédure pénale.

74. CEDH 24 févr. 1997, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, Rec. 1997-1.

75. L. Miniato, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », D. 2007. 1035 – *Contra* L. Cadiet, *La légalité procédurale...*, op. cit. et loc. cit. – *Contra* S. Guinchard, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, in Clés pour le siècle, Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2002, n° 1236-1316, p. 1135, spéc. n° 1287 s. et p. 1184 s.; S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel...*, op. cit., spéc. n° 600, p. 934 s. – *Adde* A. Leborgne, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996. 535.

76. En faveur d'un principe général commun à tous les procès, M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Préf. S. Guinchard, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2003 – Sur le lien entre contractualisation du procès et principe de loyauté, v. not. L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle », *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 177, spéc. n° 7, p. 192.

77. S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel...*, op. cit.

Une telle légalité probatoire, licéité et loyauté, devrait limiter le champ d'action d'un éventuel droit à la preuve et restreindre la recherche de la vérité à tout prix. « Si la moralisation de la preuve peut ainsi sembler nécessaire, elle constitue cependant, en restreignant la liberté de la preuve, un obstacle au droit à la preuve des parties »<sup>78</sup>. Cette exigence de légalité repose sur des fondations qui demeurent relativement fragiles.

### 21. *Auprès de la Cour européenne des Droits de l'Homme*

En premier lieu, la Cour EDH demeure relativement timide à son égard. Selon les juges européens, l'illégalité dans l'obtention des moyens de preuve n'a pas d'incidence sur leur recevabilité. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Schenk c/ Suisse* du 12 juillet 1988<sup>79</sup>, la Cour a refusé de faire de la légalité, et *a fortiori* de la loyauté, dans la recherche des preuves un corollaire du procès équitable : « si la convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne. La cour ne saurait donc exclure par principe et *in abstracto*, l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale ». Devant la Cour EDH, la déloyauté ou plus largement l'illégalité dans l'obtention des preuves se présente, paradoxalement, comme un instrument au service du procès équitable. Dans l'affaire *Schenk c/ Suisse*, elle ajoute que le respect du procès équitable doit s'apprécier *in globo*. Les juges doivent « rechercher si le procès du requérant a présenté dans l'ensemble un caractère équitable [...] ». La Cour doit uniquement vérifier si « chaque partie (a eu) la possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui

ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>80</sup>. La Cour EDH a passé un cap supplémentaire avec un arrêt rendu le 15 décembre 2011 concernant la question de savoir si la déposition d'un témoin non confronté pouvait constituer la preuve unique ou déterminante d'une condamnation pénale<sup>81</sup>. La Cour EDH semble répondre par l'affirmative en assouplissant sa position, sous réserves d'être contrebalancée par des garanties procédurales solides<sup>82</sup>. Dans le passé, cette compensation par des garanties procédurales était exclue si la preuve par témoin non confronté était déterminante<sup>83</sup>. La jurisprudence européenne se montre sur cette question désormais moins protectrice que le droit français interne<sup>84</sup>.

### 22. *Auprès des juges nationaux*

En droit français, l'exigence de loyauté est appréhendée différemment selon qu'il s'agit de la matière civile ou de la matière pénale. Les juridictions répressives, à l'aune de l'article 6 § 1 de la Convention EDH, déclarent recevables les moyens de preuve obtenus par les parties privées au procès même s'ils ont été recueillis de manière illégale ou déloyale<sup>85</sup>. En matière pénale, le principe est celui de la liberté de la preuve (C. proc. pén., art. 427), sauf dispositions contraires<sup>86</sup>. La Chambre criminelle juge, de manière constante, qu'aucune disposition légale ne permet aux juges d'écarter les moyens de preuve obtenus de façon illicite ou déloyale, dès lors que les preuves ont été discutées contradictoirement<sup>87</sup>. Cette différence de traitement entre les parties privées et les parties publiques du procès pénal s'étend au contentieux fiscal<sup>88</sup>.

L'exigence de légalité n'est pas incompatible avec un éventuel « droit à la preuve ». Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve

78. G. Vial, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, « La nouvelle bibliothèque de thèse », vol. 80, Dalloz, 2008, spéc. n° 189, p. 279.

79. CEDH 12 juillet. 1988, *Schenk c/ Suisse*, Série A, n° 140, spéc. § 46 – *Adde*, CEDH 20 nov. 1989, *Kostovski*, Série A, n° 166 – CEDH 27 sept. 1990, *Windish*, Série A, n° 186 – CEDH 19 déc. 1990, *Delata, Dr. fam.* 1997. comm. 213, note J. Pradel.

80. CEDH 27 oct. 1993, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, Série A, n° 274, spéc. § 33.

81. Sur la jurisprudence antérieure v. not. CEDH 20 sept. 1993, *Saïdi c/ France*, n° 14647/89, D. 1995. 104, obs. J.-Fr. Renucci.

82. CEDH, gr. ch., 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tahery c/ R.U.*, n° 26766/05 et 22228/06.

83. CEDH 26 mars 1996, *Doorson c/ Pays-Bas*, n° 20524/92, D. 1997. 207, obs. J.-Fr. Renucci.

84. C. proc. pén., art. 706-62 – Crim. 10 mai 2006, *Bull. crim.*, n° 123; *AJ Pénal* 2006. 318, obs. M.-E. C.

85. En ce sens, Crim. 19 janv. 2010, *D. c/ P.*, n° 09-84.408, *Bull. crim.*, n° 12; *JurisData* n° 2010-051419 : Le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces de nature à établir la vérité des faits ou sa bonne foi, sans qu'elles puissent être écartées des débats au motif qu'elles auraient été obtenues par des moyens déloyaux. Par ailleurs, la bonne foi doit être appréciée en tenant compte notamment du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux, et du contexte politique dans lequel ils s'inscrivent.

86. V. en matière d'écoute et d'enregistrement des propos d'autrui (L. 10 juill. 1991), par ex., le cas en matière d'écoute et d'enregistrement des propos d'autrui (L. 10 juill. 1991).

87. Crim. 15 juin 1993, n° 92-82509, *Bull. crim.*, n° 210 – Crim. 27 janv. 2010, n° 09-83.395, *Bull. crim.*, n° 16; *JurisData* n° 2010-051634.

88. C. De la Martinière, *La preuve en droit fiscal*, LexisNexis-Litec, 2009, n° 18 s., p. 11 s.

est une question qui se pose en amont : le justiciable a-t-il été loyal lors de l'obtention des preuves ? Dans l'affirmative, il pourra alors s'en prévaloir en justice même si cette production a pour effet de porter atteinte à un droit fondamental tel que la vie privée, à condition que cette preuve soit nécessaire et proportionnée au but poursuivi. C'est d'ailleurs la lecture qui peut être faite des arrêts se référant formellement au droit à la preuve, car les informations de nature privée avaient été obtenues par les justiciables sans fraude ni violence. C'est la production en justice de cette information qui pouvait être analysée comme une restriction à l'intimité de la vie privée et justifiait alors un contrôle de proportionnalité.

En matière civile, l'exigence de légalité et spécialement de loyauté résiste encore aux sirènes du droit à la vérité. La déloyauté sanctionnée réside dans l'obtention de preuves de manière clandestine. La clandestinité est tantôt conçue de manière objective, absence de transparence, tantôt de manière subjective, la preuve a été obtenue contre la volonté libre de son auteur, à son « insu »<sup>89</sup>. Un enregistrement visuel ou sonore clandestin, à l'insu de la personne enregistrée, est ainsi irrecevable. Les juridictions françaises sollicitent l'article 6 § 1 de la Convention EDH accompagné souvent de l'article 9 du Code de procédure civile. Il en est ainsi de l'arrêt de la Chambre sociale du 23 mai 2007<sup>90</sup> déclarant recevable la preuve d'un harcèlement rapportée par SMS. Le pourvoi, qui invoquait la violation de l'article 9 du Code de procédure civile et de l'article 6 § 1 Convention EDH, est rejeté aux motifs que « si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi

obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur »<sup>91</sup>. La même solution a été rendue à propos de la preuve d'un cas d'adultère par SMS<sup>92</sup>. Dans un esprit différent, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a apporté une précision importante quant à la possibilité pour un employeur de consulter les SMS présents sur le téléphone professionnel de son salarié hors sa présence. Elle juge, dans un arrêt du 10 février 2015, que « les messages écrits ("short message service" ou SMS) envoyés ou reçus par le salarié au moyen du téléphone mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur est en droit de les consulter en dehors de la présence de l'intéressé, sauf s'ils sont identifiés comme étant personnels; qu'il en résulte que la production en justice des messages n'ayant pas été identifiés comme étant personnels par le salarié ne constitue pas un procédé déloyal au sens des articles 9 du Code civil et 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve »<sup>93</sup>.

Cette exigence de loyauté gagne toutes les sphères du droit privé<sup>94</sup>. Outre le contentieux familial<sup>95</sup>, un domaine se présente comme le symbole de cette « moralisation croissante » du processus probatoire : le contentieux de la concurrence. Pendant longtemps, en effet, au nom de l'efficacité économique et de la recherche de vérité, la procédure probatoire en droit de la concurrence s'inspirait du procès pénal et tout mode de preuve obtenu de manière déloyale ou

89. La frontière entre les preuves obtenues de manière déloyale et celles obtenues de manière illégale n'est pas toujours très nette, v. par ex. : Com. 30 avr. 1951, *Bull. civ. II*, n° 153.

90. Soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209, *Bull. civ. V*, n° 85; *Juris-Data* n° 2007-038970; *D.* 2007. 2284, note C. Castets-Renard; *Procédures* 2007 comm. 182, obs. R. Perrot; *JCP* 2007. II. 10140, note L. Weiller; *JCP S* 2007. 1639, obs. S. Béal et A. Ferreira; *JCP E* 2007. 2072, note C. Golhen; *Rev. Dr. banc. et fin.* 2007 comm. 196, obs. E. A. Caprioli.

91. Dans le même sens v. Com. 25 févr. 2003, n° 01-02.913, CCC 2003 comm. 104, obs. L. Leveneur; *CCE* 2004 comm. 43, obs. Ph. Stoffel-Munck; *RTD civ.* 2004. 92, obs. J. Mestre et B. Fages : le demandeur au pourvoi invoquait de nouveau la violation par la cour d'appel des articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention EDH. Le pourvoi est rejeté aux motifs « qu'ayant retenu qu'il n'est pas contesté que l'enregistrement téléphonique litigieux a été effectué dans les locaux de la société Droa et par son gérant, à l'insu de son correspondant, le directeur commercial de la société Toyota, ce dont il ressort que ce moyen de preuve, sous sa forme sonore ou écrite, avait été déloyalement obtenu, la cour d'appel a à bon droit décidé de l'écarter des débats ».

92. *Civ. 1<sup>re</sup>*, 17 juin 2009, n° 07-21.796, *Bull. civ. I*, n° 132; *JurisData* n° 2009-048627.

93. Com. 10 févr. 2015, n° 13-14.779 (à paraître), *D.* 2015. 428; *RDT* 2015. 191, note P. Adam.

94. J.-B. Denis, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *RTD civ.* 1977. 671, spéc. p. 671 – E. Baraduc, « Le droit de la preuve vu par l'avocat : la loyauté dans la recherche de la preuve », *LPA* 2004, n° 216, p. 35.

95. Sur cette exigence de loyauté en matière familiale v. Vial, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, « La nouvelle bibliothèque de thèse », vol. 80, Dalloz, 2008, spéc. n° 189 s., p. 278 s. – V. par ex., *C. civ.*, art. 259-1 : « Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou par fraude. »



illégal par une partie privée était recevable. Puis, au nom d'une certaine éthique procédurale, la Cour de cassation a décidé de changer de cap. Par un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 3 juin 2008<sup>96</sup>, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et jugé, au visa des articles 9 du Code de procédure civile et 6 § 1 Convention EDH que « Vu l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; Attendu que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ». Bien que maintes fois confirmée<sup>97</sup>, devant la résistance de la cour d'appel de Paris<sup>98</sup>, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière a dû réaffirmer ce principe de manière solennelle en visant notamment le principe de loyauté dans l'administration de la preuve : « Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve; Attendu que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve »<sup>99</sup>. En gagnant un terrain qui paraissait inaccessible, en raison des impératifs d'efficacité économique qui dominant<sup>100</sup>, l'exigence de loyauté procédurale s'impose avec force et canalise l'éventuel droit à

la preuve en évitant une contamination par les principes régissant le procès pénal<sup>101</sup> : « Vu les articles L. 621-10, L. 621-11 et R. 621-35 du code monétaire et financier, ensemble le principe de loyauté dans l'administration de la preuve [...]; qu'en se déterminant ainsi, sans constater que la personne dont les déclarations ont été recueillies par les enquêteurs dans les locaux de la société GSTI avait, préalablement à celles-ci, renoncé au bénéfice des règles applicables aux auditions, visant à assurer la loyauté de l'enquête, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Cependant, de manière paradoxale, les principes procéduraux sont à l'origine d'un déclin de la « moralité » du processus probatoire au nom d'une plus grande efficacité.

### **B. La prépondérance dangereuse du débat contradictoire**

23. Le contradictoire renvoie tant à l'information qu'à la discussion des éléments de preuve. Or, ce qui devait être un canalisateur du « droit à la vérité » devient le moyen d'en étendre le champ d'application au détriment de la qualité probatoire. Le débat contradictoire remplit alors une fonction validante. Il valide des procédés de preuve illégaux au nom d'une plus grande efficacité probatoire.

### **24. Information et discussion**

Le contradictoire au sens strict est « le droit pour les parties à un procès [...] de prendre connaissance de toutes pièces ou observation présentée au juge [...] et de la discuter »<sup>102</sup>. Le lien entre le principe du contradictoire et la question probatoire figure dans de nombreuses dispositions. Il en

96. V. not. Com. 3 juin 2008, n° 07-17147 et 07-17196, *Bull. civ. IV*, n° 112 – Égal. le rapport déposé par M<sup>me</sup> V. Michel-Amsellem, *RJDA* 8-9/2008. 855 : « l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve » (au visa de l'article 6, § 1, de la Convention EDH).

97. Com. 3 mars 2009, n° 08-13.767 et 08-143.46, *Bull. civ. IV*, n° 29; *D.* 2009. *AJ* 805, obs. Chevrier; *JCP E* 2009. 7, n° 12; CCC 2009, n° 140, obs. Decocq; *Gaz. Pal.* 2010. 485 et les obs.; *RJDA* 2009, n° 894; *RDL* 2009. 183, n° 2, obs. Momege; *Procédures* 2009, n° 163, obs. H. C.; *Procédures* 2010. Chron. 1, spéc. n° 13, par Leroy et Ruy.

98. Paris, 1<sup>re</sup> ch. H, 29 avr. 2009, RG n° 2008/11907, *SARL Avantages*, *D.* 2009. *AJ* 1352, obs. E. Chevrier; *D.* 2009 Pan. 2714, spéc. p. 2716, obs. P. Delebecque; G. Decocq, « Résistance de la cour d'appel sur les écoutes clandestines », CCC juin 2009. Comm. 174; M. Chagny, « Loyauté de la preuve : la cour d'appel de Paris fait de la résistance ! », *CCE* oct. 2009. Comm. 88; V. Selinsky, « Recevabilité des enregistrements sonores réalisés à l'insu des personnes enregistrées : la Cour persiste et signe (de la main de son Président) », *RLC* juill.-sept. 2009, n° 1398 : l'article 6 de la Convention EDH « n'emporte en lui-même aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves, qui demeure régie par le droit national, mais exige seulement que la procédure, prise dans son ensemble, garantisse un procès équitable, [...] les dispositions du code de procédure civile [...] ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives ».

99. Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, *Bull. ass. plén.*, n° 1.

100. V. auparavant Cons. conc., 5 déc. 2005, décis. relative à la saisine de la Sarl avantage à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public, n° 05-D-66, *RLC* 2006, n° 6, p. 70, obs. C. Nourissat.

101. V. l'influence exercée sur la procédure de l'autorité des marchés financiers, Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-18.267, *Bull. civ. IV*, n° 82.

102. CEDH 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, Série A, n° 262.

est ainsi de l'article 15 du Code de procédure civile qui dispose que « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». Le contradictoire vaut également au-delà des parties. L'article 16 Code de procédure civile s'adresse au juge et les expertises doivent se faire dans le respect du contradictoire<sup>103</sup>. Les mêmes exigences existent en matière pénale<sup>104</sup> et en matière administrative<sup>105</sup>. Le débat probatoire présuppose l'information et suppose une collaboration des parties et du juge, au civil comme au pénal<sup>106</sup>. Le contradictoire se traduit par une discussion. L'obligation qui est faite à la partie adverse de produire ses éléments de preuve afin de pouvoir les contester entre dans cette logique<sup>107</sup>.

### 25. Un recul de l'exigence de légalité probatoire

Le débat contradictoire exerce aujourd'hui une mauvaise influence sur l'exigence de légalité probatoire. L'obtention et/ou la production illégale d'un élément probatoire est déclarée recevable dès lors qu'il a pu être soumis à un débat contradictoire. La matière pénale est une parfaite illustration de cette dérive procédurale. Dans ce domaine, les personnes publiques, gendarmes,

agents et officiers de police, doivent en principe obtenir des preuves, sauf exceptions légales, de manière loyale et licite. Cependant, si les preuves obtenues au moyen d'une provocation à l'infraction sont clairement jugées irrecevables<sup>108</sup>, le seul caractère clandestin lors de l'obtention, notamment les preuves obtenues par une simple provocation<sup>109</sup>, n'est pas un obstacle à leur recevabilité<sup>110</sup> dès lors qu'un débat contradictoire est garanti et que ces éléments sont corroborés par d'autres éléments de preuve<sup>111</sup>. Or, ce qui constituait une singularité des personnes publiques en matière pénale tend à devenir une règle générale.

### 26. La « fonction validante » des droits de la défense

Cette « fonction validante » est, tout d'abord, fondée sur le respect des droits de la défense. La nécessité pour une partie de se défendre justifie la recevabilité d'éléments de preuve obtenus, *a priori*, de manière illégale ou déloyale. En matière sociale ou fiscale, le justiciable ne peut ainsi être poursuivi pour vol de documents ou recel dès lors que ce procédé est nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense<sup>112</sup>. Si les droits de la défense ne sont pas concernés, l'infraction pénale est de nouveau constituée<sup>113</sup>. Plus subtilement, les droits de la défense constituent un fait justificatif<sup>114</sup> qui évince en droit pénal substantiel toute infraction et rend ainsi la preuve licite et donc recevable<sup>115</sup>.

103. La Cour européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs statué sur le cas d'une expertise médicale en jugeant que, au nom du droit à un procès équitable, la réalisation de l'expertise devait être contradictoire sans pouvoir se contenter d'un débat ultérieur portant sur le rapport d'expertise : CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, Série A, 1997 II, n° 32.

104. C. proc. pén., art. 1 : « La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties » – *Adde*, C. proc. pén., art. 113-3, 114 al. 5, 175 et 197, etc. – Pour une vue d'ensemble, v. C. Ribeyre, *La communication du dossier pénal*, Thèse dactyl., Grenoble II, 2004.

105. CJA, art. R. 611-1 et L. 5 – V. not. A. Plantey et F.-Ch. Bernard, *La preuve devant le juge administratif*, Economica, 2003, p. 92 s.

106. E. Vergès, « Procès civil, procès pénal, différents et pourtant si semblables », *D.* 2007 Chron. 1441.

107. Ainsi d'un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 18 déc. 2001, par lequel il a été jugé que le demandeur qui détenait certains éléments de preuve était « tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire » : Soc. 18 déc. 2001, n° 99-43.538, *Bull. civ. V*, n° 389.

108. Crim. 7 févr. 2007, n° 06-87.753, *Bull. crim.*, n° 37 – Crim. 11 mai 2006, n° 05-84.837, *Bull. crim.*, n° 132.

109. Crim. 16 janv. 2008, n° 07-87.633, *Bull. crim.*, n° 14 – Crim. 8 juin 2005, n° 05-82.012, *Bull. crim.*, n° 173 : les policiers ou les gendarmes ne provoquent pas l'infraction, ils utilisent un stratagème pour constater cette infraction.

110. Crim. 13 oct. 2004, n° 00-86726, 00-86727, 01-83943, 01-83944, 01-83945, 03-81763, *Bull. crim.*, n° 243 : « Attendu que, pour rejeter la demande de retrait de la procédure de la cassette contenant l'enregistrement, effectué par Bertrand D... à l'insu de Bernard X..., d'une conversation échangée avec ce dernier, l'arrêt attaqué relève que cette cassette, ayant fait l'objet d'une expertise qui a authentifié les propos tenus, a été soumise à la libre discussion des parties ; Attendu qu'en cet état, et dès lors que cet enregistrement ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges, la cour d'appel a justifié sa décision au regard des dispositions légales et conventionnelles invoquées ».

111. Sur ce « principe de corroboration », J. Pradel, « Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Litec, 1992, p. 459 s.

112. En matière sociale : Soc. 2 déc. 1998, n° 96-44.258, *Bull. civ. V*, n° 535 ; *Juris-Data* n° 1998-004637 ; *JCP* 1999. II. 10166, note S. Bouretz – En matière fiscale : Com. 16 juin 1998, n° 96-30.135, *Bull. civ. IV*, n° 202 – *Adde* Chr. De la Martinière, *La preuve en droit fiscal*, LexisNexis-Litec, 2009, n° 18 s., p. 11 s.

113. Crim. 21 juin 2011, n° 10-87671, *Bull. crim.*, n° 149 ; *JCP E* 2012. 1116, n° 6, note G. Royer : l'arrêt exige que le document obtenu de manière illégale par un salarié soit produit dans un procès prud'homal et qu'il soit destiné à assurer sa défense – *Rappr.* Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 09-42959, *JCP S* 2011. 1445, n° 40, note St. Brissy.

114. D'autres analyses ont été proposées : état de nécessité, permission de la loi, cause d'irresponsabilité pénale *sui generis*...

115. V. Crim. 11 mai 2004, 1<sup>er</sup> arrêt n° 03-86670, NP ; 2<sup>e</sup> arrêt n° 03-85.521 *Bull. crim.*, n° 117 ; D. 2004. 2326, note Gaba ; *JCP* 2004. II. 10124, note Girault – Crim. 11 févr. 2003, n° 01-86685 et 01-86696, *Bull. crim.*, n° 29 – Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.237, *Bull. crim.*, n° 132 ; *RSC* 2002. 881, obs. J.-Fr. Renucci : *exceptio veritatis* du journaliste « excusant » le recel de secret de l'instruction ; sur cette analyse, Ph. Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, étude 8, spéc. n° 7.



## 27. La « fonction validante » du principe de l'égalité des armes

Le principe de l'égalité des armes peut, également, remplir une telle fonction au détriment du filtre de la loyauté et de la légalité. Par un arrêt rendu par la Chambre commerciale du 15 mai 2007<sup>116</sup>, en s'appuyant sur l'article 6 § 1 Convention EDH, les juges ont admis qu'un fils pouvait produire en justice les ordonnances médicales de son père malade afin d'établir que son père n'était pas en état de s'engager juridiquement. Cependant, à trop vouloir étendre le champ d'application de ce « droit à la preuve », au fondement du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense, ce sont tous les autres droits fondamentaux substantiels qui sont sacrifiés sur l'autel de la vérité.

## 28. La « fonction validante » du principe du contradictoire

Le principe du contradictoire semble aujourd'hui remplir la « fonction validante » la plus importante. L'idée est simple : il faut ouvrir le prétoire à un maximum d'éléments de preuve, principe d'ouverture, susceptibles d'être appréciés par le juge et lui permettant d'avoir une idée qui soit la plus proche possible de la « vraie vérité » ; juge éclairé par le respect d'un débat contradictoire.

Les exemples confirmant cette tendance sont légion. Telle est la situation, dans le procès pénal, des personnes privées (partie civile, mise en examen, témoin, tiers) dont les preuves obtenues de manière illicite ou déloyale sont recevables dès lors qu'elles sont soumises à un débat contradictoire<sup>117</sup>. La même tendance peut être observée en matière civile. Lorsqu'une expertise amiable n'a pas été établie de manière contradictoire mais unilatéralement, cette expertise est tout même un élément du « dossier probatoire »<sup>118</sup>, parmi d'autres, à la double condition de faire l'objet

d'un débat contradictoire et que cet élément soit corroboré par d'autres éléments<sup>119</sup>. Un raisonnement identique a été retenu à propos d'une expertise judiciaire irrégulière<sup>120</sup>. En revanche, le juge, de nouveau, ne peut s'appuyer exclusivement sur cet élément pour rendre sa décision<sup>121</sup>. Cette « fonction validante » du débat contradictoire est fort critiquable. On ne peut discuter des preuves en aval qu'à la condition d'avoir respecté le principe de loyauté en amont<sup>122</sup>.

## 29. L'équation probatoire au résultat déséquilibré

L'équation probatoire fondée sur un « droit à la vérité » se compose des éléments suivants : recevabilité de tous les procédés de preuve constituant des « indices », « adminicules » ou « commencements de preuve » au nom d'un principe d'ouverture. À ce premier principe s'ajoute un « principe de corroboration »<sup>123</sup>, selon lequel cet « indice », « adminicule », « commencement de preuve », doit être sinon corroboré par d'autres éléments, du moins ne doit pas être contredit par d'autres éléments. Enfin, cette confrontation doit se faire dans le respect d'un débat contradictoire. Seule cette procédure contradictoire permettrait d'atteindre la vérité dans des domaines où celle-ci est parfois difficile à établir.

Cette nouvelle équation ne permet cependant pas de maintenir un équilibre entre « droit à la vérité » et respect des droits fondamentaux. Sous couvert d'une procéduralisation des droits fondamentaux, c'est le « droit à la preuve » qui vient le plus souvent primer sur les droits substantiels. Gageons que le juge saura à l'avenir se rappeler qu'il ne peut y avoir, en aval, de débat équitable si les preuves ont, en amont, été obtenues de manière illégale.

116. Com. 15 mai 2007, n° 06-10.606, *Bull. civ. IV*, n° 130 ; *Juris-Data* n° 2007-038955 ; *JCP* 2007. IV. 2253.

117. *Crim.* 6 avr. 1993, n° 93-80.184, *JCP* 1993. II. 22144, note M.-L. Rassat – *Crim.* 6 avr. 1994, n° 93-82717, *Bull. crim.* n° 136 – *Crim.* 30 mars 1999, *D.* 2000. Jur. 391, note T. Garé – *Crim.*, 31 janv. 2007, n° 06-82.383, *Bull. crim.*, n° 27 ; *D.* 2007. 1821, obs. S. Ménotti – *Crim.* 31 janv. 2012, n° 11-85.464, *Bull. crim.*, n° 27 – *Adde* *Crim.*, 7 mars 2012, n° 11-88.118, *Bull. crim.*, n° 64.

118. E. Vergès, *Pour une théorie...*, *op. cit.*

119. *Cass.*, ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 et n° 11-18.710, *Bull. ch. mixte*, n° 1 et 2 ; *JCP* 2012. 1200, n° 46, note S. Amrani-Mekki.

120. *Cass.*, ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; *JCP* 2012. 1200, n° 46, note S. Amrani-Mekki : « Mais attendu, d'une part, que les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure ; Qu'ayant constaté que la société ne réclamait pas l'annulation du rapport d'expertise dont le contenu clair et précis avait été débattu contradictoirement devant elle, la cour d'appel, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve soumis à son examen, a pu tenir compte des appréciations de l'expert pour fixer l'indemnisation de M. X... ».

121. *Cass.*, ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, *Bull. ch. mixte*, n° 1, préc.

122. En ce sens, Ph. Conte, *La loyauté de la preuve...*, *op. cit.*, spéc. n° 5 : « avant d'envisager les vertus de la contradiction, encore faut-il commencer à s'interroger sur la recevabilité : la première présuppose la seconde, elle ne saurait y suppléer. Or l'unique problème de la preuve illicite ou déloyale est bien celui de sa recevabilité ».

123. J. Pradel, *Vers des principes...*, *op. cit.*

# Petit sept du Grand A : droit du procès

## La fondamentalisation du droit du procès

**Soraya Amrani Mekki**

Agrégée des facultés de droit

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre la défense

Membre de la commission nationale consultative des droits de l'homme

1. Quoi de plus fondamental que le Droit du procès ? Il constitue la garantie d'un État de droit<sup>1</sup>. L'accès effectif au juge est en effet une condition de l'accès effectif au Droit. La fondamentalité des droits du procès est ainsi évidente et affirmée par de nombreux textes internes et internationaux<sup>2</sup> ainsi que par la jurisprudence des plus hautes juridictions<sup>3</sup>. Cependant, il y a de la proclamation des droits fondamentaux du procès à leur application effective un chemin qui passe sinon par leur atténuation, du moins par leur nécessaire modulation.

2. En procédure, l'assimilation est souvent faite entre les droits fondamentaux et les garanties du procès équitable<sup>4</sup> qui consacrent un véritable droit substantiel à des garanties processuelles, ce qui est contestable. Le procès équitable occulte les devoirs fondamentaux du procès : devoir de réserve pour le juge, devoir de coopération pour

les parties par exemple<sup>5</sup>. On se gardera aussi de les assimiler aux principes directeurs du procès qui sont pour une partie des principes dit « techniques »<sup>6</sup> selon la qualification du Doyen Carbonnier en ce qu'ils ne visent pas à l'équité du procès mais à la conception de celui-ci, notamment de l'office du juge et des parties. La fondamentalité des droits du procès est indépendante de sa reconnaissance textuelle. Les droits fondamentaux constituent des « catégories hors normes »<sup>7</sup> reconnues au regard de valeurs jugées essentielles. Ces valeurs sont universelles, ce qui justifie que les droits fondamentaux constituent un « fonds commun universel... les procédures, toutes les procédures, des plus prestigieuses aux plus obscures, sont en fusion, en ce sens qu'elles obéissent de plus en plus à des principes, à des standards qui les transcendent [...] (et) qui marque le retour à un *jus commune*. »<sup>8</sup>

1. S. Guinchard et alii, *Droit commun processuel, droits fondamentaux du procès*, 7<sup>e</sup> éd., « précis », Dalloz, 2011, spéc. n° 6, p. 9 – E. Jeuland, *Droit processuel général*, 2<sup>e</sup> éd., « Domat droit privé », Montchrestien-Lextenso éditions, 2012, spéc. n° 156, p. 173 : « Les principes fondamentaux de la procédure garantissent par conséquent l'état de droit. »

2. Constit., 4 oct. 1958, art. 6 – Conv. EDH, art. 6 – Charte de l'Union européenne des Droits fondamentaux, art. 47 – PIDCP, art. 14 – DUDH, art. 10.

3. Reconnaisant le droit fondamental au juge par exemple, CEDH 21 févr. 1975, *Golder c/ R.U.*, Série A, n° 18 – CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84, Rec. CJCE, p. 1651 – Cons. const. 9 avr. 1996, n° 96.373 DC, *Statut de la Polynésie française*, Rec. Cons. const., p. 43 – Cass., ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, Bull. ass. plén., n° 4 ; D. 1995. 513, concl. Jéol, note R. Drago ; CE 22 avr. 2005, *Magerand*, req. n° 257406, *Lebon* ; JCP 2005. II. 10107, note Lemaire.

4. S. Guinchard et alii, *Droit commun processuel, droits fondamentaux du procès*, 7<sup>e</sup> éd., « précis », Dalloz, 2011.

5. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., « Thémis Droit », Puf, 2013, spéc. n° 148, p. 543 s. – L. Cadiet, *La légalité procédurale en matière civile*, BICC 15 mars 2006. 3, n° 636.

6. J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 1, « quadriges manuels », Puf, 2004, nos 188 et 189, p. 362-365.

7. E. Picard, *AJDA* 1998.

8. S. Guinchard et alii, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 7<sup>e</sup> éd., « précis », Dalloz, 2011, spéc. n° 9, p. 53.

**3.** La fondamentalisation du droit du procès, qualifiée d'humanisme processuel doit cependant se confronter à une réalité politique procédurale commandée par des considérations d'économie de la justice. Le mouvement de fondamentalisation des droits du procès auquel on a assisté ces dernières décennies va en effet de pair avec le mouvement de managérialisation de la justice. En effet, sous l'influence de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), l'école de la nouvelle gestion publique (*new public management*) s'est imposée en France comme partout en Europe. L'administration de la justice est considérée comme une administration comme une autre qui doit rendre des comptes<sup>9</sup>. Avec des budgets contraints, elle doit faire des choix. La garantie pleine et entière de tous les droits requière plus de personnel judiciaire, plus de budget à l'aide juridictionnelle, ce qui est intenable financièrement. La fondamentalisation du droit du procès doit donc se faire en cohérence avec sa managérialisation qui constitue, pour reprendre un vocabulaire européen, un but légitime poursuivi par la justice<sup>10</sup>. La question est alors de savoir si les choix opérés par le législateur et par le juge sont proportionnés au but poursuivi. La fondamentalité des droits du procès empêche évidemment qu'on en fasse l'économie directe. Cependant, elle doit s'accommoder de contraintes budgétaires. Si l'effectivité des droits fondamentaux du procès doit être garantie, leur application suppose néanmoins une certaine flexibilité. Un équilibre doit être trouvé entre Droits du marché et Droits de l'Homme<sup>11</sup> : efficacité *versus* équité<sup>12</sup>.

**4.** L'équilibre intelligent entre respect des droits fondamentaux et prise en compte des contingences économiques est délicat. Pour l'envisager, il convient de distinguer deux types de droits

fondamentaux. Le premier concerne principalement l'organisation et l'administration de la justice. On parle de principes institutionnels. L'État doit garantir un droit d'accès effectif au juge qui est le droit fondamental par excellence duquel découlent tous les autres. Il est englobant dans la mesure où il résume à lui seul tous les autres droits fondamentaux. À travers le droit d'être entendu reconnu constitutionnellement en Allemagne, ce sont tous les droits du procès qui sont ainsi proclamés. Ce droit est en principe et par son essence même absolu même si ses variations peuvent souffrir atténuation. Il se distingue, en France, d'un second type de droits plus liés à la procédure juridictionnelle suivie. On parle à cet égard de droit au juge dans la durée pour souligner que le droit au juge n'est pas respecté que par son seul accès<sup>13</sup>. Comme l'affirme, par exemple, l'arrêt *Kutic*<sup>14</sup>, il comprend « non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une « solution » juridictionnelle du litige ». Il convient que tout le procès se tienne conformément aux droits fondamentaux pour que l'accès n'ait pas été que formel. C'est ainsi que le droit fondamental au procès (I), en premier lieu, est intrinsèquement lié au respect des droits fondamentaux du procès, en second lieu (II).

## I. Le droit fondamental au procès

**5.** Le droit fondamental au procès, droit au juge ou droit au recours selon les appellations, est le droit fondamental par excellence, condition de l'effectivité de tous les autres fondamentaux. Reconnu par tous les textes et par les plus hautes juridictions<sup>15</sup>, en dehors même du procès équitable<sup>16</sup>, le droit d'accès à une juridiction doit être effectif (A). La Cour européenne des Droits de

9. Elle est tenue par des objectifs d'efficacité et d'efficacité renforcés par la révision générale des politiques publiques (RGPP). L'évaluation des politiques publiques est devenue une exigence inscrite dans la Constitution.

10. E. Jeuland, *Droit processuel général*, 2<sup>e</sup> éd., « Domat droit privé », Montchrestien-Lextenso éditions, 2012, spéc. n° 162, p. 179 : « il existe une ambiguïté entre les deux tendances apparemment contraires de la justice : la tendance à la managérialisation et celle de sa fondamentalisation, c'est-à-dire la tendance au développement des principes fondamentaux. »

11. M. Delmas Marty.

12. L. Cadiet, « Efficacité versus équité ? », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, p. 25-46.

13. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd. « Thémis Droit », Puf, 2013.

14. CEDH 1<sup>er</sup> mars 2002, *Kutic c/ Croatie*, § 25, Rec. CEDH 2002-II.

15. CEDH 21 févr. 1975, *Golder c/ R.U.*, Série A, n° 18, § 36 – CEDH 27 févr. 1980, *Deweere c/ Belgique*, Série A, n° 35 – Pour une étude d'ensemble, P. Lambert, « Le droit d'accès à un tribunal dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, actes du colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000, Bruylant, 2001, p. 57 s. – CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, aff. 222-84, Rec. CJCE 1986, p. 1651 – Cons. const. 9 avr. 1996, n° 96.373 DC, *Statut de la Polynésie française*, Rec. Cons. const. 1996, p. 43 – Cass., ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull. ass. plén.*, n° 4 ; D. 1995. 513, concl. Jéol, note R. Drago – CE 22 avr. 2005, *Magerand*, req. n° 257406, *Lebon* ; JCP G 2005. II. 10107, note Lemaire.

16. CE 22 avr. 2005, *Magerand*, req. n° 257406, *Lebon* : ce droit au sujet est « rappelé par les stipulations des articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne ». L'usage du terme « rappelé » souligne que le droit au recours préexiste à sa reconnaissance comme garantie du procès équitable.

l'Homme (Cour EDH) l'a parfaitement relevé dans son arrêt *Airey c/ Irlande* de 1979, il convient de « protéger non pas de droits théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »<sup>17</sup>. L'effectivité passe par l'instauration d'organes de contrôle et par une analyse *in globo* et *in concreto* des procédures menées. Les condamnations par la Cour EDH, parfois qualifiée abusivement de quatrième degré de juridiction, amènent ainsi parfois la France à adapter ses procédures et à modifier ses pratiques. Pour autant, le droit au juge n'est pas d'un bloc. Ses manifestations variées amènent à en admettre une certaine flexibilité au regard des circonstances (B).

### A. Effectivité du droit au procès

**6.** La fondamentale du droit du procès est évidente mais ne peut se contenter d'une pétition de principe. Son effectivité suppose non seulement un accès au juge (1) mais aussi un accès à un bon juge, c'est-à-dire à un juge indépendant et impartial, faute de quoi il n'y aurait que simulacre de justice (2).

#### 1. Droit au juge

**7.** L'accès effectif au juge signifie qu'il ne faut pas qu'il y ait de barrières, d'entraves à l'accès du justiciable à la justice. Ce droit est à l'évidence absolu. Il n'est pas possible d'y renoncer ni d'y porter des atteintes substantielles. En revanche, il est permis de l'aménager dans la mesure où cet aménagement n'entraînerait pas une entrave à l'accès effectif au juge. Sont ainsi admises des clauses de conciliation préalable qui imposent de tenter une conciliation avant de saisir le juge. Malgré ce caractère absolu reconnu et protégé, les conditions de son effectivité posent des difficultés concrètes majeures que l'État tente de surmonter.

**8.** La première barrière est assurément financière car si la justice est gratuite, elle a néanmoins un coût lorsqu'il faut s'acquitter de taxes ou rémunérer un avocat. S'agissant des taxes, les récents

allers et retours du législateur français en matière de contribution à l'accès au droit sont révélateurs du nécessaire équilibre entre respect des droits fondamentaux et prise en compte de l'économie du procès. C'est en effet en 2011 que le législateur a créé une taxe de 35 euros à acquitter pour toute procédure judiciaire afin de financer le budget de l'aide juridictionnelle<sup>18</sup>. Les plus hautes juridictions, considérant que le but poursuivi était légitime et proportionné – certains justiciables bénéficiaires de l'aide juridictionnelle ou certaines procédures en étant exclus – en ont validé le principe<sup>19</sup>. Malgré tout, une telle taxe était symboliquement contraire à l'idée de gratuité d'accès à la justice et, alors que budgétairement il aurait fallu en augmenter le montant, la garde des sceaux l'a supprimée au 1<sup>er</sup> janvier 2014, ce qui témoigne d'un équilibre subtil à opérer<sup>20</sup>.

S'agissant des frais d'avocats, il faut noter que les procédures orales peuvent se tenir sans leur présence. Cependant, les avocats sont fréquents dans les procédures orales et leur présence bienvenue pour assurer l'effectivité de l'accès au juge. La présence d'avocat est en soi une garantie. Dans sa jurisprudence *Airey c/ Irlande*, la Cour EDH a bien montré que même si la représentation par avocat n'est pas obligatoire, il faut vérifier si sa présence est nécessaire à un accès effectif au juge, ce qui suppose de mettre en place un système d'aide juridictionnelle. Or, c'est précisément là que le bât blesse car le budget n'est pas extensible. Les projets de réforme se ramassent à la pelle et le dernier en date de M. Le Bouillonnet devrait proposer de nouvelles sources de financements.

**9.** L'effectivité du droit d'accès dépend en outre de la simplicité de la procédure. Le Conseil constitutionnel français évoque l'accessibilité et l'intelligibilité des droits. Les débats mouvementés sur l'introduction d'une action de groupe en droit français par la loi du 17 mars 2014 ont précisé en lieu et propos de cette effectivité du droit

17. CEDH 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, 626, série A. En l'espèce, une femme reprochait l'absence d'aide juridictionnelle lui permettant d'être représentée à une action en divorce. Le gouvernement irlandais lui répondait que la représentation par avocat n'étant pas obligatoire, elle avait accès au juge. La Cour européenne des Droits de l'Homme, faisant une appréciation *in concreto* de la situation, a relevé que la procédure était complexe et que statistiquement, il fallait être assisté par avocat pour aboutir à un divorce. Elle a donc condamné l'État irlandais pour ne pas avoir mis en place un système d'aide juridictionnelle car l'effectivité du droit au juge était atteinte – Paradoxalement, cette effectivité peut se retourner contre le justiciable s'il se plaint de la non application d'une règle qui n'aurait de toute façon pas eu d'effet, CEDH 15 juin 2004, *Stepinska c/ France*, JCP 2004. I. 161, n° 6, P. Sudre.

18. L. n° 2011-900, 29 juill. 2011 de finances rectificative pour 2011, JO 30 juill. instaurant un article 1635 bis Q CGI.

19. Cons. const. 13 avr. 2012, n° 2012-231/234, *Rec. Cons. const.* 193, JCP 2012. 508 : « le législateur a, d'une part, poursuivi des buts d'intérêt général ; et qu'en égard à leur montant et aux conditions dans lesquelles ils sont dus, la contribution pour l'aide juridique et le droit de 150 euros dû par les parties en instance d'appel n'ont pas porté une atteinte disproportionnée au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction ou aux droits de la défense, et a, d'autre part, fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels. »

20. L. n° 2013-1278, 29 déc. 2013 de finances pour 2014, JO 30 déc.

d'accès. Est en cause alors la modicité des intérêts en jeu. La passivité rationnelle selon les économistes ou mollesse procédurale selon le doyen Carbonnier, justifie qu'un justiciable n'agisse pas pour réclamer une créance modique. L'opérateur économique réalise alors un profit illicite par l'addition des sommes dues non réclamées. L'action de groupe participe ainsi d'une meilleure effectivité, non seulement de l'accès au juge mais partant de l'accès aux droits substantiellement reconnus. La procédure d'action de groupe est alors une grande avancée pour l'effectivité des droits ce qui rend importants les débats sur ses modalités : *opt in*, *opt out*, qualité des associations pour agir...

Les choses ne sont pas figées et la lutte pour l'effectivité de l'accès au juge est permanente en procédure. Elle concerne non seulement l'accès à la juridiction mais aussi les qualités attachées à celle-ci.

## 2. Droit au bon juge

**10.** L'accès au juge ne serait que formel si le justiciable ne pouvait pas compter sur un juge indépendant et impartial, qualifié par certains auteurs de « bon juge »<sup>21</sup>. On constate ainsi à quel point les droits fondamentaux sont imbriqués et interdépendants. L'indépendance, tout d'abord, s'entend de l'absence de lien avec les autres pouvoirs exécutif ou législatif ce qui pose moins de difficultés au civil qu'au pénal. En effet, il n'y a pas de politique criminelle à mettre en œuvre. Les garanties institutionnelles d'indépendance et d'inamovibilité des magistrats du siège ainsi que la constitution du Conseil supérieur de la magistrature sont ici essentielles. Des avancées pourraient encore avoir lieu concernant les magistrats du parquet et là encore, les projets se succèdent pour décider de laisser le pouvoir de nomination et de sanction au seul Conseil supérieur de la magistrature et de calquer le statut du parquet sur celui de la magistrature du siège.

**11.** L'impartialité pose plus de difficultés que les débats sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, qui devraient donner lieu à une réforme avant la fin de l'année,

alimentent<sup>22</sup>. L'impartialité du juge signifie qu'il ne doit pas avoir de préjugés sur une affaire personnellement (impartialité subjective) ou au regard de fonctions précédemment exercées (impartialité objective). La partialité subjective est assez rare mais l'on trouve en jurisprudence des exemples cocasses de juges considérant qu'une partie a un quotient intellectuel aussi étendu que la surface de sa caravane<sup>23</sup> ou que l'attitude d'un employeur relève du servage<sup>24</sup>. D'abord, il convient de préciser que le respect de cette garantie essentielle se vérifie *in concreto* et *in globo*<sup>25</sup>. Aussi, le seul fait d'avoir déjà connu de l'affaire ne suffit pas à écarter un juge. En effet, il n'y a pas assez de personnel judiciaire et la reprise du dossier nécessiterait un délai contraire à la durée raisonnable du procès, autre garantie fondamentale.

**12.** Ensuite, il faut préciser que l'impartialité n'a pas seulement à être respectée, il faut qu'on voie qu'elle l'a été. *Justice must not only be done, it must seem to be done*. C'est pourquoi il faut aussi donner une apparence d'impartialité. La Cour EDH a ainsi condamné la France pour non-respect des garanties fondamentales parce que l'avocat général à la Cour de cassation pouvait assister au délibéré<sup>26</sup>. Certes il ne votait pas mais le fait qu'il assiste au délibéré pouvait laisser penser qu'il influence la décision. Au concret, la procédure a été modifiée et il ne peut plus désormais y assister. Cette réforme a été largement contestée car sa présence permettait de mieux comprendre les décisions et d'envisager un éventuel revirement de jurisprudence<sup>27</sup>. Pourtant, le droit fondamental a ici prévalu sur l'efficacité des fonctions d'avocat général.

S'agissant des juridictions spécialisées au contraire, la France peine à mettre son droit en conformité et témoigne ainsi des équilibres délicats. Ainsi en est-il du conseil des prud'hommes qui a en charge les contentieux individuels liés au contrat de travail. Il s'agit d'une juridiction paritaire composée de deux conseillers salariés et deux employeurs élus sur une liste syndicale. Le fait qu'ils le soient sur la même liste syndicale

21. S. Guinchard et alii, *Droit commun processuel, droits fondamentaux du procès*, 7<sup>e</sup> éd., « précis », Dalloz, 2011.

22. S. Amrani Mekki et L. Raschel, *La justice sous tous ses rapports*, Cycle de conférences, *Gaz. Pal.* 14 mars et mai 2014.

23. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 sept. 2006.

24. Soc. 23 oct. 2013, *Procédures* 2014, n° 13, Bugada.

25. CEDH, Piersak.

26. CEDH, 31 mars 1998, *Slimane Kaid et Reihhardt c/ France*, *Rec. CEDH* 1998 II ; *RTD civ.* 1999. 511, Marguénaud – CEDH 25 janv. 2000, *Slimane Kaid c/ France*, *Procédures* 2000. 186, Fricéro.

27. V. not. les critiques de l'avocat général J.-L. Nadal – aussi la résistance du Conseil d'État qui a attendu plus d'une décennie avant de se conformer à cette jurisprudence soulignant la distinction entre assister et participer au délibéré.

qu'une partie peut assurément être considérée comme une partialité au moins apparente. Pourtant, la Cour de cassation l'a admis au prétexte que la parité serait un rempart contre la partialité<sup>28</sup>. Le fait qu'intrinsèquement les conseillers prud'hommes soient amenés à une partialité la neutraliserait *ipso facto*. Pourtant on ne peut qu'être étonné de publicité de syndicats d'ouvriers indiquant combien d'euros ils ont fait obtenir aux salariés. Étrange solution techniquement discutable mais qui se fonde sur des considérations politiques. Le Conseil des prud'hommes est la juridiction du travail à laquelle les syndicats sont attachés. La Cour EDH n'a pour l'heure pas trouvé à y redire. De même pour le tribunal de commerce composé de commerçants élus par leurs pairs. Le Conseil constitutionnel comme la Cour de cassation considère qu'il existe des garanties qui empêchent de juger la juridiction partielle : récusation, dépaysement de l'affaire, voie de recours<sup>29</sup>. Là encore des intérêts politiques et économiques sont en jeu. Les juges consulaires sont en effet bénévoles et en ces périodes de disette budgétaires, indispensables<sup>30</sup>.

L'effectivité du droit au juge est une recherche constante évidemment éminemment liée à de considérations budgétaires. Elle révèle ainsi nettement que même le droit au procès n'est pas absolu mais supporte quelques accommodements.

## B. Flexibilité du droit au procès

**13.** La flexibilité du droit au juge est *a priori* étonnante car il n'est pas possible d'interdire l'accès

au juge, d'y renoncer. Cependant, reconnaître le droit au juge ne signifie pas que l'on peut en user sans limite. L'économie du procès justifie que si le droit au recours est absolu, le droit à une voie de recours ne l'est pas (1) et le droit à un second procès l'est encore moins (2).

### 1. Droit à une voie de recours

**14.** Le droit à une voie de recours n'est pas un droit absolu mais relatif<sup>31</sup>. L'existence du taux de ressort suffit à s'en convaincre puisqu'il faut que le litige porte sur un montant supérieur à 4 000 euros pour que l'appel soit ouvert. La Cour EDH précise que « l'article 6 § 1 [de la Convention EDH] concerne d'abord les juridictions de première instance et ne requiert pas l'existence de juridictions supérieures »<sup>32</sup>. Il n'y a qu'en matière pénale qu'un droit au double degré de juridiction est reconnu, encore qu'un recours en droit soit suffisant<sup>33</sup>. Le double degré de juridiction n'a ainsi pas, en lui-même, de valeur constitutionnelle<sup>34</sup>. Le Conseil constitutionnel a simplement précisé que, comme garantie fondamentale, son aménagement relève de la loi<sup>35</sup>. Le double degré de juridiction dépendrait même des « nécessités de l'heure, c'est-à-dire les contraintes budgétaires et la volonté d'aller au plus vite vers une solution définitive des litiges »<sup>36</sup>. L'absence de voie de recours satisfait l'exigence d'efficacité des décisions et assure leur autorité<sup>37</sup>. L'existence préalable du respect du droit au juge en première instance justifie des restrictions à l'accès aux juridictions de recours<sup>38</sup>. Le droit à une voie de recours ne serait ainsi qu'une « version édulcorée »<sup>39</sup> du droit au juge.

- 
28. Soc. 19 déc. 2003, n° 02-41.429, *Bull.* V, n° 321; *JCP* 2004. I. 133, n° 18, obs. Cadiet; *JCP* 2004. I. 177, n° 1, obs. Pétel-Teyssié; *D.* 2004. 1688, note Keller; *Civ.* 2<sup>e</sup>, 20 oct. 2005, *Bull.* *civ.* II, n° 271; *JCP* 2006. I. 133, n° 2, obs. Clay; *Rev. huiss.* 2006. 40, obs. Fricéro – Sur ces décisions, conf. M. Keller et T. Grumbach, « La prétendue partialité du Conseil de prud'hommes ou qui veut faire l'ange fait la bête », *D.* 2003. 979 – P. Morvan, « "Partisane" mais paritaire donc impartiale : la juridiction prud'homale », *JCP* 2004. I. 88 – M. Pécher, « L'impartialité de la juridiction prud'homale », *Dr. ouvrier* 2006. 5.
29. Cons. const. 4 mai 2012, v. C. Bléry et L. Raschel, « Tribunaux de commerce, le changement, c'est pas maintenant », *JCP* 2012. 595.
30. On se souvient en effet que s'agissant de la Cour nationale de l'incapacité, le législateur avait reconsidéré la formation de la juridiction suite à une condamnation sans détour de la Cour de cassation, *Cass.*, ass. plén.
31. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd. « Thémis Droit », Puf, 2013, spéc. n° 201 s. – V. cep. Conseil de l'Europe, *Rec. n° R (95) 5* du Comité des ministres aux États membres sur l'instauration de systèmes et procédures de recours en matière civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement, 7 févr. 1995 : « Toute décision rendue par un tribunal inférieur devrait être soumise au contrôle d'un tribunal supérieur. »
32. CEDH 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, req. n° 9186/80, § 32, disponible sur le site internet de la Cour : [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) – V. D. Mardon, *Les voies de recours dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, th. Grenoble, 2013.
33. Conv. EDH, protocole additionnel n° 7, art. 2 – PIDCP, art. 14 § 5.
34. Cons. const. 12 févr. 2004, n° 2004-491, *Rev. Cons. const.* p. 60 § 4; *D.* 2005 somm. 1125, Ogier-Bernaud et Serverino – V. M. Deguerque, « Le double degré de juridiction », *AJDA* 2006. 1308; N. Molfessis, « La protection constitutionnelle du double degré de juridiction », *Justices* 1996. 4, p. 17.
35. Cons. const. 14 mai 1980, n° 80-113 L, *Rec. Cons. const.*, p. 61; Cons. const. 10 mai 1988, n° 88-157 L, *Rec. Cons. const.*, p. 56.
36. L. Cadiet et S. Guinchard, « Le double degré de juridiction », *Justices*, n° 4, 1996. 1 s. – Le Conseil d'État, quant à lui, considère que le second degré de juridiction n'est pas un principe général de procédure, CE 17 déc. 2003, *Meyret et alii*, *AJDA* 2004. 712, Markus.
37. C. Lefort, *Théorie générale de la voie d'appel*, th. Angers, 2000, spéc. n° 251, p. 227 – Pour une mise en évidence en droit anglais : A. Zuckerman, *Civil Procedure*, Lexis Nexis, 2003, n° 23.1, p. 621.
38. CEDH 19 déc. 1997, *Bruallia Gomez de la Torre c/ Espagne*, *Rec. CEDH*, 1997-VIII, vol. 61, p. 2945.
39. S. Amrani Mekki, « Présentation générale, la voie d'appel », in L. Cadiet et D. Loriferne (dir.), *La Réforme de la procédure d'appel*, IRJS, 2011, p. 17 s., spéc. n° 8.



**15.** Il n'existe pas de droit à une voie de recours mais, dès lors qu'elle est ouverte, elle doit satisfaire aux exigences du procès équitable<sup>40</sup>. Cependant, ces exigences sont elles-mêmes moins absolues dans la mesure où il y a déjà eu un recours exercé. Toute restriction à une voie de recours doit ainsi poursuivre un motif légitime et être proportionnée au but recherché. C'est pourquoi sont jugés conformes au procès équitable le formalisme imposé sur recours<sup>41</sup>, le filtre de l'aide juridictionnelle en cassation<sup>42</sup>, les procédures de sélection des pourvois<sup>43</sup>, ou les déchéances du droit au recours<sup>44</sup>.

**16.** Le contrôle de la Cour EDH va parfois très loin. Ainsi, concernant la radiation pour défaut d'exécution devant la Cour de cassation, si elle en a validé le principe<sup>45</sup>, elle vérifie que son application n'entraîne pas, au cas par cas, une atteinte disproportionnée au droit au juge<sup>46</sup>. Elle a ainsi pu exiger que la décision de radiation demeure justifiée pendant toute sa durée pour éviter que la péremption joue alors que la partie était désormais dans l'impossibilité d'exécuter la décision<sup>47</sup>.

**17.** Enfin, le droit à une voie de recours doit s'apprécier au regard du droit à l'exécution des décisions de justice. C'est ainsi que si l'effectivité du droit à une voie de recours suggère un effet suspensif de l'appel, le droit à l'exécution, autre garantie fondamentale, s'y oppose. Là comme ailleurs, une balance est nécessaire dans une

approche globale du procès. Il est symptomatique à cet égard que les règles transnationales de procédure civile n'aient pas réussi à trancher la question de l'effet suspensif de l'appel<sup>48</sup>.

Ce qui est vrai du droit à une voie de recours l'est aussi du droit d'accès une seconde fois au procès.

## 2. Droit à un second procès

**18.** Le droit au juge est souvent invoqué par les partisans d'une conception restrictive de l'autorité de la chose jugée. Ainsi, saisir le juge une nouvelle fois de nouvelles demandes ou de nouveaux moyens serait une manifestation du droit au juge. Or, cette possibilité s'oppose à une autre garantie qui est celle de la sécurité juridique, qui suppose de mettre un point final à une procédure. En outre, il y a incontestablement des raisons d'économie judiciaire car il ne faut pas encombrer la justice d'affaires déjà tranchées. L'équilibre est délicat et le droit français a montré une évolution importante par sa jurisprudence désormais célèbre dans l'affaire *Césaréo*. Depuis cet arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006, il n'est plus possible de saisir à nouveau un juge en changeant uniquement ses fondements juridiques. Autrement dit, tous les moyens doivent être concentrés dans un seul procès. Le droit au juge a donc des limites dès lors qu'il a pu préalablement s'exprimer.

**19.** Pourtant, les critiques ont été acerbes, de nombreux auteurs fustigeant une atteinte au

- 
40. V. par ex. CEDH 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, Série A, n° 11, § 25 – CEDH 23 oct. 1996, *Société Levages Prestations Services c/ France*, Rec. CEDH 1996-IV, p. 1544, § 44; D. 1999, 209, Fricéro; JCP 1997. I. 4000, n° 23, Sudre; *Justices* 1997. 197, Cohen-Jonathan – CEDH 19 déc. 1997, *Brualla Gomez de la Torre c/ Espagne*, Rec. 1997-VIII; D. 1998. 210, Fricéro – CEDH 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, JCP 2001. I. 291, Sudre; RTD civ. 2001. 442, Marguénaud; RTDH 2002. 169, Flauss – CEDH 14 nov. 2000, *Annoni di Gussola c/ France*, Rec. CEDH 2000, XI, § 54; D. 2001. 1061, Fricéro; Rev. huiss. 2001. 169, Hugon; Procédures 2001, n° 41, Croze – CEDH 11 janv. 2001, *Platakou c/ Grèce*, JCP G 2001. I. 342, n° 10, Sudre.
41. Pour le formalisme d'appel, v. C. proc. civ., art. 96 et Civ. 2<sup>e</sup>, 14 oct. 2004, *Bull. civ. II*, n° 459 – Pour le formalisme en cassation, v. C. proc. civ., art. 979 et CEDH 23 oct. 1996, *Société Levages Prestations Services c/ France*, Rec. CEDH 1996-IV, p. 1544, § 44.
42. Dès lors que la procédure « offre des garanties substantielles préservant le justiciable de l'arbitraire », ce qui est le cas du système français – En ce sens, CEDH 19 sept. 2000, *Gnahoré c/ France*, D. 2001. 725, Rollin; D. 2001. 1963, Fricéro; RDP 2001. 682, Gouttenoire (procédure sans représentation) et CEDH 26 févr. 2002, *Del Sol c/ France*, RDP 2003. 699, Gouttenoire; Gaz. Pal. 2002. 1397, Puéchavy; JCP 2002. I. 1157, n° 9, Sudre (procédure avec représentation obligatoire, rejet pour défaut de moyen sérieux) – V. aussi, Dir. 2003/8 CE, du Conseil, 27 janv. 2003 destinée à promouvoir dans les litiges transfrontaliers l'octroi de l'aide juridictionnelle, art. 6.
43. CEDH 15 juin 2004, *Stepinska c/ France*, n° 1814/02, JCP 2004. I. 161, n° 6, Sudre; CEDH 9 nov. 1999, *Société Immeuble Groupe Kosser*, req. n° 38749/97.
44. Cependant, lorsque c'est en raison d'une défaillance de l'huissier, la fermeture de la voie de cassation est jugée contraire au procès équitable par la CEDH (CEDH 11 janv. 2001, *Platakou c/ Grèce*, préc., JCP 2001. I. 342, n° 10, Sudre) alors que la Cour de cassation s'y refuse (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2001, *Bull. civ. I*, n° 140).
45. CEDH 15 juin 2004, *Stepinska c/ France*, n° 1814/02, JCP 2004. I. 161, n° 6, Sudre; CEDH 9 nov. 1999, *Société Immeuble Groupe Kosser*, req. n° 38749/97.
46. CEDH 15 juin 2004, *Stepinska c/ France*, n° 1814/02, JCP 2004. I. 161, n° 6, Sudre; CEDH 9 nov. 1999, *Société Immeuble Groupe Kosser*, req. n° 38749/97.
47. CEDH 15 juin 2004, *Stepinska c/ France*, n° 1814/02, JCP 2004. I. 161, n° 6, Sudre; CEDH 9 nov. 1999, *Société Immeuble Groupe Kosser*, req. n° 38749/97.
48. C. Hugon, « Le retrait du rôle du pourvoi en cassation et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », Procédures 2000. 4, chron. 12 – M. Santa Croce, « L'honnête homme et l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile », D. 1997. 239 – V. Tardy, « L'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile », LPA 26 févr. 1997, p. 24.
47. CEDH 14 nov. 2006, *ONG c/ France*, préc., Procédures 2007, n° 63, Fricéro – S. Guinchard, « Petit à petit, l'effectivité du droit au juge s'effrite », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 275 s., spéc. p. 284 s.
48. Le principe n° 27.1 se contente en effet de renvoyer pour cette question au contenu de la loi du for.

droit au juge. En effet, concrètement, la partie n'aura jamais pu être entendue par un juge sur les fondements non soulevés. Sont ainsi revêtus de la chose jugée les moyens non soulevés. Répondant à l'évidence à une volonté de gérer les flux, cette jurisprudence pourrait dangereusement en amener une autre puisque la tentation est grande désormais d'exiger une concentration des demandes et non plus seulement des moyens. Tel n'est pas le cas pour l'heure mais la question se pose de savoir si le droit au juge serait respecté en ce cas. L'équilibre entre droits fondamentaux serait-il assuré en cas de concentration des demandes ? La solution à cette interrogation ne peut se faire sans envisager la possibilité raisonnable qu'ont eu les parties de présenter leurs moyens et demandes au cours de la première procédure et notamment en appel.

Il n'est pas possible de juger du respect de droits fondamentaux sans envisager globalement la procédure et sans entrer dans le détail technique des règles procédurales. Le droit au juge doit s'apprécier théoriquement, techniquement et pratiquement. Aussi, la fondamentalité du droit au juge est-elle liée à la possibilité pour les parties de faire effectivement valoir leurs droits devant le juge. Le droit au procès conduit à s'interroger sur les droits fondamentaux du procès.

## II. Les droits fondamentaux du procès

**20.** Le respect du droit fondamental au procès est étroitement lié au respect des garanties fondamentales pendant le cours du procès. On dit ainsi des garanties qu'elles « s'épaulent mutuellement »<sup>49</sup>. Elles sont le plus souvent ramassées sous l'appellation de droits de la défense. Parmi

ceux-ci, le principe du contradictoire est sans doute le plus essentiel. On le qualifie même d'âme du procès. Il est une « condition nécessaire, quoique non suffisante, de toute activité proprement juridictionnelle<sup>50</sup> ». Ainsi, une procédure peut-elle être accusatoire ou bien inquisitoire, mais elle sera cependant toujours contradictoire<sup>51</sup>(A). Aux côtés de la contradiction, d'autres droits fondamentaux complètent la catégorie des droits de la défense même s'ils sont d'intensité variable. Il est remarquable d'ailleurs qu'on parle plus volontiers alors de garanties que de droits, soulignant qu'il s'agit de protéger les justiciables (B).

### A. Le droit fondamental au contradictoire

**21.** Le contradictoire est lié au droit d'être entendu et au droit au juge mais a un sens également plus technique. Il est à la fois un principe d'éthique et un principe d'équité. Principe fondamental de procédure (1), le principe du contradictoire n'en subit pas moins quelques aménagements que la nécessité commande mais qui doivent être limités et encadrés (2).

#### 1. Fondamentalité du contradictoire

**22.** Le principe du contradictoire est un principe intrinsèquement fondamental, de droit naturel<sup>52</sup>. Il est de la nature des choses que le procès soit contradictoire<sup>53</sup>. Il en est ainsi depuis le procès d'Adam, sommé par Dieu de s'expliquer<sup>54</sup>. Cette fondamentalité a donné lieu à une succession de consécutions textuelles<sup>55</sup> qui, loin de l'affermir, conduisent à une certaine confusion, voire à des conflits de légalité procédurale<sup>56</sup>. Ainsi, les hésitations demeurent quant à sa valeur constitutionnelle. En effet, si le Conseil constitutionnel a

49. L. Cadiet, « La légalité procédurale, en matière civile », *BICC* 15 mars 2006, n° 636, spéc. n° 21 : « Impartialité et contradiction s'épaulent mutuellement. L'une est la condition de l'autre et toutes les deux sont la condition d'une procédure équitable susceptible de conduire à un juste jugement, en y ajoutant l'égalité des armes qui ferme le triangle. »

50. E. Jouannet, « Remarques conclusives », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, « Contentieux international », Pedone, 2004, spéc. p. 195.

51. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> éd., « Domat droit public », Montchrestien-Lextenso éditions, 2008, spéc. n° 960, p. 838.

52. Cass. 7 mai 1828, S. 1828. 1. 93 : la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre.

53. H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, t. II, Sirey, 1961, p. 175 – D. 1962. chron. 91, spéc. nos 10 et 12, note 27 – V. égal. Civ. 7 mai 1828, S. 1828. 1. 329 – CE 31 janv. 1992, *Boyer*, Rec. 61.

54. *Genèse*, chapitre III. *En matière civile*, le principe du contradictoire a toujours existé ; à Athènes (N. Lorieux, préc., p. 27), à Rome où la *contradictio* du défendeur s'opposait à la *narratio* du demandeur (M. Quenet, préc., p. 44 – J.-M. Carbasse, préc., p. 31), dans les procédures médiévales et l'Ancien droit où il a reçu consécration dans l'ordonnance de 1667 (v. not. art. XXVIII du titre XI de l'ordonnance et pour un commentaire, D. Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris, chez Debure, 1757, p. IX). Il est repris dans le code de 1806 et se trouve au cœur du code de procédure civile actuel.

55. C. proc. civ., art. 14 à 17 ; CJA, art. L. 5 ; C. proc. pén., art. préliminaire, art. 427 al. 2 (tribunal correctionnel) et, sur renvoi, tribunal de police (C. proc. pén., art. 536) et cour d'appel (C. proc. pén., art. 512).

56. L. Cadiet, « La légalité procédurale en matière civile », *BICC* 15 mars 2006. 3, spéc. n° 26 s.



admis la valeur constitutionnelle des droits de la défense, tel n'est pas directement le cas du contradictoire<sup>57</sup>. La valeur constitutionnelle de la contradiction semble devoir passer par les droits de la défense ou par l'égalité devant la justice. De même en est-il de sa qualification comme droit de l'Homme. À la différence du caractère équitable de la procédure, qui inclut l'égalité des armes, le principe du contradictoire n'est pas expressément mentionné par l'article 6 § 1 conv. EDH. Il reste « nécessairement limité et toujours englobé (ou englué ?) dans bien d'autres concepts plus ou moins proches – autrement dit, plus ou moins éloignés – tel que le droit d'être entendu équitablement ou [...] l'égalité des armes entre les parties<sup>58</sup>. »

Le principe du contradictoire est également reconnu par la jurisprudence comme principe fondamental du droit de l'Union européenne<sup>59</sup>, principe général du droit<sup>60</sup> et, selon la Cour de cassation, principe constitutionnel à valeur fondamentale<sup>61</sup>. On le voit, il n'est pas de doute sur la fondamentalité du principe du contradictoire.

**23.** Le contradictoire, c'est le droit de savoir et de discuter. Il suppose donc, au minimum, que les parties soient entendues ou appelées et qu'elles puissent avoir communication des éléments du procès afin de pouvoir en débattre utilement. Il implique en outre d'autres exigences, propres à en assurer l'effectivité telle que l'égalité des armes dans la contradiction ou la présence d'interprètes pour en assurer la qualité<sup>62</sup>. « Nul ne saurait ignorer que, si le principe du contradictoire ne doit pas se réduire à une règle purement formelle, mais doit se concrétiser dans l'égalité réelle des parties à l'instance, il faut assurer à toutes les parties, aux pauvres comme aux riches,

aux illettrés comme aux hommes cultivés les mêmes chances<sup>63</sup>. » Autrement dit, le contradictoire est une protection, non une obligation. Pas plus qu'elles n'ont l'obligation de plaider, les parties ne sont pas contraintes *manu militari* de se présenter en justice. Il est primordial que le procès puisse avoir lieu malgré l'absence d'une partie pour assurer au demandeur le droit au juge. Il suffit que la partie adverse ait été en mesure d'être entendue. Il suppose, à tout le moins, que le justiciable ait été informé de la date de l'audience ou de la séance au cours de laquelle son affaire sera examinée. Pour le demandeur, ce droit participe du droit au juge et il est symptomatique que l'article 6 § 1 de la convention EDH dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] ». Pour le défendeur, il participe des droits de la défense car sa comparution lui permettra de contredire l'adversaire. Le droit d'être entendu ou du moins appelé pourrait ainsi, dans une conception large, comprendre toutes les autres garanties procédurales.

**24.** Le principe du contradictoire implique aussi que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance et de discuter de toute pièce présentée au juge<sup>64</sup>. Le principe du contradictoire doit être respecté par les parties qui doivent donc obtenir communication des pièces et conclusions de leur adversaire. Pour contredire, il faut en effet être informé. Afin que le contradictoire ne soit pas superficiel, il faut non seulement que les parties aient communication des éléments du procès mais, en outre, qu'elles disposent du temps nécessaire à leur étude pour pouvoir contredire utilement. Cette dimension temporelle fait partie du noyau dur du principe de la contradiction. C'est la raison pour laquelle le

57. En faveur de la valeur constitutionnelle du contradictoire : B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel – Principes directeurs*, Sth, 1988, n° 428, p. 263 ; note sous Cons. const. 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, *RFDA* 1990. 157 – Contre cette valeur constitutionnelle, O. Schrameck, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *l'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 632 s. ; O. Gohin, *op. cit.*, p. 50.

58. O. Gohin, « La contradiction hors de l'influence de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2001. 1, spéc. note 58. 59. C.JCE 3 mars 1993, *JCP E* 1994. I. 338, n° 4, obs. Gavalda et Parléani.

60. CE 12 mai 1961, *Société La Huta*, *Rec.* 313 (principe général) – CE 12 janv. 1976, *Gate*, *Rec.* 39 (principe général du droit) – CE 12 oct. 1979 – V. égal. Crim. 21 déc. 1987, *Bull. crim.*, n° 475 – Pour une reconnaissance en matière de contributions indirectes, Com. 8 déc. 2009, *Procédures* 2010, n° 63, obs. Ayrault.

61. Cass., ass. plén., 30 juin 1995, *Bull. ass. plén.*, n° 3. Or, cette dernière qualification laisse perplexe. Y aurait-il des droits constitutionnels qui ne soient pas fondamentaux ? Est-ce qu'un droit est fondamental parce qu'il est constitutionnel ou, bien plutôt, constitutionnel parce qu'il est fondamental ? – Sur cette question, G. Vedel, « Propos d'ouverture », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La constitutionnalité des branches du droit*, Economica, 1998, spéc. p. 16 – B. Beignier, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 153 s. – L. Cadet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, p. 71 s., spéc. n° 39.

62. P. Nicolopoulos, La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire.

63. G. Tarzia, « Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne », *RIDC* 1981. 789, vol. 33, spéc. n° 7, p. 800.

64. V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009, *D.* 2009. 1864, note Norguin, à propos d'un tribunal ayant institué une mesure de curatelle renforcée sans que l'intéressé ait été avisé de la possibilité de consulter le dossier.

code de procédure civile dispose en son article 15 que la communication doit être faite en « temps utile »<sup>65</sup>. Le contradictoire s'impose aussi au juge qui doit non seulement le faire respecter mais aussi le respecter lui-même lorsqu'il décide de soulever d'office un moyen de droit. Cette extension au juge n'a pas été évidente et il a fallu un arrêt du Conseil d'état de 1979 pour l'admettre<sup>66</sup>. Le juge est soumis lui aussi au contradictoire. Pour autant, Le non-respect de la contradiction ne constitue pas en soi en jurisprudence un excès de pouvoir et sa seule sanction par une nullité pour vice de forme est en net décalage avec la fondamentalité qui lui est reconnue. Le contradictoire est un principe qui peut être aménagé par la loi, ce qui rappelle la souplesse des droits fondamentaux du procès.

## 2. Aménagements du contradictoire

**25.** Pour fondamental qu'il soit, le principe du contradictoire n'est pas sans limite. Il doit composer avec d'autres garanties du procès équitable et s'accommoder de la nécessaire efficacité des procédures. Il n'est pas une « limite infranchissable à tout effort de simplification des règles et d'abandon du formalisme judiciaire »<sup>67</sup>. Le contradictoire peut être susceptible d'un « *inégal accomplissement*<sup>68</sup> ». Il est ainsi différé, en premier lieu, lorsque la nécessité le commande ou la loi l'ordonne, ce qui suppose de prévoir les moyens de le rétablir *a posteriori* (C. proc., civ., art. 17). Tel est notamment le cas lorsque l'efficacité de la mesure suppose que la partie adverse n'en soit pas informée, comme dans la procédure sur requête, ou lorsque le procès est conduit à se dérouler malgré le défaut de comparution du défendeur. Le fait de n'avoir pas été entendu laisse cependant planer une suspicion sur la procédure menée et suppose donc nécessairement l'ouverture de voies de recours de nature à assurer la contradiction *a posteriori*. Il en est ainsi pour les procédures par défaut qui ouvrent la voie d'opposition.

**26.** Le différé du contradictoire est également, en second lieu, une mesure d'économie des procédures dont atteste l'essor des contentieux dits inversés, qui reposent sur une présomption de bien fondé de la demande<sup>69</sup>. En matière d'injonction de payer, la première phase de la procédure, aboutissant à une injonction de payer si la créance paraît fondée en son principe, n'est pas contradictoire. La contradiction ne se fera qu'en cas d'opposition de la part du défendeur. Le contradictoire est en effet dévoreur d'un temps dont il faut faire l'économie pour assurer l'efficacité de l'exécution des créances. Cette technique du contentieux inversé produit un rendement qui séduit beaucoup<sup>70</sup>. Mais sans juge ni contradictoire, cette procédure ne serait qu'une apparence de procédure juridictionnelle.

**27.** Le contradictoire différé est pourtant de moindre qualité comme en atteste l'exemple du droit de la preuve. La jurisprudence refuse en effet de rejeter *ipso facto* une expertise menée non contradictoirement. Pour garder quelque efficacité à la mesure, elle exige un contradictoire différé et que le juge ne se fonde pas exclusivement sur l'expertise<sup>71</sup>. Cependant, la contradiction sur une expertise déjà réalisée est nécessairement de moindre qualité. Elle est insuffisante à rendre à l'information délivrée la qualité qui lui fait désormais défaut, celle de l'égalité des armes dans la contradiction car une partie n'aura pu influencer l'expert dans l'élaboration de son rapport. Par souci d'économie procédurale, la preuve n'est pas écartée mais disqualifiée en indice et le contrôle s'opère alors sur l'office du juge qui ne devra pas lui accorder plus de valeur et n'en faire qu'un élément parmi d'autres de sa décision. Au lieu de s'interroger sur le respect du contradictoire, la Cour de cassation se contente d'une autre garantie, en l'occurrence la motivation de la décision du juge. La fondamentalité du principe du contradictoire n'est donc pas un rempart contre des aménagements rendus nécessaires par souci d'écono-

65. Cass., ch. mixte, 3 févr. 2006, *Bull. ch. mixte*, n° 2; *JCP* 2006. I. 183, n° 13, obs. Clay; *Gaz. Pal.* 17-18 févr. 2006. 5, concl. Lafortune; *D.* 2006. 1268, note Bolze; *RTD civ.* 2006. 376, obs. Perrot; *Rev. huissiers* 2006. 215, obs. Fricéro.

66. CE 12 oct. 1979, préc.

67. G. Tarzia, *op. cit.*, spéc. n° 7, p. 800.

68. G. Cornu et J. Foyer, n° 101, p. 468.

69. G. de Leval, « Les ressources de l'inversion du contentieux », in M.-T. Caupain et G. de Leval (dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 83 s. – R. Perrot, « L'inversion du contentieux (ou les prouesses de l'ordonnance sur requête) », in *Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 387 s. – V. plus généralement H. Boularbah, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Larcier, 2010 – V. plus spécifiquement, à propos de l'injonction de payer, C. Chainais et G. Tapie, « L'injonction de payer : manquement et remaniements », *D.* 2009. AL 860.

70. L. n° 2011-1862, 13 déc. 2011, *JO* 14 déc., en attribue compétence au juge de proximité.

71. Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, *JCP* 2012. 1200, note S. Amrani Mekki – V. aussi, Crim. 27 sept. 2012, *Procédures* 2011, n° 319, obs. Perrot.

mie de la justice. Le contradictoire est en apparence sauf, car différé dans le temps, mais c'est sa qualité qui fait alors défaut. On ne peut cependant pas raisonnablement s'en plaindre dans la mesure où toute l'économie du système en dépend. Il faut simplement être vigilant<sup>72</sup>.

Les autres garanties fondamentales sont encore plus souples car elles sont intrinsèquement ambivalentes.

## B. Les garanties fondamentales du justiciable

**28.** À côté de la contradiction, d'autres garanties telles que la publicité et la motivation marquent le passage d'un droit procédural technique vers une protection plus générale. Il ne s'agit plus de la relation des parties au procès, mais de celle qu'elles entretiennent avec le système judiciaire dans son ensemble. La particularité de ces autres droits de la défense est la protection contre l'arbitraire du juge. Ces garanties sont essentielles pour que le justiciable puisse entendre la solution, la comprendre et éventuellement la contester. L'autre caractéristique de ces droits de la défense est de dépasser le cadre d'un procès donné pour fournir l'assurance d'une bonne justice dans une société démocratique. En effet, elles permettent d'asseoir l'autorité et la légitimité de la justice. De plus, elles constituent les éléments nécessaires à la construction d'une jurisprudence. Pilier du système juridique et judiciaire, elles sont toutefois des garanties ambivalentes et relatives. La présentation du principe de publicité (1) et de ses limites suffit à s'en convaincre (2) car des propos similaires pourraient être tenus sur la motivation des décisions de justice<sup>73</sup>.

### 1. Le principe de publicité

**29.** En procédure, la publicité « désigne l'ensemble des moyens destinés à permettre d'infor-

mer le public de l'existence, du déroulement, de l'issue d'une instance juridictionnelle<sup>74</sup> ». Elle permet le contrôle de l'activité des juges et fournit, en ce sens, une garantie au justiciable contre leur arbitraire. Plus largement, la publicité est aussi « le caractère de ce qui est public » et renvoie alors à la relation de la justice avec le public. Or, l'opinion publique est importante car elle est un baromètre de la confiance des citoyens en leur justice, qui « manifeste une meilleure conscience du rôle concrètement social et non plus transcendant de la justice<sup>75</sup> ». De publicité comme garantie procédurale du citoyen contre l'arbitraire du juge, on passe alors au sens d'une publicité permettant d'assurer la promotion de la justice.

**30.** Historiquement, la publicité n'a été affirmée comme principe qu'au moment de la Révolution française même si elle a existé dès l'Antiquité où le procès constituait un spectacle<sup>76</sup>. Cette relative jeunesse s'explique par les avantages que peuvent également offrir le secret au justiciable et à la justice mais aussi par l'évolution de la conception de l'office du juge. Alors qu'il faisait acte d'autorité, il doit aujourd'hui convaincre de la justesse de sa décision. La consécration de la publicité comme principe<sup>77</sup> se justifie par ses multiples fonctions car elle ne vise pas qu'à la seule protection du justiciable. « La publicité est réclamée dans l'intérêt général; la confiance que doit avoir tout le monde qu'un accusé ne subira aucune espèce de vexation ou d'oppression, ne repose que sur la publicité de l'information préparatoire<sup>78</sup> ». Elle est un moyen de contrôle des juges opéré par les justiciables, par une juridiction supérieure, par la société *coram populo, in facie societatis* pour fournir une « caution virtuelle d'une bonne administration de la justice<sup>79</sup> ». Au-delà, elle fournit aussi les moyens d'une surveillance par les pouvoirs exécutif et législatif. En

72. Plus largement, le contradictoire est parfois exclu pour des raisons d'efficacité procédurale. Certaines décisions sont, plus étonnement, exclues de la contradiction alors même que les conditions y semblaient réunies. Il en est ainsi, de manière assez symptomatique de la procédure de récusation qui, globalement ne respecte pas les garanties du procès équitable alors qu'elle vise elle-même à garantir l'impartialité qui en est une composante essentielle.

73. Sur celle-ci, v. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *op. cit.*

74. D. d'Ambré, V° Publicité, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, préc.

75. V. not. S. Carlos Versele, P. Goffin, C. Tsamadou, P. Legros et A. Van Haecht, *Justice pénale et opinion publique, (ce qu'on pense de la loi et des juges)*, Centre de sociologie du droit et de la justice, éd. de l'université de Bruxelles, 1973, spéc. p. 7 – P. Robert et C. Faugeron, *La justice et son public, les représentations sociales du système pénal*, « Déviance et société », Masson, 1978, spéc. p. 32 s., sur le mythe de l'opinion publique.

76. J.-M. Aubry, « Le principe de la publicité de la justice et le droit public », in *Travaux du VI<sup>e</sup> Colloque des Instituts judiciaires*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XVI fasc. 1, 1968, spéc. p. 3.

77. DUDH, art. 10 – PIDCP, art. 14 invoqué par le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU : pour un ex., Comité des Droits de l'Homme, constatation, 29 mars 1983, *Miguel Angela Estrella*, aff. n° 74/1980, sélection des décisions, vol. 2, p. 80 – Conv. EDH, art. 6 § – C. proc. civ., art. 22 qui en est un principe directeur du procès civil. Bien qu'érigée en principe, la publicité ne figure pourtant pas dans la constitution du 4 octobre 1958 qui refuse d'y voir « un principe général du droit prescrivant la publicité des débats en toute matière et devant toute juridiction ».

78. C.-J.-A. Mittermaier, *Procédure criminelle en Angleterre, en Écosse et dans l'Amérique du Nord*, Paris, E. Thorin, 1868, spéc. p. 249.

79. H. Solus et R. Perrot, t. III, n° 248.

ce sens, elle répond à la crainte d'un « gouvernement des juges » en permettant d'assurer le respect par le juge de la loi. Elle est une garantie de la démocratie et de l'État de droit. Elle participe, en outre, à la solennité de la justice car elle « souligne la volonté de la société de se rappeler, publiquement et collectivement ces faits. Cette répétition du crime, par le langage et l'émotion, est vécue par ceux qui y assistent comme une authentique commémoration rituelle<sup>80</sup> ».

**31.** La publicité suppose l'accès du public à l'audience. « Peu importe que le public, c'est-à-dire la foule anonyme, le *vulgum pecus*, ait ou non pénétré; il suffit qu'il ait la faculté de venir...<sup>81</sup> » Il est symptomatique à cet égard qu'un référé d'heure à heure puisse se tenir au domicile du juge, mais « portes ouvertes » pour permettre au public d'y accéder (C. proc. civ., art. 485, al. 2). Cependant, l'observation de la pratique révèle une présence réduite du public. « Les prétoires civils ne font pas recette – on y trouve surtout des avocats qui attendent leur tour<sup>82</sup> ». Ce public est alors plus efficacement touché par la présence des médias à l'audience, qui deviennent ainsi une condition de l'effectivité de la publicité<sup>83</sup>. La publicité semble également pouvoir être assurée autrement que par l'audience publique. Il est ainsi admis par la Cour européenne des droits de l'homme et par les juridictions internes que la publicité est respectée lorsque le jugement est mis à disposition au greffe (C. proc. civ., art. 450). La possibilité pour le public de prendre connaissance de la décision suffit à respecter la publicité<sup>84</sup>. Cette solution est motivée par des contingences procédurales liées à l'engorgement des juridictions. La balance se fait ici en faveur de l'efficacité de la justice, même si le public n'est pas le même. Une telle accommodation révèle bien le caractère relatif de la garantie offerte.

## 2. La relativité du principe

**32.** L'importance d'un principe est appréciée à la lumière de sa sanction. Or, la sanction du non-respect de la publicité est, à l'instar du contradictoire, toute relative puisqu'il s'agit d'une nullité pour vice de forme dont le régime est si rigoureux que la sanction a peine à être appliquée<sup>85</sup>. Cette inefficacité de la sanction pourrait se comprendre par l'évolution de la publicité. Là où elle permettait effectivement au citoyen de contrôler la justice rendue aux yeux de tous, la société actuelle en fait une formalité parfois pesante pour l'organisation judiciaire et qui se justifie peu par la réalité du contrôle. La garantie n'est que formelle et est sanctionnée comme telle.

**33.** Ce caractère relatif laisse une place au secret<sup>86</sup>. Il souffre, en effet, de nombreux tempéraments tenant soit aux spécificités de l'affaire, soit aux nécessités de la procédure. Le principe de publicité souffre de limites prévues par les textes mêmes qui le consacrent. Il en est ainsi des textes internationaux qui permettent l'exclusion de la publicité pour des raisons impérieuses. Ainsi de l'article 6 § 1 de la convention EDH qui exclut la publicité en tout ou partie « dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.<sup>87</sup> » En ce qui concerne la protection de la vie privée, par exemple, le huis clos est évidemment justifié par la volonté d'éviter le voyeurisme. Il manifeste « un certain humanisme juridique qui tend à sauvegarder la dignité de la personne humaine mise en danger par la civilisation actuelle<sup>88</sup> ». La publicité doit céder la

80. A. Garapon, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1994, spéc. p. 64.

81. C. de Moulins, *De la publicité et de la contradiction dans la procédure pénale*, préc., spéc. p. 288.

82. R. Martin, *V° Principes directeurs du procès*, *Rép. proc. civ.* 2000, spéc. n° 247.

83. Voir *supra* n° 34.

84. CEDH 8 déc. 1983, *Pretto c/ Italie*, Série A, n° 71; Berger n° 86, p. 254 – Mais il faut que l'accès libre de chacun à la décision soit organisé : CEDH 24 nov. 1997, *Szucs et Werner c/ Autriche*, JCP 1998. I. 107, n° 35, obs. Sudre – Soc. 24 janv. 2007, *Bull. civ. V*, n° 11 – Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2006, *Bull. civ. I*, n° 542 – CE 12 oct. 2009, préc.

85. En effet, la nullité ne peut être soulevée d'office par le juge et est même couverte si elle n'a pas été soulevée avant la clôture des débats (C. proc. civ., art. 446). Elle peut encore faire l'objet d'une régularisation immédiate (C. proc. civ., art. 437).

86. M. Couetoux, F. Di Ruzza, J. Dumoulin J. Gleizal, *La justice face aux fonctions sociales du secret*, Étude socio-économique et juridique, IREP, La Documentation française, 1981.

87. Conv. EDH, art. 6 § 2 – Régl. de procédure devant la CEDH, art. 33-1 et 33-2 – C. proc. civ., art. 453 – C. civ., art. 248 – C. com., art. L. 621-1 – Le principe de publicité dépend également du degré de juridiction concerné. Il est suffisant de le satisfaire devant les juridictions inférieures. Lorsqu'il s'agit d'un degré de juridiction qui ne statue qu'en droit, la publicité n'est pas jugée nécessaire. Est ainsi à l'œuvre une sorte de modulation du principe de publicité, qu'autorise la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. S. Guinchard et *alii*, *op. cit.*, n° 418, p. 970.

88. D. Talon, *V° Personnalité [droits de la]*, *Rép. civ.*, 1996, spéc. n° 1.

place à d'autres impératifs jugés supérieurs, mais qui sont éminemment liés à la question litigieuse.

Il est patent que l'intérêt de la justice justifie la mise à l'écart d'un tel principe. Concrètement, il s'agit de permettre l'absence de débats publics lorsqu'il n'y a pas de plus-value attendue. C'est ainsi que, pour la Cour EDH, la publicité est inutile si le contentieux est d'une telle technicité que la publicité n'apporterait rien au procès<sup>89</sup>. Le lien avec le caractère écrit de la procédure est ici ténu. En réalité, c'est la nécessité d'un débat oral plus que d'une publicité qui est alors remise en cause. C'est d'ailleurs le même argument qui justifie en France la possibilité de renoncer conventionnellement aux plaidoiries (C. proc. civ., art. 779, al 3). La tenue d'une audience publique est alors perçue comme une perte de temps inutile. La publicité sera néanmoins respectée si le débat véhicule un intérêt public, ce qui souligne la pesée des intérêts et le fait que la publicité ne sert pas que les parties au procès<sup>90</sup>.

**34.** Cependant, la publicité demeure une garantie de principe et les altérations qu'elle supporte ne sont pas largement ouvertes. Elle doit composer avec le secret qui constitue aussi paradoxalement une garantie. Le secret du délibéré est ainsi un moyen de garantir l'indépendance des juges. Parce qu'il évite de connaître les hésitations des juges, il permet de mieux asseoir l'autorité de leur décision en n'altérant pas sa légitimité<sup>91</sup>. Il constitue ainsi un principe général du droit<sup>92</sup>, que l'on a faussement tenté de sacraliser<sup>93</sup>. Il n'est pourtant pas exempt de critiques. Plus fondamentalement, la publicité d'opinions dissidentes est riche d'enseignements<sup>94</sup>. Elle permet d'annoncer une possible évolution de la jurisprudence en assurant la prévision des revirements de jurisprudence<sup>95</sup>. L'explication du chemine-

ment du raisonnement des juges permettrait, en outre, une meilleure acceptation de la décision. À dire vrai, les arguments pour et contre le secret du délibéré sont assez équilibrés. Au demeurant, la position de principe de la France est loin d'être universelle et le droit, qui est en chantier permanent, soit objet de compromis évolutifs.

**35.** Compromis ne veut pas dire compromission. Les compromis réalisés en droit du procès doivent être compris à la lumière d'une perception globale du système judiciaire. Les droits fondamentaux sont légion mais d'inégale importance. Certains constituent des droits subjectifs du justiciables, d'autres des garanties contre le système judiciaire. Certains sont absolus mais susceptibles d'aménagement, d'autres sont relatifs. Quoi qu'il en soit, tous fixent un cadre et un cap duquel il ne faut pas dévier. Les organismes de contrôle ont fort à faire car la généralité des droits fondamentaux du procès suppose nécessairement d'envisager leur traduction technique et leur mise en œuvre pratique. Les condamnations éventuelles, les déclarations d'inconstitutionnalité sont autant de remise en question qui laissent cependant une large marge de manœuvre dans les moyens d'y remédier car « on ne peut pas facilement déduire une solution à partir de tels principes, ils sont trop généraux. La méthode n'est pas syllogistique, elle laisse place à une grande marge d'appréciation du juge. Il existe aussi une marge nationale d'appréciation laissée par la conv. EDH aux États membres, lorsqu'il ne se dégage pas de consensus en Europe en raison de la variabilité des lois dans l'espace et le temps<sup>96</sup> ». Les critères de contrôle faisant appel à la légitimité du but poursuivi et à la proportionnalité des moyens en attestent. Humanisme universel et autonomie processuelle vont donc de pair<sup>97</sup>.

89. CEDH 31 janv. 1995, *Schuler-Zraggen c/ Suisse*, Série A, n° 263; *Berger* n° 76, p. 224 – Limité ensuite aux juridictions sur recours, CEDH 23 févr. 1994, *Fredin c/ Suède*, Série A, 283-A.

90. CEDH 21 sept. 1993, *Zumtobel c/ Autriche*, Série A n° 268-A; *Gaz. Pal.* 1984. 2. 456, note Clément.

91. CE 17 nov. 1922, *Legillon*, *Rec.* 849 – Affirmé par l'article 208 de la Constitution du 5 fructidor an III, il est toujours applicable puisqu'aucun texte postérieur ne l'a contredit depuis.

92. CE 17 nov. 1922, *Rec.* 849 – C. proc. civ., art. 448 – V. J. Bourdoiseau, « Le secret de la délibération », *Procédures* 2011, Dossier art. 6 – J.-P. Costa, « Le secret du délibéré », *JCP* 2012. 41, suppl. au n° 47 – Sur la notion de délibération, v. N. Cayrol, *Procédures* 2011, Dossier art. 1.

93. Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, art. 6 : Le magistrat prête serment de « garder religieusement le secret des délibérations » – V. J. Cabannes, *Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature*, 2003, disponible sur le site [www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000695/index.shtml](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000695/index.shtml); ce rapport préconise de modifier ainsi le serment : « Je jure au service de la loi de remplir mes fonctions avec impartialité et diligence, en toute loyauté, intégrité et dignité, dans le respect du secret professionnel et du devoir de réserve ».

94. Par ex. W. Mastor, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *D.* 2010. 714.

95. J.-P. Ancel, « Une opinion dissidente », in *La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 1 s. – C. Mouly, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA* 18 mars 1994, n° 33.

96. E. Jeuland, *Droit processuel général*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien-Lextenso éditions, 2012, spéc. n° 158, p. 174 – M. Delmas Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit, réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000.753.

97. C. Brenner, « Humanisme universel et autonomie processuelle », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010.

# Petit huit du Grand A :

---

## droit de la consommation

### Le droit de la consommation et la fondamentalisation du droit

Thomas Piazzon

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Dans une perspective historique sommaire, la « fondamentalisation » du droit peut être décrite comme l'irruption des droits et libertés fondamentaux au cœur de notre système juridique depuis plus d'une trentaine d'années. Si ce néologisme disgracieux est devenu à ce point familier aux juristes, c'est qu'il désigne, indépendamment de tout jugement de valeur sur les effets et l'opportunité de ce phénomène, une évolution profonde et désormais bien ancrée de notre droit : nul champ d'investigation, nulle matière n'échappe au processus de fondamentalisation, comme l'a parfaitement montré la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui fut à la source d'un énorme jaillissement doctrinal, à la mesure de son succès procédural : QPC et droit du travail, QPC et droit pénal, QPC et droit des baux, QPC et droit des affaires, et droit de la famille, et droit de la nationalité, et procédure civile, droit rural, droit d'auteur, etc. D'un point de vue technique, cet impérialisme des droits de l'homme – comme l'on disait naguère – s'explique aisément : placés au sommet de la hiérarchie des normes et soumis à l'interprétation (parfois débridée...) des oracles judiciaires qui les appliquent, ces droits et autres libertés, presque toujours formulés en termes

lâches, ont naturellement vocation à déployer leurs effets sur l'ensemble de notre système juridique. À l'instar des autres matières, il va de soi que le droit de la consommation mérite d'être étudié sous l'angle de cette fondamentalisation du droit ; il peut, en d'autres termes, être confronté à ce processus de fondamentalisation qui, en cas de succès, peut notamment conduire à la remise en cause de certaines dispositions législatives ou réglementaires (1).

2. Mais au-delà de la description du phénomène et de la mesure de son ampleur, cette entreprise de rapprochement présente-t-elle un intérêt plus spécifique ? Si l'on se place du point de vue des droits fondamentaux eux-mêmes, la réponse, à notre sens, est plutôt négative : par leur nature même, d'autres matières du droit – comme le droit pénal, le droit des personnes ou le droit de la famille – constituent certainement de meilleurs objets d'investigation pour appréhender le phénomène de la fondamentalisation, sa force, sa logique, ses avantages et ses inconvénients. La matière économique (*lato sensu*), sans ignorer ce processus, semble plus éloignée de ses enjeux premiers. Ainsi, source de très vives polémiques en droit de la famille<sup>1</sup>, il ne paraît pas que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

---

1. V. par ex. la récente et violente passe d'armes entre MM. Marguénaud et Chénéde : *RTD civ.* 2014. 307 et *RTD civ.* 2014. 829 – Sur le fond, v. surtout F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 139.



l'homme effraye particulièrement la doctrine en droit des affaires, sauf quelques frayeurs ponctuelles ! En revanche, si l'on se place du côté du droit de la consommation, le succès des droits et libertés fondamentaux constitue un intéressant sujet de réflexion. Cet intérêt tient aux incertitudes qui règnent sur les fondements et les finalités mêmes de cette jeune matière du droit. Ainsi, confronté au phénomène de la fondamentalisation, le droit de la consommation révèle certains de ses ressorts, certaines de ses tensions actuelles.

**3.** Il est en effet devenu banal, aujourd'hui, de décrire le droit de la consommation comme tiraillé entre deux objectifs potentiellement discordants : d'une part un objectif traditionnel (« micro-juridique ») de protection d'une catégorie particulière d'individus (les consommateurs faisant affaire avec des professionnels) et, d'autre part, un objectif (« macro-juridique ») de régulation du marché<sup>2</sup>. Sous l'influence du droit de l'Union européenne, ce « rôle économique »<sup>3</sup> du droit de la consommation paraît de plus en plus prégnant, au détriment de son objectif de protection – qui semble lui-même se reporter sur un droit civil de plus en plus soucieux d'assurer un équilibre entre les contractants<sup>4</sup>. Étant en passe, autrement dit, de triompher du droit commun par contagion, le droit de la consommation poursuivrait un nouveau lièvre (l'égalité dans la compétition économique entre les entreprises sur le sol européen) qui conduirait à l'éloigner de sa finalité protectrice initiale. Une telle évolution est toutefois loin d'être achevée et nombreux sont ceux, juristes ou non, qui militent pour que le droit de la consommation conserve sa raison d'être originelle. Or, c'est précisément à cet égard que le processus de fondamentalisation peut offrir quelques perspectives intéressantes au droit de la consommation, dont on peut dire qu'il partage avec les droits de l'homme un « esprit militant et conquérant »<sup>5</sup>. Les droits des consommateurs pourraient peut-être, dès lors, être confortés par la fondamentalisation du droit (II).

## I. Le droit de la consommation confronté à la fondamentalisation du droit

**4.** Si on le compare à d'autres matières, on constate que le droit de la consommation a globalement échappé aux foudres de la fondamentalisation du droit. Peu nombreuses sont en effet les règles consuméristes ayant fait l'objet – et mieux encore les frais – du contrôle de la constitutionnalité ou de la conventionnalité des lois. De ce point de vue, la QPC est encore une fois révélatrice : depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010, une seule disposition du Code de la consommation a été soumise au contrôle *a posteriori* du Conseil constitutionnel – et elle a été jugée conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution. Il s'agit de l'article L. 121-4 imposant la publication du jugement de condamnation en cas de publicité mensongère, disposition de *droit pénal* de la consommation qui ne porte pas atteinte, selon les sages, au principe d'individualisation des peines<sup>6</sup>. Dans une décision remarquable, le Conseil s'est même fondé sur l'article L. 132-1 du Code de la consommation, et l'interprétation qui en est faite par le juge judiciaire, pour décider que la notion de « déséquilibre significatif », visée par l'article L. 442-6 du Code de commerce, depuis la loi LME du 1<sup>er</sup> août 2008, ne manque ni de clarté ni de précision<sup>7</sup>. La limpidité prétendue du droit de la consommation au secours du droit commercial passé sous les fourches caudines de la fondamentalisation du droit, la chose n'était point évidente !

**5.** S'agissant du contrôle constitutionnel *a priori*, les censures sont également peu nombreuses. Ainsi l'énorme loi Hamon du 17 mars 2014, toute boursouflée de ses 161 articles, a-t-elle passé sans trop d'encombres la barrière constitutionnelle<sup>8</sup>. Promise à la censure par une partie de la doctrine, l'action de groupe instaurée par la loi – il s'agit de sa pièce maîtresse – a tout particulièrement franchi l'obstacle des principes d'im-

2. Sur ce thème, v. not. Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012. 705.

3. S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, 2<sup>e</sup> éd., Economica, 2014, p. 26, n° 33.

4. On en veut pour preuve le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, qui prévoit notamment l'extension au droit commun de la notion de clause abusive – V. plus généralement, V. Legrand et D. Bazin-Beust, « Droit de la consommation / Droit des contrats : le bilan 20 ans après », *LPA* 15 avr. 2015, p. 4.

5. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 2010, avant-propos.

6. Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC, *Société Cdiscount et autre*.

7. Cons. const., 31 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *Établissements Darty et Fils*.

8. Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC, *Loi relative à la consommation*.

partialité et d'égalité des armes fondés sur l'article 16 de la Déclaration de 1789, sans la moindre réserve d'interprétation. Pour de nombreux commentateurs, cela n'allait pourtant pas de soi<sup>9</sup>... Toutes les dispositions de la loi Hamon n'ont cependant pas connu le même bonheur. Ce sont d'abord les sanctions administratives, élément clef mis en œuvre par cette loi pour renforcer l'effectivité du droit de la consommation, qui ont subi quelques revers rue de Montpensier, qu'il s'agisse d'une censure fondée sur une maladresse dans la coordination des textes<sup>10</sup> ou d'une réserve d'interprétation concernant le cumul entre les sanctions administratives et les sanctions pénales<sup>11</sup>. Ensuite et surtout, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi relatives à la création du « registre national des crédits aux particuliers », fichier destiné à prévenir le surendettement, donc à protéger, d'une certaine façon, les consommateurs contre eux-mêmes. Cet élan paternaliste, assez coutumier dans notre matière, a fait les frais de l'impréparation de la loi, particulièrement laconique sur les conditions de consultation de ce fichier par les banques et établissements de crédit. D'où une censure justifiée sur le fondement du droit au respect de la vie privée (principe « découvert » par le Conseil dans l'article 2 de la Déclaration de 1789). Sans condamner en elle-même la création d'un « fichier positif », les sages ont seulement censuré ces dispositions trop permissives au regard de l'importance et du volume des données recensées.

**6.** Si cette dernière censure est assez spectaculaire, elle ne doit cependant pas devenir l'arbre qui cache la forêt : le droit de la consommation demeure assez peu sensible à la constitutionnalisation du droit privé, de sorte que la marge de manœuvre du pouvoir législatif n'est guère entamée par l'exercice de son contrôle par le Conseil constitutionnel – plutôt réputé, au demeurant, pour pratiquer la modération en matière de fon-

damentalisation du droit<sup>12</sup> ! On relèvera aussi que, dans ces divers exemples de contrôle de la constitutionnalité, les problématiques en cause ne sont pas propres au droit de la consommation. Bâti comme chacun sait avec les matériaux les plus divers (droit civil, droit pénal, droit administratif, droit processuel...), cette matière pluridisciplinaire se frotte seulement, dans ces hypothèses, à l'emprise qu'exercent les droits fondamentaux sur ces divers composants, sans que le droit de la consommation soit directement mis en question dans ce qui fait son originalité, à savoir la protection des consommateurs envisagés comme une catégorie particulière de contractants. Pourtant, cet objectif original ne malmène-t-il pas à l'évidence – et par nature – certains droits et libertés fondamentaux, tels que la liberté contractuelle, celle du commerce et de l'industrie, ou encore la force obligatoire des contrats (c'est-à-dire le droit au maintien des conventions légalement conclues, pour employer le vocabulaire du Conseil constitutionnel) ? Las ! Ces principes libéraux n'ont qu'une assez faible portée dans la jurisprudence du Conseil et l'intérêt général tenant à la protection des consommateurs aurait, tout à l'inverse, tôt fait d'en écarter le spectre<sup>13</sup>.

**7.** Peut-on tenir un raisonnement similaire, et effectuer le même constat, au sujet du contrôle de conventionnalité, principalement quand il s'opère sur le fondement de la redoutable Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en France ou à Strasbourg ? Tel semble bien être le cas, même si, là encore, une condamnation plus spectaculaire que la précédente vient *a priori* noircir le ciel consumériste. Il s'agit de la célèbre affaire dite « du tableau d'amortissement » qui valut à la France toute une série de condamnations au cours de l'année 2006. Le fait de rappeler les principales étapes de cette « saga » permet de prendre conscience des affres du

9. V. par exemple N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014. 947.

10. Cons. const., 13 mars 2014, préc., cons. 70 à 75.

11. Cons. const., 13 mars 2014, préc., cons. 77 à 86.

12. V. F. Chénéde, « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* 20 févr. 2013, p. 6.

13. Comme il pourrait permettre d'écarter une atteinte à d'autres droits et libertés constitutionnellement protégés. On pense en particulier, en matière processuelle, à la récente affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle le principe d'impartialité, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, impose que « la faculté pour le juge d'exercer certains pouvoirs d'office dans le cadre de l'instance dont il est saisi » soit notamment justifiée par un motif d'intérêt général (Cons. const. 16 janv. 2015, n° 2014-438 QPC, *SELARL GPF Claeys*). La protection des consommateurs pourrait ainsi justifier que l'article L. 141-4 du Code de la consommation permette au juge de relever d'office toutes les dispositions de ce Code dans les litiges nés de son application. Depuis la loi Hamon, cette faculté s'est muée en obligation en matière de lutte contre les clauses abusives (C. consom., art. L. 141-4, al. 2), ce que la protection des consommateurs peut sans doute justifier encore.



contrôle des lois résultant de la fondamentalisation tous azimuts de notre droit. En matière de crédit immobilier, l'ancien article L. 312-8 du Code de la consommation prévoyait que l'offre de crédit devait notamment comporter, sous peine de déchéance du droit aux intérêts, un échéancier des amortissements, sans préciser s'il fallait décomposer le montant de chaque échéance entre le capital et les intérêts, de sorte que, pendant une quinzaine d'années, de nombreuses banques ne firent pas état de cette répartition dans leurs offres de crédit. Par des arrêts de sa première Chambre civile des 16 mars et 20 juillet 1994<sup>14</sup>, la Cour de cassation interpréta l'article L. 312-8 comme faisant obligation au prêteur de détailler, pour chaque échéance, la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts, et les banques qui n'avaient pas respecté cette exigence (rétroactive) furent déchues de leur droit aux intérêts. Une loi du 12 avril 1996 fit sienne l'interprétation jurisprudentielle de 1994, mais elle valida la pratique antérieure en réputant régulières les offres de crédit émises avant le 31 décembre 1994 qui n'avaient pas respecté l'exigence jurisprudentielle. Le but avoué de cette validation législative était d'éviter une déstabilisation financière des banques. La loi de 1996, qui passa sans dommage le contrôle de constitutionnalité<sup>15</sup> (brevet provisoire de conformité aux droits fondamentaux !), fut aussi contestée sur le fondement du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne. Rejoignant, sur ce nouveau terrain, la position du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation jugea, dans un arrêt du 29 avril 2003, que « répond à d'impérieux motifs d'intérêt général, la législation qui tend à aménager les effets d'une jurisprudence de nature à compromettre la pérennité des activités bancaires dans le domaine du crédit immobilier »<sup>16</sup>. Mais, dans le monde des droits de l'homme, rien n'est jamais perdu – ou acquis – et la persévérance des plaideurs a finalement payé (au sens propre), puisque la Cour européenne a condamné la France dans cinq décisions retentissantes rendues notamment les 14 février et 11 avril 2006<sup>17</sup>. Selon la Cour de Strasbourg, le motif financier

qui avait été mis en avant était insuffisant pour justifier la rétroactivité de cette validation législative qui ne répondait pas à un « impérieux motif d'intérêt général ».

**8.** Cette vieille affaire demeure, dix ans plus tard, édifiante à plus d'un titre : sur les discordances entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité (dont la rengaine bien connue du « dialogue des juges » est impuissante à nous débarrasser), sur le ravalement des pouvoirs de la Cour de cassation, dont les positions sont aujourd'hui soumises à l'offensante censure de la Cour européenne (comme le prouve également, en ce moment, la question de la maternité de substitution – qui relèvera peut-être bientôt, au lugubre nom des droits de l'homme, du droit de la consommation...). S'agissant précisément du droit de la consommation, l'affaire du tableau d'amortissement est également intéressante en ce que la condamnation de la loi de 1996 profite en réalité aux consommateurs. Alors que l'interprétation de l'ancien article L. 312-18 du Code de la consommation n'était pas évidente, la rétroactivité naturellement attachée aux arrêts de 1994 constituait une véritable aubaine pour les emprunteurs, grands bénéficiaires de cette jurisprudence, quand bien même ils auraient eu parfaitement connaissance et pleinement conscience de la portée de leur engagement. En brisant la validation législative qui les privait de cette aubaine automatique, la Cour européenne a offert aux emprunteurs – du moins aux plus procéduriers d'entre eux – une victoire somme toute discutée. Sans verser dans la caricature du « gentil emprunteur contre la méchante banque », il n'en convient pas moins de rappeler qu'à la différence du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, essentiellement abstrait, le contrôle de la conventionnalité des lois, surtout dans sa version strasbourgeoise, est un contrôle concret (donc, au passage, largement imprévisible) qui prend en compte la situation spécifique des parties au litige, leur force et compétences respectives. Dans cette optique, il n'est pas exclu, bien au contraire, que le droit européen des droits de l'homme regarde d'un œil bienveillant le

14. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 100 – Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juill. 1994, *Bull. civ. I*, n° 262.

15. Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-375 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 6 à 11, sur le I de l'article 87 de la loi.

16. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 avr. 2003, *Bull. civ. I*, n° 100, p. 77.

17. CEDH, 14 févr. 2006, *Lecarpentier c/ France*, RDC 2006. 289, obs. Th. Revet – CEDH, 11 avr. 2006, *Cabourdin c/ France*, RDC 2006. 876, obs. A. Debet.

consommateur qui, selon le droit interne lui-même, est présumé de manière irréfragable être en position de faiblesse par rapport au professionnel avec lequel il contracte.

9. Ainsi retrouve-t-on cette communauté d'inspiration, déjà signalée, entre le droit de la consommation et le succès contemporain des droits et libertés fondamentaux, deux matières militantes, conquérantes, sûres de leur supériorité morale à laquelle le système juridique devrait se plier<sup>18</sup>. Ainsi toute loi qui améliore la protection des consommateurs est-elle politiquement présentée comme un bien en soi, comme l'a montré la récente loi Hamon, au-delà même des clivages parlementaires traditionnels. Peut-être est-ce là le point essentiel : si le droit de la consommation n'a pas subi de bouleversement en raison du contrôle juridictionnel fondé sur les droits et libertés fondamentaux, l'« esprit des droits de l'homme » influence le droit de la consommation – à tel point qu'un auteur sérieux, grand connaisseur de la matière, n'hésite pas à envisager l'avènement prochain d'un « droit à la consommation »<sup>19</sup>... Les consommateurs seront-ils les bénéficiaires de cette influence ?

## II. Les droits des consommateurs confortés par la fondamentalisation du droit ?

10. En vérité, le droit de la consommation est né à l'époque même où se développait la fondamentalisation du droit. Cette concomitance temporelle se double d'un rapprochement substantiel : dès son origine, le droit de la consommation emprunte les atours linguistiques spécifiques des

droits fondamentaux. Souvent présenté comme l'acte de naissance du consumérisme, le discours prononcé par le Président J.-F. Kennedy devant le Congrès des États-Unis d'Amérique le 15 mars 1962 (date qui est ensuite devenue la « Journée mondiale des droits des consommateurs » !) témoigne d'emblée de cette approche « fondamentaliste ». Dans ce discours, le Président Kennedy, non seulement utilisait la célèbre formule « les consommateurs, nous tous par définition » (élevée au rang de slogan consumériste)<sup>20</sup>, mais encore énumérait un certain nombre de « droits » devant être reconnus aux consommateurs, droits qui forment, aujourd'hui encore, l'armature générale de cette matière : « Le droit à la sécurité [...]. Le droit d'être informé [...]. Le droit de choisir [en connaissance de cause] [...]. Le droit d'être entendu [...] »<sup>21</sup>. Dans le même esprit, l'acte fondateur du droit européen de la consommation réside dans une résolution du Conseil des ministres de la Communauté économique européenne (CEE) du 14 avril 1975 qui, tout aussi clairement, énonce cinq « droits fondamentaux » du consommateur : le droit à la protection de la santé et de la sécurité, le droit à la protection des intérêts économiques, le droit à la réparation des dommages, le droit à l'information et à l'éducation, le droit à la représentation<sup>22</sup>. Outre la référence limpide aux droits fondamentaux, la formulation même de ces objectifs en termes de « droit à... » renvoie évidemment, sur la forme, à la rhétorique « fondamentaliste ». La protection des consommateurs devrait-elle ainsi être regardée comme participant des droits et libertés fondamentaux ? Autrement dit, la montée en puissance du droit de la consommation, depuis la fin des années 1970, peut-elle

18. Sur ce que « la morale renouvelée des Droits de l'homme a revêtu les signes d'une religion d'État, y compris un certain penchant à l'intolérance » v. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, « Forum », Flammarion, 1996, p. 120. À noter qu'une loi du 31 juillet 2014, à l'origine du nouvel article L. 117-1 du Code de la consommation, témoigne de manière étonnante de cette jonction entre droit de la consommation et droits de l'homme : « Le fabricant, le producteur ou le distributeur d'un bien commercialisé en France transmet au consommateur qui en fait la demande et qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux toute information dont il dispose portant sur un des éléments ci-après : [...] ». Le consommateur, vecteur de protection des droits humains : il fallait y penser !

19. G. Raymond, *Droit de la consommation*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2011, n° 2, p. 2 (nous soulignons), l'auteur estimant en outre que « le droit de la consommation n'est en définitive qu'une variante du droit à la vie, du droit de l'homme à vivre dans la dignité ». Je consomme donc je suis !

20. « Consumers, by definition, include us all », en version originale : Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, March 15, 1962 ; www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108.

21. « (1) *The right to safety – to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life.*

(2) *The right to be informed – to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.*

(3) *The right to choose – to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices.*

(4) *The right to be heard – to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals.* » (réf. préc.).

22. V. G. Raymond, ouvrage préc., n° 14, p. 11.

être rattachée *par elle-même* au processus de fondamentalisation du droit ?

**11.** Sur le fond, à première vue, il manque à ces droits du consommateur un élément juridique essentiel pour prétendre à une véritable « fondamentalité ». Selon une définition communément admise, les droits fondamentaux doivent en effet être « proclamés comme tels par [des] sources juridiques »<sup>23</sup>, c'est-à-dire par des textes qui, pour ne pas rester lettre morte, doivent en principe être placés au sommet de la hiérarchie des normes. Et s'il va de soi qu'un certain nombre de droits fondamentaux ne figure littéralement dans aucun texte supra-législatif, il n'en reste pas moins que ces droits ont été dégagés par le juge qui applique et interprète les textes en question, de telle sorte qu'ils sont censés résulter du texte lui-même. Or, les droits des consommateurs sont longtemps demeurés en dehors des chartes et autres déclarations de droits fondamentaux. On n'en trouve nulle trace, bien sûr, dans la Déclaration de 1789 ou même dans la Convention européenne des droits de l'homme. Ces « droits fondamentaux » du consommateur, tout solennels qu'ils apparaissent, se réduisent alors à du droit mou, du droit qui n'a de consistance réelle, d'effectivité véritable que dans la mesure où les lois et règlements nationaux le mettent en œuvre. Mais ces règles n'ont alors qu'une valeur législative ou réglementaire, ce qui les éloigne encore des droits et libertés fondamentaux *stricto sensu*.

**12.** Les choses semblent toutefois avoir changé depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, premier texte à valeur supra-législative positive qui fasse expressément référence à la protection des consommateurs<sup>24</sup>. L'article 38 de la Charte européenne, intitulé « Protection des consommateurs », est cependant rédigé en termes très généraux : « Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union ». « Inattendue dans un instrument de

protection des droits de l'homme »<sup>25</sup>, cette disposition marque-t-elle le triomphe des droits des consommateurs, dont la protection est proclamée sur l'autel désormais sacré des droits et libertés fondamentaux ? On pourrait le penser instinctivement<sup>26</sup>, mais une analyse précise du texte semble de nature à décevoir les esprits éventuellement optimistes. Toute une série de raisons conduit en effet à relativiser la portée de l'article 38 de la Charte européenne.

**13.** D'abord, et contrairement aux déclarations solennelles précédemment mentionnées, aucun droit fondamental à la protection n'est ici reconnu aux consommateurs *de manière formelle*. Cela participe semble-t-il d'une volonté délibérée de la Charte qui, tant dans son article 51 (« Champ d'application ») que dans son article 52 (« Portée et interprétation des droits et des principes »), pose une importante distinction entre, d'une part, les « droits fondamentaux » proprement dits, qui doivent être « respect[és] » par les institutions européennes et les États membres, et, d'autre part, les « principes » qui doivent (seulement) être « observ[és] » et dont l'application doit (simplement) être « prom[ue] ». Or, même si l'article 38 n'est pas très explicite, sa rédaction laisse entendre qu'il ne proclame qu'un principe, et non un droit fondamental. À cet égard, la protection des consommateurs doit être rapprochée de celle conférée à l'environnement par l'article 37 de la Charte : « Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe de développement durable ». En droit de l'environnement, la doctrine a eu des mots très sévères à l'endroit de ce texte en demi-teinte, « article bâclé [...] qui ne proclame directement aucun droit fondamental », « article décevant voire affligeant », notamment parce qu'il ne relève que des principes qui doivent être observés et promus et non des droits fondamentaux qui

23. Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Puf, 2014, p. 465.

24. Du côté du droit européen des droits de l'homme, la Résolution 543 de l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe (17 mai 1973), qui avait adopté une « Charte de protection du consommateur », n'a pas connu de suites conventionnelles (G. Raymond, ouvrage préc., n° 13, p. 10).

25. F. Picod, « Article II-98 », in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t. 2, Bruylant, 2005, p. 494 s., spéc. n° 1.

26. Ainsi le *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant (préc., p. 465) mentionne-t-il notamment, à la définition des « droits fondamentaux », un « ensemble hétérogène [...] de protections (de la santé, de l'environnement, des consommateurs...) », citant au reste la Charte européenne comme meilleur exemple de la « prolifération » des droits fondamentaux (« près de 50 »).

doivent être respectés<sup>27</sup>. La similitude formelle des articles 37 et 38 – tous deux contenus dans le Titre IV de la Charte intitulé « Solidarité »<sup>28</sup> – invite bien sûr au rapprochement de leur portée. Celle-ci est *a priori* assez faible<sup>29</sup> et les rédacteurs de la Charte l'ont parfaitement assumée. Conscients d'élaborer un instrument de protection des droits fondamentaux qui empiétait largement sur les textes préexistants (en premier lieu sur la Convention européenne des droits de l'homme), les auteurs de la Charte n'ont pas voulu être « en reste » et se sont montrés soucieux d'innover en matière de protection de droits. Ce qui les a immanquablement conduits à ratisser large, plus large que ceux qui étaient passés avant eux<sup>30</sup>. En dépit de notre ton ironique, nous reconnaissons que la manœuvre n'a rien d'illégitime (du moins si l'on croit aux vertus de la fondamentalisation) : en 1950, la Convention européenne ne pouvait se soucier de l'environnement ou de la situation des consommateurs parce qu'il ne s'agissait pas encore de questions de politique juridique prégnantes. Au reste, la jurisprudence de la Cour européenne est loin d'être insensible, aujourd'hui, aux exigences environnementales. Mais tant qu'à innover, peut-être les auteurs de la Charte auraient-ils pu se montrer plus entreprenants. Ainsi, en droit de l'environnement, l'article 37 est-il largement dépassé, dans une logique de fondamentalisation, au regard d'autres textes supra-législatifs et notamment, en France, au regard de la Charte de l'environnement qui fait partie, depuis 2005,

du bloc de constitutionnalité. En droit de la consommation, les choses se présentent il est vrai sous un jour différent, dans la mesure où, pour l'instant, la Charte n'a pas de concurrent. De ce point de vue, les thuriféraires de la fondamentalisation du droit, comme ceux de la protection des consommateurs, pourront soutenir que l'article 38 « a le mérite d'exister », ce qui n'est jamais qu'un petit mérite.

**14.** Il y a, ensuite et cependant, une seconde raison de douter de la portée et de l'efficacité de l'article 38. Pour qui a l'habitude du droit européen de la consommation, la formule utilisée par l'article 38 (« un niveau élevé de protection ») évoque bien entendu l'article 169 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>31</sup> de même que bon nombre de directives qui prétendent ainsi promouvoir la protection des consommateurs. Or, c'est un constat largement effectué en doctrine, et de longue date, que ce « niveau élevé de protection » conduit en réalité, dans certains cas, à une régression de la protection des consommateurs français lorsque les directives prescrivent une harmonisation maximale des règles, c'est-à-dire une uniformisation du droit dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne<sup>32</sup>. En effet, tandis que les directives d'harmonisation minimales laissent aux États la possibilité d'assurer un niveau plus élevé de protection, celles qui procèdent à une harmonisation maximale excluent une telle marge de manœuvre, au nom de la construction

27. M. Prieur, « Article II-97 », in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., p. 483, spéc. n° 1, p. 484, n° 2, p. 485.

28. Lequel réunit douze droits ou principes – sans rapport évident entre eux – dont la protection des consommateurs est le dernier (pour s'en tenir aux intitulés : « droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise », « droit de négociation et d'actions collectives », « droit d'accès aux services de placement », « protection en cas de licenciement injustifié », « conditions de travail justes et équitables », « interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail », « vie familiale et vie professionnelle », « sécurité sociale et aide sociale », « protection de la santé », « accès aux services d'intérêt économique général », « protection de l'environnement », « protection des consommateurs »). On notera que si le concept générique de « solidarité » présente quelque sens pour certains de ces droits ou principes (sécurité sociale par exemple), il en a peu, en revanche, pour d'autres. Ainsi, en quoi la protection des consommateurs relève-t-elle d'une exigence de « solidarité » ? Demande-t-on au commerçant d'être solidaire avec le consommateur ? Ce serait beaucoup exiger ; il est plus réaliste de simplement le contraindre à ne pas être malhonnête !

29. V. en ce sens, F. Picod, « Article II-98 », in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., n° 5, p. 496 : « La protection des consommateurs, aussi fondamentale soit-elle, n'a pas été assimilée à un droit fondamental, c'est-à-dire à un droit de l'homme protégé par les sources du droit les plus élevées dans la hiérarchie des normes ». Pour l'auteur, la « faiblesse de la formulation » fait que l'article 38 doit être interprété comme « une étape importante dans le processus de [...] reconnaissance [de la protection des consommateurs] en tant que droit fondamental » (n° 7, p. 497).

30. V. F. Picod, « Article II-111 », in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., p. 643 s., spéc. n° 24, p. 655.

31. Dont le § 1<sup>er</sup> dispose : « Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts. » Ce rapprochement entre l'article 38 de la Charte et l'article 169 du TFUE (ancien art. 153 traité CE) est d'ailleurs prescrit par l'« explication » qui accompagne le texte de la Charte, « explication » qui, en une courte ligne, présente l'article 38 comme « fondé » sur l'article 169.

32. V. en particulier Y. Lequette, « Du code civil européen à la révision de l'acquis communautaire : quelle légitimité pour l'Europe ? », in D. Mazeaud, R. Schulze et G. Wicker (dir.), *L'amorce d'un droit européen du contrat. La proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, SLC, 2010, p. 185 s.

du marché intérieur. Et tandis qu'au cours des années 1990 l'harmonisation était le plus souvent minimale, les directives les plus récentes empruntent au contraire la voie de l'uniformisation du droit<sup>33</sup>. Il serait bien sûr malhonnête d'en déduire une régression systématique de la protection des consommateurs en France, car certaines directives vont manifestement dans le sens d'une amélioration. En revanche, il faut aussi reconnaître que, dans un certain nombre d'hypothèses remarquables, une véritable régression s'est produite au détriment des consommateurs, notamment parce que la matière harmonisée exclut le recours au droit commun des contrats, alors que celui-ci serait profitable au consommateur. Il n'est donc pas interdit de penser que la formule selon laquelle « un niveau élevé de protection des consommateurs [est garanti par le droit de l'Union européenne] » constitue plus qu'une formule creuse; elle s'assimile parfois à de la fausse-monnaie, constat très inquiétant quand la même rédaction se trouve employée dans un texte qui prétend protéger les droits fondamentaux des consommateurs.

**15.** D'un point de vue juridique, il n'y a donc pas grand-chose à attendre, vraisemblablement, de l'article 38 de la Charte européenne. Celui-ci ne proclame qu'un principe – et non un droit fondamental à proprement parler – qui invite seulement l'Union européenne, dans la mise en œuvre de ses politiques, à assurer un « niveau élevé de protection des consommateurs », formule passe-partout aux effets très douteux voire contre-productifs. À moins que les juges chargés de faire application de la Charte ne transfigurent l'article 38 pour lui conférer la portée d'un véritable droit fondamental qui, à défaut d'être invocable dans les rapports de droits horizontaux (c'est-à-dire, dans notre matière, au sein d'une relation individualisée entre un consommateur et un professionnel), pourrait au moins s'appliquer de manière verticale pour contrôler la légitimité du droit européen dérivé et des textes nationaux de transposition. Tel est peut-être le sens de l'improbable dernière phrase du 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 52 qui, au sujet des « principes » contenus

dans la Charte, déclare que « leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité [des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union et [...] des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union dans l'exercice de leurs compétences respectives] ». Plutôt alambiquée, cette formule offre certainement au juge une marge de manœuvre pour renforcer la portée du principe de protection des consommateurs.

**16.** Quoi qu'il en soit, d'un point de vue cette fois symbolique, l'article 38 de la Charte est intéressant en ce qu'il recentre l'objectif du droit de la consommation sur la protection des consommateurs. Or, on sait que cette matière « se situe désormais au carrefour d'une logique de marché et d'une aspiration croissante à la protection des droits fondamentaux »<sup>34</sup>. L'article 38 peut-il être le poids qui fera pencher la balance européenne du côté de la protection des consommateurs – plutôt que du côté de la construction d'un marché intérieur qui se préoccupe avant tout de la compétition entre les entreprises ? Pourrait-il ainsi être invoqué par les juges français pour s'opposer concrètement à une harmonisation totale du droit de la consommation qui entraînerait une régression de la protection des consommateurs ? En ce sens, un niveau de protection plus bas qu'auparavant peut-il sérieusement être considéré comme le « niveau élevé de protection » prescrit par la Charte ? On comprend la réticence des autorités européennes à proclamer haut et fort un droit fondamental dont les consommateurs pourraient tirer profit pour perturber l'unification du droit ouvertement (ou parfois insidieusement<sup>35</sup>) prônée à Bruxelles...

**17.** Il n'en reste pas moins que si l'article 38 devait évoluer vers la consécration d'un droit fondamental véritable, la portée de ce droit serait difficile à circonscrire en raison des termes très généraux de cette disposition. Le fait, par exemple, que la définition de l'objet principal du contrat et celle du prix convenu ne puissent être contestées sur le fondement de l'article L. 132-1

33. C'est le cas, par exemple, pour : la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur; la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs; pour une bonne partie, la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

34. F. Picod, « Article II-98 », in L. Burgogues-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., p. 495, n° 1.

35. V. Y. Lequette, « Avant-propos » du colloque sur le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ?, *RDC* 2012, p. 1393.

du Code de la consommation ne constitue-t-il pas une faille dans la protection des consommateurs ? Celle-ci n'impose-t-elle pas, en effet, que la lésion soit en ce domaine sanctionnée ? Certains esprits pétris de justice contractuelle pourraient le soutenir, Charte européenne des droits fondamentaux sur le cœur ! Est-il, dans une optique plus sérieuse, conforme aux droits fondamentaux du consommateur que celui-ci doive demander le remplacement ou la réparation d'un bien non conforme sans pouvoir exiger en principe, au moins dans un premier temps, la résolution du contrat (C. consom., art. L. 211-9 s., ayant pour origine la directive n° 1999/44/CE du 25 mai 1999)<sup>36</sup> ? Au fond, ces deux exemples illustrent toute l'ambiguïté de la fondamentalisation du droit et le trouble qu'elle peut provoquer dans les esprits : le triomphe des droits et libertés fondamentaux peut être salué quand il permet la destruction de règles injustes (sauf à se mettre d'accord sur ce qui est injuste...), mais il inquiète, au contraire, lorsque, par la grâce de « juges herculéens »<sup>37</sup>, il conduit à placer une épée de Damoclès systématique sur notre droit. Les meilleures intentions ne font pas toujours le meilleur droit et, singulièrement dans notre matière, on sait qu'une meilleure protection des consommateurs peut au bout du compte

se retourner contre eux, notamment parce que, d'un point de vue économique, ils en paient très généralement le prix.

**18.** Depuis son origine, il est souvent reproché au droit de la consommation de n'être qu'un agglomérat de petites règles, un amas de « mesurées » protectrices difficiles à connaître et ineffectives. Sans doute y a-t-il du vrai dans ce reproche et sans doute le législateur – français ou européen – devrait-il s'attacher à définir des règles moins nombreuses et d'une plus grande généralité. En revanche, une protection efficace des consommateurs ne saurait résulter de la proclamation, toute solennelle qu'elle soit, d'un droit fondamental qui pourrait bouleverser l'équilibre politique et économique de cette matière sensible, car faite d'un savant dosage entre protection et liberté. Ainsi que l'écrivent deux auteurs, dans un autre domaine, « il faut nous garder de la tendance existante, dans le travail juridictionnel comme dans l'opinion publique, à préférer la facilité d'une notion plaisante et ajustable sans limites à l'exégèse ingrate d'une réglementation abondante et complexe »<sup>38</sup>. Cette sage maxime nous paraît tout à fait appropriée pour décrire les affres de la fondamentalisation du droit en général, et du droit de la consommation en particulier.

36. Ce qui a pour singulière conséquence, comme le relève M. Lequette, que la directive de 1999 traite plus durement le consommateur que le professionnel qui, sur le fondement du droit commun, peut demander la résolution ou même la prononcer unilatéralement dans certains cas (« Du code civil européen à la révision de l'acquis communautaire : quelle légitimité pour l'Europe ? », préc., p. 188). Il faut fort heureusement rappeler que la directive de 1999 procédant à une harmonisation minimale, les consommateurs conservent la possibilité de se prévaloir du droit commun (C. consom., art. L. 211-13), paradoxalement plus protecteur sur ce point que le droit de la consommation...

37. Selon la formule de M. Malaurie, *La mythologie et le droit*, Defrénois, 2003, p. 951 s., spéc. n° 24, p. 960.

38. J.-P. Puissechot et H. Legal, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 2001, n° 11, p. 98 s., spéc. p. 105.



# Petit neuf du Grand A :

---

## droit du travail

### La fondamentalisation du droit du travail

Jean Mouly

Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques  
de l'Université de Limoges  
OMIJ (EA 3177)

**D**ans un article publié en 1992, consacré au « droit du travail, terre d'élection des droits de l'homme<sup>1</sup> », le professeur Jean-Maurice Verdier regrettait la timidité de la jurisprudence française, comparée à l'audace de certaines jurisprudences étrangères, en dépit de l'émergence d'un bloc de constitutionnalité susceptible de servir de référence, voire de point d'appui au juge. Avec le recul, on ne peut que constater le chemin parcouru en un quart de siècle. La Chambre sociale de la Cour de cassation serait même devenue, selon certains<sup>2</sup>, une juridiction pionnière de la diffusion en France de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH). En tout cas, qu'on le déplore ou s'en félicite, l'on a assisté depuis une vingtaine d'années, et même sans doute un peu plus, à une véritable « reconstruction » du droit du travail sous l'égide des droits fondamentaux, cet ample mouvement autorisant à parler de fondamentalisation du droit du travail. Il convient d'emblée de dissiper ici toute ambiguïté terminologique.

On sait, en effet, que l'expression « droits fondamentaux » fait l'objet de vives controverses en doctrine, les uns optant pour une conception formelle de ces droits, définis comme ceux consacrés par une norme de degré supérieur, les autres pour une conception substantielle, les droits fondamentaux renvoyant aux valeurs inhérentes à l'Humanité et à l'État de droit<sup>3</sup>. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, de trancher entre ces deux conceptions; après d'autres<sup>4</sup>, l'on se bornera à admettre que les droits fondamentaux expriment une certaine « positivisation des droits de l'homme », même si ce glissement sémantique n'est sans doute pas tout à fait anodin<sup>5</sup>. Étudier la fondamentalisation du droit du travail revient donc à s'intéresser à l'emprise progressive des droits humains sur cette discipline. Force est d'admettre alors que la problématique des droits de l'homme a été de tout temps au cœur du droit du travail. Faut-il rappeler, par exemple, que les premières lois sociales, en cherchant à limiter la durée du travail des femmes et des enfants, avaient déjà pour objet la préservation de la

---

1. J.-M. Verdier, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », in *Écrits en l'honneur de J. Savatier*, Puf, 1992, p. 427.  
2. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « La chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France », *JCP G* 2008. I. 221.  
3. O. Dord, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Puf, 2008, p. 322.  
4. A. Lyon-Caen et I. Vacaric, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421.  
5. Certains auteurs considèrent que le glissement terminologique des droits de l'homme aux droits fondamentaux n'est pas « innocent », puisqu'il permet de ne plus faire de la personne humaine le « référent nécessaire » de ces droits, ouvrant ainsi très largement la catégorie, qui pourrait même ainsi bénéficier aux personnes morales.

dignité humaine – en l’occurrence, celle des travailleurs les plus vulnérables – qui est au fondement même des droits de l’homme ?

Il est vrai, néanmoins, que, pendant plus d’un siècle, le droit du travail s’est édifié à coups d’interventions étatiques et de conflits sociaux, sans beaucoup d’égards pour la notion de droit fondamental, même s’il était déjà question de droit syndical et de droit de grève voire, au moins implicitement, de droit à des conditions de travail équitables. Il faut, en réalité, attendre la fin de la seconde guerre mondiale et la proclamation des droits de l’homme de la deuxième génération pour que la notion de droits fondamentaux fasse pleinement son entrée dans les relations de travail salariées. Et encore, cette imprégnation du droit du travail par les droits fondamentaux aurait été bien superficielle sans l’action ultérieure du juge. C’est, en effet, grâce au travail inlassable de celui-ci que la fondamentalisation du droit du travail a pu prendre un tour nouveau et devenir réellement effective. Tout autant que le législateur, le juge a, en effet, contribué à accréditer cette idée essentielle selon laquelle la subordination inhérente au contrat de travail est impuissante à dépouiller le travailleur de ses droits fondamentaux. Il en est ainsi parce que « l’objet du contrat de travail n’est pas [le] travailleur lui-même, mais son activité »<sup>6</sup>; le salarié « ne peut [donc] abdiquer sa qualité [de personne] en se mettant à la disposition d’un employeur »<sup>7</sup>. Quoi qu’il en soit, si le phénomène de fondamentalisation du droit n’est pas propre aux relations de travail subordonnées, il joue néanmoins en ce domaine un rôle particulièrement important, pour deux raisons principales, l’une tenant à la spécificité des relations qui s’y nouent, l’autre à l’actualité de la discipline.

Le contrat de travail, en effet, n’est pas tout à fait un contrat comme les autres. D’abord, il suppose que le salarié mette sa « force de travail » à la disposition de son cocontractant, le chef d’entreprise<sup>8</sup>; il implique donc très fortement la personne du salarié et constitue ainsi une menace pour son « autonomie » et l’exercice de ses droits fondamentaux. D’autre part, en raison de

la subordination juridique inhérente au contrat de travail, cette discipline se développe dans un ensemble caractérisé par une inégalité qui n’est pas simplement une inégalité de fait, mais aussi, et même d’abord, une inégalité de droit, organisée et reconnue comme telle, l’entreprise étant le siège d’un *pouvoir* que son chef exerce sur les travailleurs<sup>9</sup>. On peut donc comprendre l’importance que revêtent les droits fondamentaux dans cette discipline à la fois pour préserver la personne même du salarié et pour ériger des contre-pouvoirs à la toute-puissance de l’employeur, notamment sous la forme de droits collectifs. En tout cas, plus qu’en toute autre matière, les droits de l’homme sont, en droit du travail, des droits de l’homme « situé ». Dans ce contexte, la volonté du juge, en particulier de la Cour européenne des droits de l’homme (Cour EDH), de consacrer non des « droits théoriques et abstraits », mais des « droits effectifs et concrets »<sup>10</sup> prend tout son sens. Par ailleurs, les évolutions récentes de la discipline fournissent également à la théorie des droits fondamentaux un regain d’actualité.

Le droit du travail est, en effet, à la croisée des chemins. Sa conception classique, qui en fait un droit de protection du plus faible et un droit de progrès social, est aujourd’hui menacée. Pour certains, le droit du travail serait même devenu une législation économique banale, visant simplement à organiser les rapports sociaux au sein de l’entreprise; ses coûts et ses performances devraient être évalués de la même façon que ceux d’autres disciplines, tels le droit fiscal ou le droit des sociétés<sup>11</sup>. Il conviendrait donc de réécrire des pans entiers du code en vue de son adaptation au contexte nouveau de globalisation libérale. Il faut bien reconnaître que le législateur n’est pas resté insensible à ces arguments et que nombre de lois actuelles, au prétexte de « modernisation », introduisent de fortes doses de flexibilité dans le droit du travail contemporain. Or c’est précisément ce contexte qui confère aux droits de l’homme dans les relations de travail subordonnées toute leur actualité. En effet, « la recherche de flexibilité dans la gestion de la

6. J.-M. Verdier, préc.

7. *Ibid.*

8. T. Revet, *La force du travail : étude juridique*, Thèse Montpellier 1991, « Biblio. Dr. de l’entreprise », Litec, 1992.

9. J.-M. Verdier, art. préc.

10. J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l’homme*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, p. 54.

11. V. par exemple, B. Teysse, « Droit du travail, droit des affaires, vie des affaires », *Tribune Dr. soc.* 2015. 193.



main-d'œuvre [...] pose sous un jour nouveau le problème du respect de la dignité de l'homme travailleur »<sup>12</sup>. La théorie des droits fondamentaux peut s'ériger alors en ultime rempart à la déréglementation, permettant de sauvegarder la dignité du travailleur.

Cette fonction protectrice des salariés se vérifie d'autant mieux que, comme dans d'autres disciplines, la fondamentalisation du droit du travail s'est accompagnée d'un puissant mouvement de constitutionnalisation<sup>13</sup> et d'internationalisation de ses sources. Il résulte d'ailleurs de ce double phénomène un « réseau touffu de normes »<sup>14</sup>, dont l'articulation n'est pas forcément commode, mais que le dialogue des juges parvient généralement à démêler. À cet égard, le Conseil constitutionnel a rendu un certain nombre de décisions dont l'impact, direct ou indirect, sur le droit du travail est loin d'être négligeable<sup>15</sup>, même si les apports de la QPC restent relativement modestes en ce domaine<sup>16</sup>. Toutefois, s'agissant de la justiciabilité des droits sociaux, c'est surtout la contribution des sources internationales et européennes qui doit être mise à l'honneur<sup>17</sup>, même si leur application soulève quelques difficultés qu'il convient d'évoquer brièvement.

La première de ces difficultés est relative à leur applicabilité *directe* dans l'ordre juridique interne, en l'absence de toute disposition-relai. Cette applicabilité semble toutefois assez facilement admise par le juge. Ainsi, pour condamner une disposition du droit alsacien-mosellan sur les clauses de non-concurrence<sup>18</sup>, la Cour de cassation a reconnu l'applicabilité directe de l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (PIDESC) sur le droit de gagner sa vie par un travail librement choisi, qui n'allait pourtant pas de soi, tandis que, de son côté et un peu contre toute attente, le Conseil d'État a adopté la même solution pour

l'article 24.a de la Charte sociale européenne révisée sur le droit de ne pas être licencié sans motif valable<sup>19</sup>. Cette position des juridictions internes tranche avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui, au contraire, a refusé l'applicabilité directe de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union relatif à l'information des salariés, laissant ainsi subsister, dans le code du travail, l'article L. 1111-3, dont elle a pourtant reconnu la non-conformité au droit de l'Union<sup>20</sup>.

Une autre difficulté est relative à l'applicabilité *horizontale* de ces normes. Il s'agit ici de savoir si, une fois admise l'applicabilité directe d'une norme, un particulier peut se prévaloir de celle-ci à l'encontre d'un autre particulier dans leurs rapports interindividuels. Cette question est d'importance en droit du travail puisque, par définition, les litiges s'y élèvent entre deux personnes privées : le salarié et l'employeur. Là encore, on observe que le juge admet facilement cette application horizontale dans le domaine des relations de travail, en dépit de l'obligation positive qu'elle fait peser sur les États. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à la jurisprudence de la Cour de cassation sur les Conventions de l'organisation internationale du travail (Convention OIT)<sup>21</sup> ou encore aux incursions de la Cour EDH dans le droit du travail<sup>22</sup>. Ces solutions doivent être approuvées. En effet, comme on l'a justement observé, « la menace que l'État fait peser sur l'exercice des droits de l'homme n'est qu'un aspect particulier d'un phénomène beaucoup plus général : la menace que le fort fait peser sur les libertés du faible »<sup>23</sup>. En droit du travail, la menace pour le salarié provenant bien davantage de l'employeur que de l'État, il est impérieux que l'applicabilité verticale de la norme internationale ou européenne soit complétée, le plus souvent possible, par son applicabilité horizontale.

12. J.-M. Verdier, préc.

13. F. Petit, « La constitutionnalisation du droit du travail », *JCP S* 2010. 1352.

14. J.-F. Akandji-Kombé, « Droit constitutionnel, droit international et droit européen des droits de l'homme : concurrence, confusion, complémentarité ? », *Dr. soc.* 2014. 301.

15. V. Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, PUAM, 2003.

16. V. Bernaud, « La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ? », *Dr. soc.* 2014. 317.

17. V. Juger les droits sociaux : actes du colloque du 19 octobre 2001 organisé par ADEAGE, Université de Limoges, « chroniques de l'OMJ » n° 2, Pulim, 2004.

18. Soc. 16 déc. 2008, *Dr. soc.* 2009. 236, obs. J. Mouly.

19. CE 10 févr. 2014, *Dr. soc.* 2014. 474, obs. J. Mouly.

20. CJUE 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *RDT* 2014. 77, éd. A. Lyon-Caen.

21. Soc. 1<sup>er</sup> juill. 2008, *RDT* 2008. 504, avis J. Duplat.

22. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les incursions de la Cour EDH, une œuvre encore en demi-teinte », *RDT* 2008. 11.

23. J. Rivero, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », *Mélanges en l'honneur de R. Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber, III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre les personnes privées*, Pedone, 1971, p. 311.

On doit cependant reconnaître que le succès, en droit du travail, de ces normes internationales et européennes ne tient pas seulement à la facilité avec laquelle leur applicabilité directe, verticale ou horizontale, est admise en droit interne, mais aussi à l'interprétation, souvent audacieuse, que le juge accepte d'en faire<sup>24</sup>. Il ne se contente pas, en effet, de les interpréter de manière isolée, indépendamment les unes des autres, mais s'efforce au contraire de les mettre en « synergie » en vue de leur enrichissement mutuel. Exemple à cet égard est la démarche de la Cour EDH dans son célèbre arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 novembre 2008<sup>25</sup> qui, pour consacrer le droit de négocier des syndicats, non prévu par la Convention, a interprété l'article 11 de celle-ci, sur la liberté syndicale, à la lumière de l'article 6 § 2 de la Charte sociale et selon le sens que lui donne le Comité européen des droits sociaux, alors même que l'État défendeur, la Turquie, n'avait pas ratifié ledit article de la Charte. Cette technique présente l'avantage de raccorder entre elles l'ensemble des règles relatives à une question donnée et, grâce à une « globalisation des sources »<sup>26</sup>, de favoriser l'émergence d'une interprétation « évolutive et dynamique », même si cette interprétation comporte désormais une part « non consensuelle » qu'elle ne présentait pas précédemment.

À côté du bloc de constitutionnalité traditionnel, est ainsi apparu un vaste réservoir de normes internationales et européennes dans lequel le juge interne peut puiser soit pour enrichir l'interprétation de la norme interne applicable, soit pour neutraliser certaines initiatives malencontreuses du législateur<sup>27</sup>. L'acmé de ce phénomène a été atteint par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 mars 2007, où, pour résoudre au profit des salariés un problème d'application dans le temps de la loi Aubry II, elle n'a pas hésité, au prix d'une petite révolution des sources du droit, à faire figurer *dans son visa* « l'article 6 § 1 de la Convention EDH tel qu'interprété

par l'arrêt *Arnolin et autres c/ France* du 9 janvier 2007 »<sup>28</sup>. L'arrêt de la Cour EDH n'est plus seulement un élément de référence grâce auquel la Chambre sociale justifie sa décision ; il est devenu une règle « légale » sur laquelle elle la fonde.

Toutes les conditions étaient ainsi réunies pour que la diffusion des droits de l'homme dans les rapports de travail subordonnés contribue, suivant leur paradigme habituel, à procurer aux individus, notamment les plus vulnérables, des garanties renforcées contre les abus de pouvoir, sauf à remarquer qu'en droit du travail, ce pouvoir n'est pas, normalement, celui de l'État, mais celui de l'employeur. En tout cas, rien ne pouvait faire douter de ce que la fondamentalisation du droit du travail se réalise conformément à sa logique traditionnelle de protection de la partie faible : le travailleur. Pourtant, une fois le domaine des relations de travail salariées investi par la problématique des droits fondamentaux, l'on s'aperçut assez vite que ceux-ci pouvaient également être utilisés « non comme une protection contre un pouvoir subi, mais dans l'objectif de renforcer ou protéger un pouvoir constitué »<sup>29</sup>, en l'occurrence, celui du chef d'entreprise. C'est qu'en effet les droits fondamentaux ne sont pas au service exclusif du salarié, mais peuvent au contraire, pour certains d'entre eux, être revendiqués également par l'employeur, tels le droit de propriété, la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre... Il est alors possible de dresser ces droits fondamentaux, généralement de la première génération, contre les dispositions protectrices des salariés et d'engager ainsi une offensive contre le droit du travail au nom même des droits fondamentaux, cette fois revendiqués par les employeurs. Il y a là un bel exemple de « réversibilité » des droits de l'homme<sup>30</sup>. On observera même que, dans cette dernière hypothèse, les droits de l'homme se trouvent requis, de façon très paradoxale, non plus pour protéger des personnes contre un pouvoir qui les menace, mais pour protéger ce « pouvoir contre les per-

24. V. toutefois, J.-P. Lhernould, « La résistible ascension de la norme européenne », *JCP S* 2015. 1249. Cet auteur se fonde cependant principalement sur l'évolution du droit du travail de l'Union européenne.

25. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « L'avènement de la Cour européenne des droits sociaux. À propos de l'arrêt *Demir et Baykara* », *D.* 2009. 739.

26. F. Sudre, note s' CEDH 12 nov. 2008, *JCP G* 2009. II. 10018.

27. F. Sudre, « La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », *Mélanges en l'honneur de J. Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 467.

28. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, préc., *JCP G* 2008. I. 228.

29. E. Dockès, « Sens et contresens dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme dans l'entreprise », in *Droit économique et droits de l'homme*, L. Boy, J.-B. Racine et F. Sirinainen (dir.), Larcier, 2008, p. 245.

30. E. Dreyer, « La réversibilité des droits de l'homme dans le domaine économique », in *Droit économique et droits de l'homme*, préc., p. 205.

sonnes qui lui sont soumises »<sup>31</sup>. Pour certains<sup>32</sup>, il y aurait là un véritable « non-sens » car les droits de l'homme ne sauraient en aucun cas être mis au service d'un pouvoir, fût-il constitué et légitime, alors qu'ils ont été initialement conçus en opposition à ce pouvoir.

Quoi qu'il en soit, il apparaît que le règlement classique des conflits d'intérêts en droit du travail – protection des travailleurs et défense de l'intérêt de l'entreprise – s'opère désormais en grande partie par l'intermédiaire des droits fondamentaux, que le juge doit s'efforcer de concilier entre eux. Cette conciliation, qui s'apparente parfois à un exercice d'équilibriste, suppose néanmoins que soient portés des jugements de valeur sur les intérêts protégés en cause. La question se pose alors de savoir si les droits fondamentaux mobilisés par l'employeur peuvent être considérés comme se situant au même niveau que ceux revendiqués par les salariés. La réponse n'est certainement pas univoque. De toute façon, cette mobilisation des droits et libertés fondamentaux par l'employeur peut s'avérer redoutable pour les salariés. Il suffit, par exemple, de rappeler la fameuse « jurisprudence » *Lochner*<sup>33</sup> par laquelle la Cour Suprême des États-Unis s'est autorisée, grâce à une exacerbation de la liberté contractuelle, à invalider pendant plusieurs décennies toutes les lois tendant à créer un salaire minimum ou à limiter la durée du travail, bloquant ainsi l'avènement d'un véritable droit du travail aux USA. Il faudrait se demander encore si une entreprise, en tant que telle, peut revendiquer le bénéfice des droits de l'homme alors qu'elle ne peut guère se prévaloir du concept de dignité humaine. En réalité, on sait que la jurisprudence accepte aujourd'hui de reconnaître l'existence de droits fondamentaux au profit des personnes morales<sup>34</sup> et que la notion de « droits de l'homme de l'entreprise » est admise par une partie de la doctrine<sup>35</sup>. Cela étant, force est de constater que la manière de résoudre les conflits entre ces droits fondamentaux n'est pas neutre. Si la fondamentalisation du droit du travail a été incontestablement un facteur de consolidation des droits des salariés (I), elle peut aussi, selon la méthode

adoptée pour résoudre les conflits de droits fondamentaux, devenir à rebours un facteur de leur fragilisation (II).

## I. La fondamentalisation du droit du travail, facteur de consolidation des droits des salariés

La fondamentalisation du droit du travail est inséparable de l'article L. 1121-1 du code du travail, généralisant un autre article du même code, l'article L. 1321-3 2°, lui-même transposé de la célèbre jurisprudence *Corona* de 1980<sup>36</sup>. On rappellera que, selon cet article, « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Même si le texte ne fait aucunement mention du chef d'entreprise, il n'est guère douteux que c'est pourtant bien lui qui est principalement visé par la règle énoncée. L'employeur doit respecter l'ensemble des droits et libertés fondamentaux des travailleurs, y compris à l'intérieur de l'entreprise. En revanche, et c'est l'envers de la règle posée, ces droits et libertés ne revêtent pas un caractère absolu, mais, au contraire, sont susceptibles de limitations, définies par les principes, désormais classiques, de légitimité et de proportionnalité. Si la fondamentalisation du droit du travail présente donc bien un caractère général (A), son intensité demeure néanmoins variable, ce qui en fait également un phénomène relatif (B).

### A. La généralité de la fondamentalisation

La fondamentalisation du droit du travail est un phénomène général en ce qu'elle intéresse l'ensemble des droits fondamentaux des salariés, aussi bien ceux de la première génération des droits de l'homme que ceux de la seconde. Cette fondamentalisation demeure néanmoins un phénomène unitaire car, comme l'a rappelé la Cour EDH dans son célèbre arrêt *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979, il n'existe pas de « cloison étanche » entre les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux, les premiers pou-

31. E. Dockès, préc.

32. E. Dockès, préc.

33. Arrêt *Lochner*, 198 U.S. 45.

34. CEDH 16 avr. 2002, *Sté Colas et autres c/ France*, Bull. Joly Soc., août 2002, n° 8, note N. Mathey.

35. M. Teller, « Les droits de l'homme de l'entreprise », in *Droit économique et droits de l'homme*, préc., p. 257.

36. CE 1<sup>er</sup> février 1980, *Dr. soc.* 1980, 310, concl. Bacquet.

vant avoir des prolongements dans le domaine des seconds. La Cour en déduit d'ailleurs qu'elle n'a pas à écarter « telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux » (§ 26). C'est cette « indivisibilité » des droits de l'homme, qui justifie que les salariés puissent opposer à l'employeur, au même titre que leurs droits sociaux, dont c'est la vocation naturelle, leurs droits civils et politiques (1). En revanche, les droits sociaux exprimant plutôt des valeurs de solidarité collective, on aurait pu craindre que l'épanouissement de droits centrés sur la personne des salariés ne les relègue au second plan. Il n'en est rien ; leur fondamentale, souvent associée à leur valeur constitutionnelle, leur a permis, au contraire, de faire l'objet d'une amplification remarquable (2).

### 1. L'opposabilité des droits civils et politiques du salarié à l'employeur

Le rapport Auroux de 1981 et les lois qui en sont issues, notamment celle du 4 août 1982, consacrent le principe selon lequel le salarié ne cesse pas d'être une personne du seul fait qu'il entre dans l'entreprise et se place sous l'autorité de l'employeur. La subordination juridique, inhérente au contrat de travail, est impuissante à dépouiller le travailleur de ses droits fondamentaux. C'est un des aspects essentiels de la fondamentalisation du droit du travail qui permet au salarié de sauvegarder ses droits civils et politiques face aux pouvoirs de l'employeur, aussi bien d'ailleurs dans sa vie professionnelle (a) que dans sa vie « personnelle »<sup>37</sup> (b).

a. L'arrêt fondateur est, en l'occurrence, le célèbre arrêt Nikon du 2 octobre 2001<sup>38</sup> selon lequel « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée et que celle-ci implique [...] le secret des correspondances ». Ainsi l'employeur ne saurait ouvrir un courrier du salarié que celui-ci s'est fait adresser sur son lieu de travail<sup>39</sup>. De même, il ne peut prévoir, dans le règlement intérieur, une clause lui

réservant le pouvoir d'ouvrir « à tout moment » les vestiaires personnels des salariés<sup>40</sup> ; il ne peut pas davantage faire procéder à des fouilles du personnel, sauf évidemment circonstances exceptionnelles, telle une alerte à la bombe. La protection de la sécurité collective doit, en effet, passer avant celle de l'intimité personnelle. Plus récemment, l'utilisation des systèmes de géo-localisation par l'employeur, notamment pour contrôler le temps de travail des salariés, a été sérieusement encadrée par la Cour de cassation<sup>41</sup> puisqu'elle ne l'autorise que pour les salariés ne bénéficiant pas d'une large autonomie dans leur travail et à condition que cet usage intervienne à titre subsidiaire et conformément aux déclarations faites à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), ce qui restreint considérablement l'usage de ces nouveaux modes de contrôle. Enfin, et peut-être surtout, la Cour de cassation permet au salarié d'opposer à l'employeur son droit au respect à la vie privée lorsque ce dernier entend se prévaloir d'une clause de mobilité qui porterait une atteinte excessive à ce droit ou à son droit au repos<sup>42</sup> ; bien qu'en principe de tels changements n'affectent pas la structure du contrat, l'employeur doit alors recueillir l'accord du salarié. L'opposabilité du droit fondamental a donc ici clairement pour effet de modifier la nature de la « modification » et de limiter drastiquement le pouvoir de l'employeur.

Dans d'autres hypothèses, on peut constater, en revanche, que la Cour de cassation, qui protégeait naguère *en tant que tel* le droit au respect de la vie privée du salarié, entend plutôt aujourd'hui lui substituer le respect du principe du contradictoire. Ainsi, alors que, avant 2005, l'employeur se voyait interdire la consultation de tout fichier informatique, même établi avec un ordinateur de l'entreprise, comportant l'indication « personnel », il est en droit aujourd'hui d'y procéder dès lors que le salarié est présent sur les lieux ou a été dûment appelé<sup>43</sup>. Il est vrai que l'ancienne jurisprudence, fondée sur l'arrêt Nikon précité, empêchait souvent l'employeur

37. La Cour de cassation utilise le concept de « vie personnelle » de préférence à celui plus étroit de « vie privée », v. P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 513.

38. *Dr. soc.* 2001, 920, note J.-E. Ray.

39. Cass., Ch. mixte, 18 mai 2007, *RDT* 2007, 527, obs. T. Aubert-Montpeyssen ; *JCP S* 2007, 1528, note B. Bossu et A. Barège ; *D.* 2007, 2137, note J. Mouly.

40. Soc. 3 avr. 2001, *Dr. soc.* 2001, 675, obs. B. Gauriau.

41. Soc. 3 nov. 2011, *JCP S* 2012, 1054, note G. Loiseau ; *Sem. soc. Lamy* 2012, n° 1518, p. 7, note P. Florès ; *RDT* 2012, 156, note Bossu et Morgenroth.

42. Soc. 3 nov. 2011, n° 10-14702, *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1518, p. 11, note A. Fabre ; *D.* 2012, 67, note P. Lokiec ; *Dr. soc.* 2012, 147, note E. Dockès.

43. Soc. 17 mai 2005, *Bull. V*, n° 165 ; *Dr. soc.* 2005, 789, note J.-E. Ray ; *JCP S* 2005, 1031, note F. Favennec-Héry.

d'établir les abus du salarié. On peut seulement se demander si cette nouvelle jurisprudence ne court pas le risque d'une condamnation par la Cour EDH dont l'arrêt *Copland c/ Royaume-Uni* du 3 avril 2007 a créé, au profit du salarié, une véritable « bulle privée au sein de la sphère professionnelle » en soumettant l'utilisation des nouvelles technologies à l'article 8 de la Convention<sup>44</sup>. Ce mouvement de « procéduralisation » peut également s'observer en ce qui concerne l'installation de la vidéosurveillance sur les lieux de travail qui requiert seulement l'information préalable des salariés<sup>45</sup>; cette règle, qui a été étendue aux lieux de travail extérieurs à l'entreprise, pour des systèmes de surveillance mis en place par des clients de celle-ci<sup>46</sup>, ne s'applique pas en revanche aux espaces de l'entreprise qui ne sont pas des lieux de travail au sens strict<sup>47</sup>, que l'employeur peut placer sous vidéosurveillance sans avertissement préalable. Sous ces réserves, mais que les nécessités de l'entreprise peuvent aisément justifier, on peut ainsi constater que, même lorsqu'il est au travail, une part de la personne du salarié échappe au pouvoir de l'employeur grâce à un droit fondamental : le droit au respect de la vie privée. On peut faire le même constat s'agissant de la liberté d'opinion et d'expression.

Déduite, dans un premier temps, du droit d'expression des salariés, figurant aujourd'hui à l'article L. 2281-1 du code du travail par le célèbre arrêt *Clavaud*<sup>48</sup>, elle devait par la suite être totalement détachée de ce droit, notamment dans un arrêt du 2 mai 2001<sup>49</sup> selon lequel « le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors d'elle de sa liberté d'expression ». C'est donc bien désormais en tant que droit fondamental que cette liberté est reconnue au salarié et qu'il peut l'exercer non seulement à l'extérieur de l'entreprise, mais également au sein même de celle-ci, y compris s'agissant des cadres<sup>50</sup>. En

revanche, cette liberté n'est pas absolue, les propos tenus ne devant être ni injurieux, ni diffamatoires, ni entachés d'excès. Cette dernière notion n'étant pas clairement définie, il n'est pas certain que, sur ce point, la jurisprudence française soit parfaitement conforme à la position de la Cour de Strasbourg qui, au contraire, autorise certains débordements langagiers lorsqu'ils peuvent être excusés par leur contexte, notamment en cas de conflit collectif<sup>51</sup>. On notera, toutefois, que la Cour EDH a refusé, sur le fondement de l'article 10 de la Convention, de reconnaître aux syndicats la qualité de chiens de garde qu'elle accorde pourtant non seulement aux journalistes, mais aussi aux associations de défense de l'environnement, dont on a du mal à comprendre qu'elles soient mieux traitées que les syndicats et les salariés eux-mêmes<sup>52</sup>. Voisine de la liberté d'expression, puisqu'elle comporte aussi la liberté d'exprimer sa foi, la liberté religieuse a également donné lieu à un important contentieux, notamment à propos du voile islamique.

Refusant toute laïcisation de l'entreprise privée, la Cour de cassation a posé le principe qu'un salarié est en droit d'exprimer ses convictions religieuses sur les lieux de travail, y compris par sa tenue vestimentaire<sup>53</sup>. Il n'en va autrement que lorsque l'employeur gère un service public, le principe de neutralité reprenant alors ses droits. Il a également été jugé que l'interdiction du port du voile islamique par le personnel d'une crèche était licite en raison de la nécessité de protéger la conscience des jeunes enfants au contact de l'ensemble des salariés<sup>54</sup>; mais ce sont ici les principes de légitimité et de proportionnalité qui ont permis de sauver la disposition du règlement intérieur. Il n'est pas certain, en revanche, qu'il puisse en être de même lorsque l'interdiction fait suite à des doléances de clients de l'entreprise, celles-ci pouvant refléter des préjugés que le droit ne saurait laisser prospérer. Même si elle a

44. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « La Cour EDH et le droit social : bilan et perspectives », *Dr. soc.* 2010. 883.

45. Soc. 20 nov. 1991, *D.* 1992. 73, concl. Y. Chauvy; *Dr. soc.* 1992. 28, rapp. P. Waquet.

46. Soc. 10 nov. 2012, *RDT* 2012. 223, note A. Gardin.

47. Soc. 31 janv. 2001, *Bull. V*, n° 28.

48. Soc. 28 avr. 1988, *D.* 1988. 437, note E. Wagner; *Dr. soc.* 1988. 428, concl. H. Ecoutin.

49. *Dr. soc.* 2001. 1003, obs. B. Gauriau.

50. Soc. 14 déc. 1999, *Dr. soc.* 2000. 163, concl. J. Duplat, note J.-E. Ray.

51. CEDH 29 févr. 2000, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, *D.* 2001. 574, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

52. CEDH, gr. ch., 12 sept. 2011, *Palomo Sanchez et autres c/ Espagne*; confirm. CEDH 8 déc. 2009, *D.* 2010. 1456, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

53. Soc. 19 mars 2013, *D.* 2013. 956, avis B. Aldigé; *ibid.* 963, note J. Mouly; *Dr. soc.* 2013. 388, note E. Dockès; *RDT* 2013. 385, note P. Adam; *JCP S* 2013. 1146, note B. Bossu – *Addé* dans le même sens, CEDH 15 janv. 2013, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*.

54. Cass., ass. plén., 25 juin 2014, *RDT* 2014. 607 note P. Adam; *Dr. soc.* 2014. 811, note J. Mouly; *JCP S* 2014. 1297, note B. Bossu; *Dr. ouvrier* 2014, p. 835, note C. Wolmark.

posé une question préjudicielle sur ce point à la CJUE, la Chambre sociale semble bien considérer que, dans une telle hypothèse, la décision patronale constitue une discrimination prohibée<sup>55</sup>. En revanche, la Cour de cassation n'admet pas que le salarié puisse invoquer sa liberté religieuse pour se soustraire à ses propres obligations. Ainsi un boucher musulman, sauf clause de conscience, ne saurait se prévaloir de ses convictions religieuses pour ne pas travailler la viande de porc<sup>56</sup> et un employeur n'est pas tenu d'accorder des autorisations d'absence pour des motifs religieux<sup>57</sup>. La théorie des « accommodements raisonnables » n'est pas encore reçue, on le voit, dans le droit français du travail, plutôt rétif d'ailleurs à la notion de discrimination positive<sup>58</sup>. On notera enfin que, indépendamment de la liberté religieuse, le salarié bénéficie de la liberté de se vêtir, mais que cette liberté n'a pas été reconnue comme fondamentale<sup>59</sup> si bien que l'employeur peut plus facilement la limiter en imposant un uniforme ou en sanctionnant le port d'une tenue inappropriée, tel un bermuda pour un salarié en contact avec la clientèle. Le traitement modulé de cette liberté vestimentaire, selon qu'elle est ou non confortée par la liberté religieuse du salarié, permet donc de vérifier, une fois encore, que le caractère fondamental d'un droit ou d'une liberté consolide la situation du salarié face aux pouvoirs de l'employeur.

**b.** Dans la sphère extraprofessionnelle, que la jurisprudence qualifie de « vie personnelle », le salarié retrouve en principe la plénitude de ses droits et libertés fondamentaux, puisqu'il échappe alors aux pouvoirs de l'employeur. Une jurisprudence bien établie décide d'ailleurs que « les faits imputables au salarié relevant de sa vie

personnelle ne peuvent constituer une faute » punissable par l'employeur<sup>60</sup>. Il en est ainsi même si le fait imputé caractérise une infraction pénale, telle une extorsion de fonds<sup>61</sup>. Le salarié doit seulement veiller à ce que l'exercice de ses droits fondamentaux dans le cadre de sa vie personnelle ne cause pas un « trouble caractérisé » à l'entreprise qui pourrait justifier alors un licenciement non disciplinaire. Ainsi un salarié qui, par son comportement dans sa vie privée, porte atteinte à l'image de marque peut faire l'objet d'un licenciement<sup>62</sup>. En revanche, un salarié travaillant pour un concessionnaire d'automobiles ne saurait être inquiété pour avoir acheté une voiture d'une marque concurrente<sup>63</sup>. On notera également que, au nom de la liberté de la vie privée et du domicile, la Cour de cassation est très réticente pour admettre la licéité des clauses de résidence<sup>64</sup>, tout comme, à l'inverse, elle s'oppose à ce que l'employeur puisse imposer au salarié de travailler à son domicile, « temple de la vie privée »<sup>65</sup>. Elle décide même que, lorsque le salarié a accepté une telle modalité de travail, il doit être indemnisé par le chef d'entreprise<sup>66</sup> et cette situation, généralement constitutive de télétravail, ne peut être remise en cause par l'application d'une simple clause de mobilité<sup>67</sup>. On rappellera enfin que, depuis fort longtemps, la jurisprudence interdit à l'employeur, sauf circonstances impérieuses, de porter atteinte à la liberté matrimoniale des salariés, notamment par des clauses de célibat<sup>68</sup>. De même, il ne saurait licencier un salarié au seul motif que son conjoint travaille pour une entreprise concurrente<sup>69</sup>. Cela étant, la frontière entre la vie personnelle du salarié et sa vie professionnelle n'est pas très clairement tracée, ni même parfaitement étanche.

55. Soc. 9 avr. 2015, *D.* 2015, 1132, note J. Mouly.

56. Soc. 24 mars 1998, *Dr. soc.* 1998, 614, note J. Savatier.

57. Soc. 16 déc. 1981, *Bull. V*, n° 968 – *Contra*, délibération de la Halde n° 2007-301, 13 nov. 2007.

58. V. aussi, à propos des quotas par sexe, CJUE 17 oct. 1995, *Kalenke*, C-450/93.

59. Soc. 28 févr. 2003, *D.* 2004, 176, obs. Pousson; *JCP G* 2003. II. 10128, note D. Corrigan-Carsin.

60. Soc. 16 déc. 1997, *JCP* 1998. II. 10101, note Escande-Varniol; J.-F. Frouin, *CSBP* 1998, 123.

61. Soc. 26 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003, 630, note J. Savatier.

62. Le licenciement pour trouble caractérisé ne constitue pas cependant un licenciement disciplinaire, Soc. 9 mars 2011, *JCP S* 2011, 1230, note J. Mouly – Sur la notion de trouble caractérisé, v. P. Waquet, « Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir », *RDT* 2006, 310; v. aussi C. Mathieu-Géniaut, *La vie personnelle du salarié*, thèse Lyon II, 2004.

63. Soc. 22 janv. 1992, *Bull. V*, n° 30. En l'occurrence, il s'agissait d'une simple secrétaire, la solution eût pu être différente si le salarié avait été, par exemple, un « commercial ».

64. Soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999, 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly; Soc. 12 juill. 2005, *Dr. soc.* 2005, 1037, obs. J. Barthélémy; Soc. 28 févr. 2012, *Bull. V*, n° 78.

65. Soc. 2 oct. 2001, *D.* 2002, 7768, note Mercat-Brun.

66. Soc. 7 avr. 2010, *RDT* 2010, 517, note B. Bossu.

67. Soc. 31 mai 2006, *Dr. soc.* 2006, 924, obs. J. Savatier.

68. Soc. 7 février 1968, *D.* 1968, 429.

69. Soc. 17 mars 1971, *Bull. V*, n° 216 – V. aussi, C. Radé, « Amour et travail : retour sur un drôle de ménage », *Dr. soc.* 2010, 35.



Il est tout d'abord des libertés qui transcendent cette distinction et dont l'exercice peut donner lieu à des abus, y compris dans le cadre de la vie personnelle, parce que ceux-ci se réalisent indépendamment du lieu et du temps de leur commission. Il a été jugé, par exemple, que le fait pour un salarié de tenir des propos injurieux à l'égard de son supérieur hiérarchique lors d'une fête foraine, mais en présence d'adultes qu'il était chargé d'encadrer, pouvait justifier une sanction disciplinaire<sup>70</sup>. De la même façon, des propos répréhensibles tenus sur *facebook* peuvent donner lieu à sanction dès lors que le paramétrage a permis une large diffusion de ces propos<sup>71</sup>. La plupart du temps, néanmoins, pour des faits commis par le salarié dans le cadre de sa vie personnelle, il s'agit de savoir s'ils peuvent être ou non rattachés à la vie professionnelle du travailleur. Ainsi la Cour de cassation décide que relève de la vie professionnelle des actes de harcèlement, même accomplis en dehors des lieux et du temps de travail, dès lors qu'en sont victimes des personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son seul travail<sup>72</sup>. Elle avait adopté la même position en ce qui concerne les salariés ayant des fonctions de chauffeur pour la conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique dans le cadre de leur vie personnelle, car l'employeur pouvait craindre qu'ils ne renouvellent leur comportement dans le cadre de leur travail<sup>73</sup>. Un tel licenciement préventif, fondé sur le simple soupçon et la perte de confiance, n'est plus possible aujourd'hui; le licenciement ne peut désormais être prononcé que si le salarié n'est plus en mesure d'effectuer sa prestation en raison d'un retrait de permis, décidée par l'autorité étatique compétente.

De façon plus générale, la Cour de cassation décide aujourd'hui qu'un salarié ne peut être sanctionné pour des faits relevant de sa vie personnelle que s'ils constituent un « manquement de l'intéressé aux obligations découlant du

contrat »<sup>74</sup>. Ces obligations varient selon la nature des fonctions du salarié. Ainsi il a été jugé qu'un employé, contrôleur d'une caisse de sécurité sociale, était tenu d'une obligation particulière de loyauté et que les fraudes qu'il commettait auprès de sa propre caisse en sa qualité d'allocataire constituaient des fautes disciplinaires à l'égard de son employeur<sup>75</sup>. De même, un *steward* qui consomme des stupéfiants pendant une courte escale alors que ses fonctions le font participer à la sécurité du vol ne respecte pas ses obligations contractuelles et peut être sanctionné<sup>76</sup>. De son côté, la Cour de Strasbourg a également jugé que l'article 8 de la Convention EDH sur le droit au respect de la vie privée ne faisait pas obstacle à des contrôles portant sur la consommation de stupéfiants ou d'alcool dès lors qu'ils étaient justifiés par l'activité de l'employeur et les fonctions du salarié<sup>77</sup>. On le voit, la vie professionnelle du salarié peut déborder la période d'exécution du contrat de travail proprement dite. Cela étant, l'on se doit de reconnaître que la Cour de cassation s'efforce d'accorder au salarié la plus large autonomie possible dans sa vie personnelle, l'incidence de la subordination à l'employeur n'étant que marginale, lorsque l'intérêt de l'entreprise impose de fixer des limites à cette autonomie. Il a été admis, par exemple, qu'un salarié, éducateur pour des mineurs en difficultés, pouvait se voir interdire par le règlement intérieur de recevoir ces jeunes à leur domicile, une telle mesure étant justifiée par la nature des fonctions du salarié<sup>78</sup>. Les solutions sont en revanche plus restrictives en ce qui concerne les entreprises dites identitaires ou « de tendance ».

En effet, la crédibilité de ces entreprises implique qu'elles soient en mesure d'imposer à leurs salariés, *même dans leur vie personnelle*, un comportement en conformité avec la foi ou la philosophie dont elles sont le porte-drapeau. L'autonomie de ces salariés, y compris dans leur vie privée, se trouve donc naturellement plus restreinte. La Cour EDH elle-même a admis qu'elles

70. Soc. 11 déc. 2008, *Bull. V*, n° 245, *RDT* 2009. 168, De Quenaudon.

71. CPH Boulogne-Billancourt, 19 nov. 2010, *Dr. soc.* 2011. 128, note J.-E. Ray – Cass., civ. 1<sup>re</sup>, 10 avr. 2013, *Sem. soc. Lamy*, 22 avr. 2013, n° 1581, p. 7, chron. J.-E. Ray.

72. Soc. 19 oct. 2011, *Bull. V*, n° 236.

73. Soc. 2 déc. 2003, *Bull. V*, n° 304; *JCP* 2004. II. 10025, note D. Corrigan-Carsin.

74. Soc. 3 mai 2011, *JCP G* 2011. 1275, note J. Mouly; *JCP S* 2011. 1312, note D. Corrigan-Carsin.

75. Soc. 25 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 625, obs. J. Savatier.

76. Soc. 27 mars 2012, *Dr. soc.* 2012. 527, obs. J. Mouly.

77. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la Cour EDH », *D.* 2005. 36.

78. Soc. 13 janv. 2009, *D.* 2009. 1316, note J. Mouly.

pouvaient opposer à leurs salariés, invoquant le droit au respect de la vie privée, l'article 9 de la Convention et exiger de leur part un comportement en conformité avec la foi qu'elles défendent, sous peine de sanctions disciplinaires<sup>79</sup>. Quant à la Cour de cassation, après avoir un temps admis cette notion d'entreprise de tendance<sup>80</sup>, elle semble aujourd'hui plus réticente. Elle a refusé notamment le licenciement d'un sacristain homosexuel, qui avait dissimulé son orientation à l'Église qui l'employait, dès lors que l'intéressé, resté discret, n'avait causé aucun trouble caractérisé dans le fonctionnement de l'entreprise<sup>81</sup>. Il apparaît ainsi que le fait, pour un salarié, de ne pas respecter, dans sa vie personnelle, la doctrine de l'entreprise de tendance ne constitue pas à lui seul une faute. On remarquera d'ailleurs que, si la directive européenne du 27 novembre 2000<sup>82</sup> reconnaît bien l'existence des entreprises de tendance, elle n'a pas été transposée sur ce point par la France. C'est peut-être la raison pour laquelle, dans l'affaire Baby Loup, la Cour de cassation n'a pas jugé nécessaire de retenir cette notion que la Cour d'appel de Paris<sup>83</sup> avait pourtant mobilisée dans son arrêt de renvoi.

## 2. L'amplification des droits sociaux

En raison de leur nature, les droits sociaux ont naturellement vocation à s'appliquer dans les relations de travail subordonné. Toutefois, la reconnaissance de leur caractère fondamental a permis ici une amplification remarquable de leur contenu et de leur portée. C'est en particulier en s'appuyant sur la « théorie des éléments nécessairement inhérents à un droit » que le juge, et notamment le juge européen des droits de l'homme, a pu enrichir cette catégorie. Il serait vain, en ce domaine, de vouloir dresser un tableau exhaustif de l'œuvre législative et prétorienne. Un rappel des exemples les plus significatifs suffira.

Ainsi, l'affirmation du caractère constitutionnel du droit de grève a permis à la Cour de cassation de rendre inopposables aux salariés les préavis conventionnels imposés avant le déclenchement de tout mouvement collectif<sup>84</sup>, la réglementation d'un droit reconnu par la Constitution ne pouvant relever que de la loi elle-même<sup>85</sup>. Elle a également autorisé le travailleur, unique salarié de son entreprise, à faire usage de ce droit en dépit de son caractère collectif, parce qu'aucun salarié ne saurait être privé d'un droit fondamental<sup>86</sup>. Dans le même ordre d'idées, la Cour régulatrice a décidé encore, dans une affaire relative au nombre de pilotes sur les avions de ligne, que « le juge ne peut [...] substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-fondé des revendications professionnelles »<sup>87</sup> et, dans une autre affaire, qu'un juge des référés ne peut pas davantage prononcer une réquisition de grévistes<sup>88</sup>. On le voit, l'affirmation du caractère fondamental du droit de grève a permis à la Cour de cassation d'en renforcer significativement l'exercice. On peut faire la même observation avec le droit de participation. On prendra ici l'exemple du droit de vote des salariés détachés dans une entreprise extérieure.

Le Conseil constitutionnel ayant décidé que le législateur ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa du préambule de 1946, limiter le corps électoral aux seuls salariés liés à l'employeur par un contrat de travail<sup>89</sup>, la Cour de cassation a jugé, en effet, pour satisfaire à cette exigence, qu'il suffisait à un travailleur, remplissant les conditions d'âge et d'ancienneté, d'être intégré de « façon étroite et permanente à la communauté de travail » pour se voir reconnaître la qualité d'électeur<sup>90</sup>. La loi du 20 août 2008 a repris la solution en obligeant seulement les salariés détachés à choisir l'entreprise dans laquelle ils souhaitent être électeurs afin d'éviter le double vote. De façon remarquable, la mobili-

79. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les droits de l'homme salarié dans les entreprises identitaires », *D.* 2011. 1637, à propos de CEDH 23 sept. 2010, *Obst et Schüth c/ Allemagne* et CEDH 3 févr. 2011, *Siebenhaar c/Allemagne*.

80. Cass., ass. plén., 19 mai 1978, *D.* 1978. 541, concl. R. Schmelck, note P. Ardant.

81. Soc. 17 avr. 1991, *Dr. soc.* 1991. 485, note J. Savatier; *JCP G* 1991. II. 21724, note A. Sériaux.

82. Dir. 2000/78/CE, Conseil, 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* L. 303/16, 2 déc.

83. Paris 27 nov. 2013, *D.* 2014. 65, note J. Mouly.

84. Soc. 7 juin 1995, *D.* 1996. 75, note B. Mathieu; *Dr. soc.* 37, note C. Radé.

85. Pour des réserves, v. P.-Y. Gahdoun, *Dr. soc.* 2014. 349.

86. Soc. 13 nov. 1996, *Dr. soc.* 1996. 1108, note J.-E. Ray; *JCP G* 1997. II. 22754, rapp. P. Waquet, note D. Corrigan-Carsin.

87. Soc. 2 juin 1992, *Dr. soc.* 1992. 696, rapp. P. Waquet – *Contra*, cass., ass. plén., 4 juill. 1986, *Dr. soc.* 1986. 745, note G. Lyon-Caen.

88. Soc. 25 févr. 2003, *Dr. soc.* 2003. 621, note C. Radé.

89. Cons. const. 28 déc. 2006, n° 2006-544 DC, *RDT* 2007. 84, étude A. Lyon-Caen.

90. Soc. 28 févr. 2007, *RDT* 2007. 229, étude M.-L. Morin.



sation du droit fondamental à participation a permis ici à la Cour de cassation de déconnecter le droit de vote de la conclusion d'un contrat de travail avec l'employeur en lui substituant le critère, plus large, de l'intégration dans la communauté de travail. Cette évolution est d'ailleurs exemplaire du dialogue pouvant exister entre les juges et le législateur pour faire progresser les droits fondamentaux dans l'entreprise. Le droit syndical ne pouvait également échapper à ce mouvement de fondamentalisation.

Après la liberté de fonder un syndicat, consacrée dès 1884 par la loi Waldeck-Rousseau et étendue récemment par la Cour EDH même aux militaires<sup>91</sup>, la liberté de chaque salarié d'adhérer au syndicat de son choix ou, plus encore, de ne pas se syndiquer avait été reconnue en France par la loi Moisant du 27 avril 1956, condamnant les clauses d'entreprise fermée. Cette reconnaissance a toutefois pris une dimension nouvelle avec l'arrêt *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark* du 11 janvier 2006<sup>92</sup>, qui admet pleinement le volet négatif de l'article 11 de la Convention EDH sur la liberté syndicale en accueillant les requêtes de salariés obligés, par le modèle scandinave, de se syndiquer pour obtenir un emploi ou le conserver. À cet égard, il est tout à fait remarquable que cette liberté syndicale négative ait été fondée par la Cour européenne sur le concept d'« autonomie personnelle », jusque-là réservé à l'article 8 de la Convention relatif au droit à la vie privée et familiale. Une fois de plus, la Cour EDH administre la preuve qu'elle réserve un traitement égal aux droits sociaux et aux droits civils et politiques. En tout cas, ce renforcement de la liberté syndicale devrait permettre de lutter encore plus efficacement contre les rares clauses d'entreprise fermée qui subsistent dans les entreprises françaises. Elle condamne également, par avance, toute velléité de rendre obligatoire l'adhésion syndicale afin de remédier artificiellement à la faiblesse chronique du syndicalisme hexagonal<sup>93</sup>.

Dans le prolongement du droit syndical, le droit des groupements de négocier des accords collectifs a été lui aussi fortement consolidé par

la reconnaissance de son caractère fondamental. Admis en droit français par la loi du 13 juillet 1971, il n'est toutefois devenu pleinement effectif qu'avec celle du 13 novembre 1982, qui a créé à la charge des employeurs une obligation de négocier au niveau de la branche et de l'entreprise. Même si cette obligation de négocier n'est pas une obligation de conclure, elle contraint néanmoins l'employeur à participer de bonne foi à la négociation. Grâce au relais du huitième alinéa du préambule de 1946, ce droit devait même être hissé au rang des droits à valeur constitutionnelle par une décision du 6 novembre 1996<sup>94</sup>. En revanche, la Cour EDH a eu plus de mal à reconnaître ce droit à négociation avant que, dans son célèbre arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 novembre 2008<sup>95</sup>, elle ne le déduise de façon éclatante de l'article 11 de la Convention, mis en synergie avec l'article 4 de la Charte sociale européenne. À cette occasion, elle a d'ailleurs jugé que ce droit devait être étendu également aux fonctionnaires et aux agents publics, renforçant ainsi sa portée. Tout au plus réserve-t-elle aux États une marge d'appréciation dans la mise en œuvre du droit, notamment en permettant de privilégier les syndicats les plus représentatifs, comme le prévoit d'ailleurs le droit français.

Quant au droit à l'emploi, prévu à l'alinéa 5 du préambule de 1946, si, comme on le sait, il ne confère pas véritablement à chacun le droit subjectif d'obtenir un travail, le Conseil constitutionnel en a quand même déduit un « droit au reclassement », confortant ainsi l'article L. 1233-4 du code du travail sur lequel le législateur ne saurait donc désormais revenir<sup>96</sup>. De son côté et de façon fort audacieuse, la Cour EDH a considéré que l'article 8 de la Convention, sur le droit au respect de la vie privée, à laquelle la Cour ajoute encore la « vie sociale », emporte également celui « de gagner sa vie par un travail librement choisi », ce qui lui a permis de condamner des législations restreignant trop drastiquement les possibilités pour des anciens membres du KGB d'occuper certaines fonctions<sup>97</sup>. Même si le droit à l'emploi n'est donc pas pleinement effectif – et l'on voit

91. CEDH 2 oct. 2014, *Matelly et Adefdromil c/ France*, JCP G 2014, n° 48, 1228, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

92. CEDH 11 janv. 2006, *Rasmussen et Sorensen c/ Danemark*, Dr. soc. 2006. 1022, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

93. Démocratie et socialisme, 6 nov. 2006.

94. Cons. const. 6 nov. 1996, n° 96-383 DC.

95. D. 2009. 739, étude J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

96. Cons. const. 13 janv. 2005, 2004-509 DC.

97. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour EDH », D. 2006. 477.

mal comment il pourrait l'être –, son caractère fondamental lui confère néanmoins une certaine réalité, d'autant qu'il comporte aussi, pour les salariés déjà engagés, un autre volet : le droit de conserver son emploi. Un salarié ne peut, en effet, être licencié que si l'employeur est en mesure de justifier d'un juste motif. Cette exigence, prévue aux articles L. 1232-1 et L. 1233-2 du code du travail, a été renforcée par l'adhésion de la France à la Convention OIT n° 158, d'applicabilité directe, qui a par exemple permis à la Cour de cassation d'invalider le contrat « nouvelles embauches » dispensant l'employeur de cette obligation pendant les deux premières années du contrat afin de favoriser le recrutement dans les petites entreprises<sup>98</sup>. Cette solution est d'autant plus remarquable que le Conseil Constitutionnel avait validé une forme comparable de contrat, le contrat « première embauche », à destination des jeunes, au motif que « la faculté donnée à l'employeur de ne pas expliciter les motifs de la rupture n'était pas contraire à l'alinéa 5 du préambule » et que le législateur avait entendu, comme il en avait le pouvoir, faciliter l'accès au marché du travail de personnes en situation de précarité<sup>99</sup>. Il refusait donc de raccorder l'exigence de motivation des licenciements au droit à l'emploi. Force est donc de reconnaître que, loin d'être un droit purement incantatoire, le droit à l'emploi, en tant que droit fondamental, peut permettre d'améliorer substantiellement la situation des travailleurs.

On ne saurait, enfin, passer sous silence les apports, en droit du travail, de certains principes, marqueurs de fondamentalité, qui, même s'ils ne sont pas propres à la matière, ont contribué néanmoins à la réécriture de certaines de ses règles : on veut parler ici des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. Ainsi, la règle « à travail égal, salaire égal », destinée à l'origine à assurer l'égalité des salaires féminins et masculins – difficilement réalisée d'ailleurs – a été réécrite par la

Cour de cassation, dans son célèbre arrêt Ponsolle<sup>100</sup>, en lui assignant pour objectif de garantir à tout travailleur, indépendamment de son sexe, une égalité de rémunération avec les autres salariés de l'entreprise effectuant le même travail. Certes, par cet arrêt, la Cour régulatrice n'interdit pas toute rémunération au mérite ; mais elle entend lutter contre l'arbitraire de l'employeur en matière salariale, en l'obligeant à justifier les différences de traitement par des critères objectifs et pertinents. La Cour a même considéré, un temps, que « la seule différence de catégorie professionnelle ne pouvait, en elle-même, être la justification d'une disparité de traitement »<sup>101</sup>. Plus sagement, elle juge aujourd'hui, par révérence au dialogue social, que la justification d'une telle disparité est présumée lorsqu'elle résulte d'une convention collective négociée entre partenaires sociaux<sup>102</sup>. Quant aux discriminations, elles sont pourchassées très activement par le droit du travail<sup>103</sup>, qui condamne tout aussi bien les discriminations indirectes<sup>104</sup>, fondées sur un critère apparemment neutre mais ayant un effet discriminatoire, que les discriminations par association, où le facteur discriminatoire se trouve en la personne d'un proche et agit seulement par effet « réflexe » sur le salarié<sup>105</sup>. La Cour de cassation admet même la discrimination sans comparaison<sup>106</sup> ainsi que la discrimination par combinaison des facteurs discriminants. Elle a considéré, par exemple, que le licenciement d'un salarié en raison du port de boucles d'oreille constituait une discrimination fondée sur l'apparence physique rapportée au sexe<sup>107</sup>.

En définitive, grâce à la fondamentalisation du droit du travail, l'entreprise cesse d'être un espace où la logique de l'organisation et du pouvoir prévaut nécessairement sur celle de la protection des personnes. Au contraire, elle devient un lieu où se noue une sorte d'alliance entre les droits et libertés classiques et les droits sociaux pour permettre l'épanouissement tout à la fois

98. Soc. 1<sup>er</sup> juill. 2008, préc.

99. Cons. const. 30 mars 2006, 2006-535 DC.

100. Soc. 23 oct. 1996, *Dr. soc.* 1996. 1013, note A. Lyon-Caen.

101. Soc. 1<sup>er</sup> juill. 2009, *Dr. soc.* 2009. 1002, obs. C. Radé.

102. Soc. 25 janv. 2015, *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1663, étude L. Pécaut-Rivollier ; *Dr. soc.* 2015. 237, étude A. Fabre – V. déjà, Soc. 8 juin 2011, *Dr. soc.* 2011. 986, note P.-H. Antonmattéi.

103. La preuve en est facilitée par l'article 1134-1 du code du travail qui exige seulement du salarié demandeur qu'il présente des éléments de faits laissant supposer la discrimination. On notera également que le législateur allonge régulièrement la liste des motifs discriminatoires : v. en dernier lieu la loi du 21 février 2014 sur le lieu de résidence.

104. CJCE 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. C-96/80.

105. CJCE, gr. ch., 17 juill. 2008, aff. C-303/0, *Coleman c/ Atridge Law*, JCP 2008. 1549, note J. Cavallimi.

106. Soc. 10 nov. 2009, *Bull. V*, n° 246.

107. Soc. 11 janv. 2012, *RDT* 2012. 159, note Moizard ; *Dr. soc.* 2012. 346, note J.-P. Lhernould.

des individus et des solidarités collectives. S'instaure ainsi une « limitation fonctionnelle » de la subordination, « cantonnée aux seules nécessités de l'entreprise »<sup>108</sup>, car contrainte de composer avec les droits fondamentaux des travailleurs. Cette confrontation-conciliation entre des droits et des pouvoirs antagonistes conduit cependant à constater que la fondamentalisation du droit du travail ne peut être que relative.

## **B. La relativité de la fondamentalisation**

La fondamentalisation du droit du travail est un phénomène relatif, en ce qu'elle n'affecte pas de façon uniforme l'ensemble des droits de l'homme salarié. En effet, la mise en œuvre de ces droits fait apparaître que leur caractère est variable, en raison aussi bien de leur contenu que du contexte de leur mobilisation. Sans doute les droits fondamentaux des salariés, comme ceux de toute autre personne, ont-ils vocation à accéder à « la plus vigoureuse intensité normative »<sup>109</sup>. Leur exercice ne peut cependant faire abstraction des pouvoirs de l'employeur. En revanche, ils ont permis l'instauration de nouvelles techniques juridictionnelles de contrôle de ces pouvoirs, dont l'ordonnement juridique ne sort d'ailleurs pas totalement indemne<sup>110</sup>. Ce contrôle se réalise grâce aux deux principes, désormais classiques, de légitimité et de proportionnalité, visés à l'article L. 1121-1 du code du travail.

Chacun de ces principes fonde un contrôle spécifique des atteintes aux droits fondamentaux des salariés, même si ces contrôles sont voisins et complémentaires. Il arrive même que, opérant une confusion, la Cour de cassation déduise le caractère injustifié d'une atteinte de son caractère disproportionné. Ainsi, elle a pu décider qu'« une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié [était] illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné »<sup>111</sup>. Curieusement, la Cour de cassation considère que la décision de l'employeur n'est pas susceptible d'être justifiée en raison de son caractère disproportionné, alors

pourtant que les deux contrôles s'exercent dans des registres différents. Il suffisait en réalité à la Cour, pour stigmatiser l'espionnage du salarié par un détective privé, de relever cette disproportion, sans avoir à se prononcer sur la justification de la mesure, puisque les deux conditions formulées par l'article L. 1121.1 du code du travail – légitimité et proportionnalité – sont cumulatives. Peut-être la Cour a-t-elle simplement voulu signifier, un peu maladroitement, que la fin poursuivie par l'employeur, même légitime, ne pouvait en aucun cas justifier les moyens employés. En tout cas, il apparaît que la haute juridiction ne fait pas preuve d'une grande rigueur dans la distinction des deux types de contrôles à effectuer – contrôle de légitimité (1) et de proportionnalité (2) – lesquels pourtant, d'un point de vue théorique, doivent être clairement différenciés.

### **1. Le contrôle de légitimité**

Logiquement, c'est le premier des contrôles auxquels le juge doit se livrer. Si la loi exige une atteinte « justifiée par la nature de la tâche à accomplir », la jurisprudence s'attache plus largement à la protection des « intérêts légitimes de l'entreprise », notion standard susceptible de déclinaisons très variées. Ainsi, dans un arrêt remarqué du 14 mai 1992<sup>112</sup>, la Cour de cassation a condamné une clause de non-concurrence stipulée à l'encontre d'un simple laveur de carreaux en relevant que celle-ci n'était pas « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ». Dans un arrêt ultérieur du 19 novembre 1996<sup>113</sup>, elle précise que cette solution est justifiée par le fait que la restriction qu'une telle clause apporte à la liberté du travail doit rester exceptionnelle. Certes, le domaine de ces clauses demeure encore assez large car la Cour de cassation semble admettre aussi bien leur justification par le risque de concurrence que par celui, plus discutable, de divulgation de connaissances acquises dans l'emploi antérieur, contre lequel il existe, en effet, d'autres moyens de protection. Toutefois, le constat de l'atteinte à une liberté fondamentale a conduit la Cour de cassation à une autre innovation, tout à fait remarquable elle aussi : l'exigence d'une contre-

108. A. Supiot, préc.

109. A. Lyon-Caen et I. Vacaric, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 421.

110. *Droits fondamentaux et droit social*, A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2005, Propos introductifs, p. 1.

111. Soc. 26 nov. 2002, *Bull. V*, n° 352 ; D. 2003. 1858, note J.-M. Bruguière ; *JCP E* 2003. 1090, note J.-F. Cesaro.

112. D. 1992. 350, note Y. Serra ; *JCP G* 1992. II. 21898, note J. Amiel-Donat.

113. Soc. 19 nov. 1996, *Bull. V*, n° 392 ; *Dr. soc.* 1997. 95, note G. Couturier.

partie pécuniaire<sup>114</sup>. Cette contrepartie était seulement prévue, à l'origine, par certaines conventions collectives ; elle se trouve aujourd'hui généralisée, par la grâce d'une liberté fondamentale, à l'ensemble des clauses de non-concurrence. En effet, c'est bien sur la nécessité de compenser l'atteinte au libre exercice de sa profession par le salarié, et non sur la théorie de la cause parfois invoquée, que la Cour de cassation fonde aujourd'hui l'exigence de cette contrepartie. Elle a même jugé qu'il y avait là un impératif si fort qu'il devait s'appliquer aux clauses stipulées antérieurement au revirement<sup>115</sup>. En revanche, elle a refusé d'étendre l'exigence d'une contrepartie financière à d'autres clauses, telles les clauses de confidentialité, en constatant qu'« elles ne portaient pas atteinte au libre exercice par le salarié de son activité professionnelle »<sup>116</sup>. On constate ainsi que les exigences de justification sont modulées selon la fondamentale des droits auxquels il est porté atteinte.

Il est même, semble-t-il, des droits et libertés du salarié absolus ou « intangibles », c'est-à-dire pour lesquels les intérêts, même légitimes, de l'entreprise ne sauraient justifier une restriction, quelle qu'elle soit<sup>117</sup>. Ainsi, s'agissant de la liberté matrimoniale, si la Cour de cassation a bien réservé l'hypothèse des « nécessités impérieuses »<sup>118</sup>, on chercherait vainement des arrêts où elle les a admises. On pourrait faire aussi le même constat avec les clauses de domicile. Même en ce qui concerne les droits « relatifs », susceptibles d'être limités par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, il ne suffit pas, comme on l'a vu, de constater la légitimité de ces intérêts, faut-il encore que la restriction imposée au droit fondamental du salarié soit *indispensable* à cette protection. En d'autres termes, le juge doit s'assurer qu'il n'existait pas une autre façon moins attentatoire à ce droit, mais tout aussi efficace, pour protéger ces intérêts<sup>119</sup>. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé qu'« une

clause de non-concurrence n'est licite que *dans la mesure* où la restriction de liberté qu'elle impose est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »<sup>120</sup>. Le contrôle de légitimité se rapproche alors singulièrement du contrôle de proportionnalité.

## 2. Le contrôle de proportionnalité

Ce contrôle est essentiellement celui de l'adéquation de la mesure patronale liberticide aux objectifs qu'elle poursuit. Le juge doit rechercher si l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elle consomme est strictement cantonnée aux exigences de la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. La proportionnalité est ainsi une question de *mesure* : l'atteinte aux droits fondamentaux du salarié ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, sous peine d'être excessive. Déjà, en 1980, le célèbre arrêt Corona<sup>121</sup>, s'agissant des contrôles d'alcoolémie, avait jugé qu'ils ne sauraient avoir un caractère général, mais devaient au contraire être limités aux salariés occupant des postes comportant des risques pour leur sécurité. La proportionnalité s'appréciait cependant alors suivant un critère objectif : celui de la fonction. Le contrôle de proportionnalité peut cependant s'opérer également de manière subjective et concrète, eu égard à la situation personnelle de chaque salarié. Ainsi, s'agissant des clauses de non-concurrence, elles doivent être impérativement limitées dans le temps et dans l'espace de manière à ce que le salarié ne soit pas empêché de « retrouver un autre emploi compte tenu de sa formation et de son expérience professionnelle »<sup>122</sup>. Comme on l'a fait observer<sup>123</sup>, « la référence n'est plus la fonction occupée par le salarié, mais son savoir personnel » ; le contrôle de proportionnalité devient ainsi un contrôle qui s'opère de manière subjective, en considération de la situation du titulaire du droit. La relativité de la fondamentalisation du droit du travail s'en trouve encore accentuée, puisque le contrôle de

114. Soc. 10 juill. 2002, *D.* 2002. 2491, note Y. Serra ; *RDC* 2003. 17, obs. J. Rochfeld ; *ibid* 142, obs. C. Radé.

115. Soc. 17 déc. 2004, *Bull.* V, n° 346 ; *Dr. soc.* 2005. 334, obs. B. Gauriau.

116. Soc. 15 oct. 2014, *RDT* 2015. 39, note L. Gratton.

117. V. en ce sens, A. Linden, « Garanties de droits fondamentaux du salarié : éléments de jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. ouvrier* 2011, p. 73.

118. Soc. 7 févr. 1968, *Bull.* V, n° 86, préc.

119. V. en ce sens, A. Lyon-Caen et I. Vacaric, « Droits fondamentaux et droit du travail », préc.

120. Soc. 19 nov. 1996, n° 94-19.404, préc.

121. CE 1<sup>er</sup> févr. 1980, préc.

122. Soc. 31 mars 1981, *Bull.* V, n° 283 – Soc. 20 nov. 2013, *RDT* 2014. 32, note G. Auzero.

123. A. Lyon-Caen et I. Vacaric, « Droits fondamentaux et droit du travail », préc.

proportionnalité ne s'exerce plus seulement selon la nature du droit en cause, mais également la situation subjective de leurs titulaires. Ce principe de proportionnalité comporte encore un autre volet, tout aussi remarquable.

En effet, il suppose également de vérifier que l'avantage procuré à l'entreprise par l'atteinte aux droits fondamentaux des salariés soit suffisamment conséquent au regard des inconvénients qu'elle impose à ces mêmes salariés. Il convient en quelque sorte de mettre en balance le bénéfice de la clause pour l'entreprise et ses désagréments pour le travailleur. Ainsi, s'agissant de la mise en œuvre d'une clause de mobilité à l'encontre d'une salariée mère de famille, la Cour de cassation a jugé, en 1999<sup>124</sup>, que l'employeur ne pouvait imposer à cette dernière, « qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés ». Pour stigmatiser la décision de l'employeur, les juges ne se sont donc pas contentés de rechercher si elle était strictement limitée à ce qu'exige la protection des intérêts légitimes de l'entreprise; ils se sont aussi attachés à examiner ses incidences sur la vie familiale de la salariée, en les mettant en balance avec les avantages de la clause pour l'entreprise. « Leur démarche évoque ici la théorie du bilan dont fait usage le Conseil d'État »<sup>125</sup>. Or, en l'occurrence, ces avantages étaient insuffisants puisque d'autres travailleurs auraient pu être mutés sans dommage pour l'entreprise à la place de la salariée. La Cour de cassation devait par la suite reprendre la solution, mais en permettant cette fois au salarié de mobiliser expressément son droit au respect de sa vie privée et familiale auquel la décision de l'employeur se trouve ainsi directement confrontée<sup>126</sup>.

Cette façon de procéder paraît, en réalité, inspirée par les méthodes de la Cour EDH qui, également au nom du principe de proportionnalité, vérifie qu'un juste équilibre a été ménagé entre le droit fondamental invoqué par le requérant et

l'intérêt général que protègent, à leur paragraphe 2, de nombreux articles de la Convention, dont l'article 8 sur le droit à la vie privée. Toutefois, lorsqu'est en cause l'application horizontale de cette Convention, il y a lieu de substituer, à l'intérêt général des paragraphes 2 susvisés, l'intérêt légitime de l'entreprise, afin de ne pas assimiler l'employeur à un État, en lui conférant indûment les pouvoirs reconnus seulement à ce dernier. C'est ce principe de proportionnalité dite « privatisée »<sup>127</sup> – puisqu'il conduit à mettre en balance non un intérêt privé, celui protégé par le droit fondamental invoqué, et un intérêt public, mais deux intérêts purement privés – qui a été appliqué par la Cour EDH, dans ses décisions Madsen et Wretlund<sup>128</sup>, pour valider le contrôle d'alcoolémie des salariés dans des entreprises à risques ou encore par la Cour de cassation, dans son arrêt Spileers<sup>129</sup>, pour au contraire condamner des clauses de domicile parce que l'emploi du salarié n'imposait pas sa présence permanente à proximité de son lieu de travail. En réalité, ce contrôle de proportionnalité « privatisé » est totalement déconnecté du paragraphe 2 des articles pertinents de la Convention, l'intérêt de l'entreprise étant sans rapport avec l'intérêt général de l'instrument européen. Ainsi, en ce qui concerne les entreprises de tendance, la Cour EDH a pu considérer, dans son arrêt Schüth<sup>130</sup>, relatif à un chef de chœur qui n'avait pas respecté, dans sa vie personnelle, les préceptes de la foi religieuse défendue par son employeur, que son licenciement portait néanmoins une atteinte excessive à son droit de gagner sa vie par le travail dès lors que, compte tenu de sa spécialité professionnelle, il lui serait très difficile, voire impossible, de retrouver un emploi correspondant à ses compétences. Ce sont bien ici deux intérêts purement privés qui sont mis en balance par la Cour, le droit à l'emploi du salarié étant préféré à l'« autonomie » religieuse de l'employeur. En tout cas, ce volet supplémentaire du contrôle de proportionnalité, très dépendant de la situation personnelle

124 Soc. 18 mai 1999, *D.* 2000, Somm. 84, obs. M.-C. Escande-Varniol.

125 *Ibid.*

126 Soc. 14 oct. 2008, *Dr. soc.* 2009. 113, obs. C. Radé : *D.* 2009. 1427, note P. Lokiec ; *JCP S* 2009. 1668, note B. Bossu.

127 J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, p. 73.

128 J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH », préc. – CEDH 7 nov. 2002, *Madsen c/ Danemark* – CEDH 9 mars 2004, *Wretlund c/ Suède*.

129 *D.* 1999. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

130 CEDH 23 sept. 2010, *Schüth c/ Allemagne* – V. cep. CEDH, gr. ch., 12 juin 2014, *Fernandez-Martinez c/ Espagne* relatif à un enseignant d'un lycée public, qui ne tient pas compte de l'éventuelle difficulté de reclassement du salarié. Il est vrai que cet arrêt situe le raisonnement dans les rapports verticaux entre l'État et ses agents publics.

des travailleurs, accentuée une nouvelle fois la relativité des droits du salarié et, partant, la relativité de la fondamentalisation du droit du travail.

On notera enfin que, très curieusement, l'article L. 1121-1 du code du travail ne précise pas la nature des sanctions applicables en cas de violation des droits fondamentaux des travailleurs. La fondamentalité du droit méconnu est pourtant le « signe du caractère hautement illicite »<sup>131</sup> de l'acte patronal liberticide. Aussi bien la Cour de cassation privilégie-t-elle la sanction de la nullité<sup>132</sup>, même lorsque l'acte patronal est un licenciement<sup>133</sup>, alors qu'elle a pourtant longtemps décidé qu'« en l'absence de disposition expresse en ce sens, et la nullité ne se présumant point, [l'illicéité d'un licenciement] n'est pas sanctionnée par la nullité »<sup>134</sup>. Cette position audacieuse a permis à la Cour d'étendre significativement le domaine de la nullité et, par voie de conséquence, celui de la réintégration du salarié dans son emploi<sup>135</sup>. Le travailleur peut toutefois préférer des dommages-intérêts, auxquels le plancher des six mois de salaires est alors automatiquement applicable, indépendamment des conditions prévues par l'article L. 1235-5<sup>136</sup>. Dans le même ordre d'idées, on notera que les dispositions de la loi du 6 août 2015 sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, tendant à plafonner le montant des indemnités de licenciement injustifiées, mais censurées par le Conseil constitutionnel<sup>137</sup>, ne s'appliquaient pas à certaines hypothèses qui, pour l'essentiel, recouvrent celles de la violation d'un droit fondamental (droit de grève, statut des salariés protégés, discrimination, principe d'égalité...). Hors licenciement, la nullité est généralement cantonnée à la clause illicite<sup>138</sup>, voire à certaines de ses stipulations,

comme celles modulant la contrepartie pécuniaire des clauses de non-concurrence selon le mode de rupture<sup>139</sup>. De façon plus discutable, il arrive aussi que le juge préfère à la nullité la réduction de la clause<sup>140</sup> ou la mise en jeu de la responsabilité de l'employeur, la violation de droits fondamentaux faisant toutefois présumer l'existence d'un préjudice<sup>141</sup>. La réaction du droit face à une telle violation n'est donc pas uniforme, soulignant une fois de plus la relativité de la fondamentalisation. En revanche, du point de vue probatoire, le raisonnement en terme de droits fondamentaux s'avère particulièrement favorable aux salariés puisque, une fois l'atteinte établie, c'est à l'employeur de se justifier et de supporter la charge de la preuve.

Cette forte protection des droits fondamentaux des salariés ne doit pas faire oublier cependant que la fondamentalisation du droit du travail peut aussi jouer, de façon, il est vrai, plus exceptionnelle, à leur encontre. Elle devient alors un facteur de fragilisation des droits des salariés.

## II. La fondamentalisation du droit du travail, facteur de fragilisation des droits des salariés

Les droits fondamentaux mobilisables en droit du travail ne sont pas seulement les droits fondamentaux des salariés; l'on y rencontre aussi des droits fondamentaux pouvant être revendiqués par les employeurs. La fondamentalisation du droit du travail ne se limite donc pas à une reconstruction de la discipline à partir des droits fondamentaux des salariés; elle suppose aussi que, par réciprocité, l'employeur puisse se prévaloir des droits fondamentaux qui peuvent lui être favorables. Or, la plupart du temps, ces droits fondamentaux relèvent de la première généra-

131. I. Meyrat, « La contribution des droits fondamentaux à l'évolution du système français des relations de travail. Approche critique », in *Droits fondamentaux et droit social*, préc., p. 41, spéc. p. 45.

132. Soc. 10 juill. 2002, *Bull. V*, n° 239, 2<sup>e</sup> esp.

133. Soc. 13 mars 2001, *Bull. V*, n° 87 – Soc. 30 oct. 2002, *Bull. V*; n° 331 – Soc. 28 mai 2003, n° 02-43.691.

134. Soc. 10 juill. 2001, *Bull. V*, n° 261.

135. V. F. Gaudu, « Les nullités du licenciement et le "principe" pas de nullité sans texte », *Dr. soc.* 2010. 151.

136. Soc. 27 juin 2000, *RJS* 09/00, n° 937.

137. Cons. const. 5 août 2015, n° 2015-715 DC.

138. On notera que la Cour de cassation décide également que seul le salarié peut se prévaloir de la nullité d'une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière, solution logique puisque cette contrepartie a été imposée à son bénéfice exclusif (Soc. 25 janv. 2006, *Dr. soc.* 2006. 643, obs. J. Mouly). On observera simplement que, la Cour de cassation fondant la nullité sur le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, on eût mieux compris qu'elle calquât le régime de cette nullité sur celle des nullités absolues car l'on ne voit pas comment l'on pourrait « faire basculer les droits de l'Homme au sens noble du terme dans cet ordre public de seconde zone » qu'est l'ordre public de protection (v. J. Reynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, n° 339, p. 299, thèse Limoges, 2001).

139. Soc. 8 avr. 2010, *Dr. soc.* 2010. 717, obs. J. Mouly.

140. Soc. 16 mai 1972, *Bull. V*, n° 322 – V. toutefois Soc. 12 oct. 2011, *Dr. soc.* 2012. 198, obs. J. Mouly; *Dr. ouvrier* 2012, p. 12, obs. F. Canut.

141. Soc. 11 janv. 2006, *Bull. V*, n° 8.



tion des droits de l'homme : droit de propriété, liberté contractuelle, liberté d'entreprise. En effet, cette dernière liberté, qui aurait pu être classée dans la catégorie des droits et libertés économiques de la seconde génération, a été rattachée par le Conseil Constitutionnel à l'article 4 de la Déclaration de 1789 sur le droit à la liberté, droit de la première génération<sup>142</sup>. Le droit du travail est ainsi devenu le champ clos d'une confrontation, souvent crispée, entre les deux grandes catégories de droits fondamentaux : les droits civils et politiques d'un côté, les droits économiques et sociaux de l'autre.

Il arrive, en effet, que, pour contrer l'exercice, par les salariés, de leurs droits sociaux fondamentaux, l'employeur mobilise à son tour un autre droit fondamental, le plus souvent la liberté d'entreprise. La situation peut paraître alors rappeler celle déjà rencontrée dans le cadre de l'article L. 1121-1 du code du travail où les droits et libertés du salarié se heurtent au pouvoir de l'employeur. Elle s'en distingue pourtant car, dans l'hypothèse envisagée, il n'est plus question d'application horizontale d'une liberté, mais de son application verticale. En effet, parce qu'il estime qu'une réglementation du travail protège de manière excessive les salariés, l'employeur cherche à l'évincer en soutenant qu'elle traduit une action trop radicale de l'État, portant une atteinte illicite à ses libertés. Il n'y a donc pas lieu, cette fois, de concilier, dans des rapports interindividuels, une liberté du salarié avec le pouvoir du chef d'entreprise, mais de vérifier si l'action normative de l'État en faveur des salariés ne porte pas une atteinte excessive à une liberté fondamentale de l'employeur. Il n'est donc plus ici question d'une éventuelle limitation des droits fondamentaux des salariés par conciliation avec les pouvoirs patronaux, mais de disparition pure et simple de pans entiers de droit du travail pour préserver une liberté fondamentale de l'employeur. Il n'est d'ailleurs pas exceptionnel que, pour prévenir un tel conflit, l'État lui-même procède, de manière anticipée, à une limitation préventive des droits des salariés, une telle invocation des libertés fondamentales étant qualifiée parfois de « verticale inversée »<sup>143</sup>. En tout cas, parce qu'il existe un antagonisme entre la liberté

économique invoquée par l'employeur et la reconnaissance des droits sociaux fondamentaux des salariés, la protection de la première aboutit, par ricochet, à une limitation des seconds. On se trouve ainsi en présence d'un conflit de fondamentale dont la méthode de résolution n'est évidemment pas indifférente à la protection des salariés. Une trop grande protection des droits et libertés fondamentaux de l'employeur est, en effet, de nature à fragiliser significativement les droits des travailleurs (A).

D'autre part, certains auteurs n'ont pas manqué de faire remarquer que la montée en puissance des droits de l'homme dans le domaine du droit du travail coïncide non avec son apogée, mais au contraire avec le moment où il cesse sa progression continue, commencée depuis plus d'un siècle, voire où il entame son déclin<sup>144</sup>. On se rappelle notamment que les lois Auroux de 1982, qui ont pourtant consacré la célèbre et sans doute mal dénommée « citoyenneté dans l'entreprise », ont pu être présentées comme le chant du cygne de cette discipline. En tout cas, pour certains auteurs<sup>145</sup>, l'ascension des droits fondamentaux ne serait pas « sans relation avec la fameuse déréglementation », qui affecte aujourd'hui le droit du travail. La théorie des droits fondamentaux ne constituerait qu'en apparence le rempart espéré contre cette déréglementation mais, en réalité, elle en faciliterait l'accomplissement en garantissant aux salariés le respect d'un seuil minimal de dignité. Ainsi, par une sorte d'effet pervers, la déréglementation pourrait se réaliser d'autant plus aisément que la théorie des droits fondamentaux permettrait de toute façon de garantir aux salariés leur droit à la dignité en palliant les défaillances normatives les plus criantes. Il conviendra donc de vérifier si cette hypothèse, qui transforme les droits fondamentaux en « facilitateurs » de flexibilité, se trouve confirmée par la réalité de l'évolution du droit positif (B).

### A. Les conflits de fundamentalité

L'hypothèse, qui n'est pas d'école, est que les employeurs cherchent à exploiter, à leur profit, l'antagonisme existant entre les droits sociaux fondamentaux des salariés, droits de la seconde génération, et les droits de l'homme de la première

142. Cons. const. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC.

143. V. Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT* 2007, 19.

144. I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », *Dr. ouvrier* 2002, p. 343.

145. V. not. A. Jeammaud, « Des concepts en jeu », in *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation*, Credeco, La Découverte, 1998.



génération, et en particulier la liberté d'entreprendre, afin de tenir en échec certaines dispositions du code du travail jugées trop contraignantes. Il convient alors de savoir si, en édictant cette réglementation du travail protectrice des salariés, l'État n'a pas porté une atteinte excessive aux libertés fondamentales de l'employeur. Schématiquement, trois méthodes de résolution de ce conflit de fondamentale peuvent être envisagées.

Selon la première, une primauté de principe serait accordée aux droits des salariés sur la liberté d'entreprendre invoquée par l'employeur, parce que, selon la célèbre formule de Lacordaire<sup>146</sup>, c'est l'intervention normative de l'État qui affranchit et la liberté qui opprime. Il n'est cependant pas sûr que cette méthode, qui sacrifie les libertés économiques, soit compatible avec le raccordement opéré par le Conseil constitutionnel de la liberté d'entreprendre avec l'article 4 de la Déclaration de 1789. Selon une deuxième méthode, d'inspiration nettement libérale, ce seraient, au contraire, les libertés économiques qui devraient bénéficier d'une primauté de principe, les droits fondamentaux des salariés étant placés cette fois dans une position subalterne. En effet, dans cette théorie, les libertés économiques sont conçues comme un préalable à la réalisation et à l'effectivité des autres droits et, en particulier, des droits sociaux. Selon une troisième méthode, enfin, les droits sociaux des salariés et les libertés économiques de l'employeur devraient bénéficier d'un « statut juridique identique, sans rapport structurel de principe à exception »<sup>147</sup>. En cas de conflit, chacun des droits ou libertés disposerait d'une égale prétention à l'emporter, selon la technique de la balance des intérêts en présence mettant en œuvre le principe de proportionnalité.

Le droit français pratique, en principe, cette dernière méthode qui, si elle n'empêche pas une certaine fragilisation de la protection des salariés, évite néanmoins les dérives inhérentes à la méthode libérale (1). Il arrive pourtant que, à titre exceptionnel, ce soit cette dernière qui soit

appliquée, notamment dans le cadre du droit de l'Union. Les droits sociaux risquent alors d'être purement et simplement sacrifiés au profit du marché (2).

### 1. L'égalité

La méthode de la balance des intérêts, conduisant en principe à des solutions équilibrées, peut être illustrée par une décision particulièrement significative du Conseil Constitutionnel, en date du 20 juillet 1988<sup>148</sup>. En l'espèce, saisi du point de savoir si la liberté d'entreprise ne pouvait pas faire obstacle à la réintégration de salariés protégés ayant commis des fautes disciplinaires amnistiées, les « sages » de la rue Montpensier ont répondu qu'une telle mesure n'était pas manifestement disproportionnée au regard du but d'intérêt général poursuivi, en l'occurrence l'apaisement social. Le Conseil réserve seulement l'hypothèse des salariés auteurs de fautes lourdes, dont la réintégration forcée porterait, selon lui, une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, laquelle comporte, en effet, « le droit de choisir ses collaborateurs ». On peut ainsi constater que le Conseil rend une décision équilibrée qui ne donne la prééminence à aucun des droits et libertés en conflit. En tout cas, le droit à réintégration des salariés n'est pas sacrifié à la liberté d'entreprise de l'employeur, laquelle l'emporte néanmoins dans les situations extrêmes. Il arrive toutefois que, tout en pratiquant, au moins en apparence, la méthode de la balance des intérêts, la Conseil se montre plus sensible à ceux de l'entreprise qu'à ceux des salariés, rompant ainsi avec une approche équilibrée du conflit à résoudre. Un exemple édifiant de cette attitude est fourni par une décision du 12 janvier 2002<sup>149</sup> qui fut particulièrement remarquée par la doctrine, car, pour la première fois, le Conseil invalidait, au nom de la liberté d'entreprise, une disposition légale visant à renforcer la protection des salariés.

En l'occurrence, la loi déferée, dite loi de modernisation sociale, rendait plus malaisé le licenciement économique, en exigeant notamment des

146. 52<sup>e</sup> Conférence de Notre-Dame.

147. V. Champeil-Desplats, préc.

148. Cons. const. 20 janv. 1988, n° 88-244 DC.

149. Cons. const. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC ; J.-P. Feldman, « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre », *RTDH* 2002, p. 1086 ; *RFD* const. 2002, p. 423, note L. Gay, p. 439, note V. Lanisson, et p. 608, D. Ribes ; B. Holleaux, « La modernisation sociale à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *Sem. soc. Lamy* 2002, n° 1062, p. 6 ; B. Mathieu, « La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Dr. ouvrier* 2002, p. 44 ; X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et la loi de modernisation sociale, d'une annulation et de quelques réserves d'interprétation... », *Dr. soc.* 2002, 244 ; F. Saramito, « Une décision décevante du Conseil constitutionnel », *Dr. ouvrier* 2002, p. 41 ; J.-E. Schoettl, « La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel », *LPA* 21 janv. 2002, p. 3 ; B. Teysié, « Liberté, égalité, Travail et protection sociale », mars 2002, p. 3.

« difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen ». Relevant que la nouvelle définition du motif économique avait pour effet de n'autoriser l'entreprise à licencier que « si sa pérennité était en cause » et faisait peser sur elle un « cumul de contraintes », notamment en donnant une liste limitative des motifs économiques, le Conseil considéra que les nouvelles dispositions portaient à la liberté d'entreprendre une « atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi ». *A priori*, cette décision ne déroge pas à l'approche que le Conseil avait inaugurée en 1988, consistant à tenir la balance égale entre les libertés en conflit, même si, cette fois, c'était la liberté d'entreprise qui triomphait. Elle précise bien, en effet, que, « pour poser des règles propres à assurer au mieux [...] le droit pour chacun d'obtenir un emploi, [le législateur] peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». En apparence, le Conseil ne donnait donc aucune prééminence ni à l'un ni à l'autre des droits et libertés en conflit. Il s'efforçait seulement de les concilier en mettant en œuvre le principe de proportionnalité qui, en l'espèce, a abouti à invalider la disposition déférée parce qu'elle limitait de façon excessive le droit de l'employeur de licencier pour motif économique. *A priori*, il n'y a donc rien à redire à la méthode suivie par le Conseil, même si sa décision a pu résonner comme un coup de tonnerre en raison de ses répercussions possibles sur le droit du travail. Et pourtant, à certains égards, cette décision opère une rupture dans la jurisprudence du Conseil.

La doctrine<sup>150</sup> l'a souligné, les sages, avec cette décision, sortent de leur prudence habituelle en matière de licenciement économique et de gestion des entreprises. Ils s'assignent, en effet, pour mission de juger de l'efficacité économique et sociale de la loi, ce à quoi ils s'étaient refusés jusqu'alors. En réalité, sous les apparences d'une conciliation raisonnable et équilibrée des intérêts en conflit, c'est une vision libérale de l'ordonnement juridique qui triomphe, donnant la primauté aux libertés économiques.

Comme on a pu l'écrire, cette décision ouvre la voie à « l'érosion d'un droit social désormais soumis aux grands vents de la liberté d'entreprise »<sup>151</sup>. Car ce n'est pas seulement l'autonomie normative de l'État qui se trouve restreinte par cette décision, c'est aussi, et c'est d'abord, les progrès des droits sociaux qui sont stoppés par les libertés économiques de l'employeur.

D'ailleurs, en relevant dans sa décision, pour prononcer la censure, que la loi déférée conduirait le juge « à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles », le Conseil conforte la jurisprudence de la Cour de cassation, issue de son arrêt SAT du 8 décembre 2000<sup>152</sup>, selon laquelle le chef d'entreprise est libre, en présence de plusieurs plans visant à sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, d'opter pour celui qui sacrifie le plus grand nombre d'emplois, s'il considère qu'il est le meilleur pour l'entreprise. Comme on l'a fait remarquer<sup>153</sup>, cette argumentation n'est pas vraiment une argumentation de caractère constitutionnel car, pas plus que la mise en cause d'une jurisprudence judiciaire n'est, en elle-même, cause d'inconstitutionnalité, « les arguments tirés de cette même jurisprudence ne sont pas, en eux-mêmes, invocables comme norme de référence dans le contrôle de constitutionnalité ». Cependant, cette prise en compte par le juge constitutionnel du « droit vivant » issu de la jurisprudence de la Cour de cassation conduit à la figer en constitutionnalisant certains de ses aspects. Ainsi la « jurisprudence de l'employeur seul juge » que l'on croyait obsolète pourrait bien renaître de ses cendres, de surcroît « fondamentalisée ». En tout cas, il apparaît que la méthode de la balance des intérêts ne met pas les droits fondamentaux des salariés complètement à l'abri car une application « biaisée » de cette méthode peut redonner la prééminence aux libertés économiques. La Cour de cassation n'est d'ailleurs pas exempte, elle non plus, de pareilles dérives lorsqu'elle est amenée à juger de la conventionnalité de certaines dispositions du code du travail.

Ainsi, dans un arrêt du 14 avril 2010<sup>154</sup>, où un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse contes-

150. A. Lyon-Caen, « Le droit du travail et la liberté d'entreprendre », *Dr. soc.* 2002. 258.

151. *Ibid.*

152. D. 2001. 1125, note J. Péliissier; *Dr. soc.* 2001, concl. P. de Caigny, note A. Cristau; *ibid.* 417, note A. Jeaumaud et M. Le Friant.

153. B. Mathieu, « De quelques exemples récents de l'influence des droits européens sur le juge constitutionnel français », *D.* 2002. 1439.

154. *Dr. soc.* 2010. 815, étude J. Mouly.

tait, pour obtenir sa réintégration, la conformité de l'article L. 1235-3 du code du travail à l'article 6-1 du PIDESC relatif au droit à l'emploi, la Cour de cassation a répondu que la règle posée par ledit article, « subordonnant la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur, [...] opère une conciliation raisonnable entre le droit de chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte ». En d'autres termes, si, aux yeux de la Cour, la conciliation opérée par l'article L. 1235-3 du code du travail entre le droit au travail [du salarié] et la liberté d'entreprendre [de l'employeur] est « raisonnable », c'est qu'il n'a pas été porté une atteinte excessive au premier, le législateur devant également tenir compte des impératifs liés à l'exercice de la seconde. Il n'est guère discutable, en effet, que l'expression « conciliation raisonnable », utilisée par la Cour, renvoie implicitement, mais nécessairement, à l'application du principe de proportionnalité. Ainsi, du point de vue formel, la Cour de cassation semble bien traiter de manière égale les deux prérogatives en conflit. Et pourtant, l'application du principe de proportionnalité est une nouvelle fois en pur trompe-l'œil.

Il suffit d'observer, en effet, que la proposition énoncée par la Cour de cassation est une proposition *générale* qui, dans le conflit qui l'oppose au droit à l'emploi du salarié, fait à *tout coup* triompher la liberté d'entreprendre de l'employeur. Dans l'hypothèse d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge ne peut en effet *jamaïs* imposer la réintégration du salarié, celle-ci étant réservée aux seuls cas de licenciements nuls. Il paraît, dans ces conditions, bien difficile de soutenir que la conciliation opérée entre les droits et libertés en conflit est une conciliation « raisonnable », c'est-à-dire *équilibrée*, puisqu'elle sacrifie en toute hypothèse le droit à l'emploi au bénéfice de la liberté d'entreprendre laquelle, en revanche, sort totalement indemne du conflit. Une conciliation raisonnable des droits et libertés en conflit eût supposé, au contraire, que le droit à l'emploi puisse exceptionnellement prévaloir sur la liberté d'entreprendre, notamment lorsque le salarié connaît des difficultés de réinsertion. Cet exemple montre néanmoins comment, sous les

apparences d'une balance des intérêts, un traitement inégalitaire des droits et libertés en conflit peut privilégier la liberté d'entreprendre au détriment de la protection des salariés. Le résultat obtenu n'est alors pas foncièrement différent de celui auquel conduit la méthode qui admet ouvertement la suprématie des libertés économiques.

## 2. La hiérarchie

En premier lieu, on mentionnera, mais sans y insister, un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 2004<sup>155</sup>, dit « arrêt des pointeuses », qui, en son temps, a suscité l'émoi de la doctrine « travailliste », mais qui semble être resté isolé, peut-être en raison des critiques doctrinales dont il a fait l'objet. En l'occurrence, pour censurer une cour d'appel qui avait ordonné à un employeur de déplacer les pointeuses en un lieu qui permettrait aux salariés de jouir pleinement de leur temps de pause, la Cour de cassation considéra que les juges du fond avaient « porté atteinte au pouvoir de direction [de l'employeur] et ainsi violé le principe fondamental de la liberté d'entreprendre ». Par cette décision, la Cour régulatrice rattachait donc, de manière spectaculaire, le pouvoir de direction de l'employeur à la liberté d'entreprise en faisant accéder celui-ci au rang de liberté fondamentale. En définitive, la fondamentalisation du droit du travail se concrétisait par... une fondamentalisation du pouvoir du chef d'entreprise. C'est ce raccordement du pouvoir de direction de l'employeur à une liberté fondamentale qui fut contesté. On fit valoir que cet arrêt dénaturait la notion de liberté fondamentale, dont le rôle n'est pas de justifier un pouvoir, mais de protéger contre lui. On dénonça également les effets potentiellement dévastateurs de l'arrêt car, en élevant le pouvoir patronal au rang de liberté fondamentale, il donnait à l'employeur la possibilité de l'invoquer pour tenir en échec les dispositions protectrices de droit du travail, qu'elles soient légales ou conventionnelles<sup>156</sup>. On remarquera surtout que l'arrêt, en omettant d'appliquer le principe de proportionnalité pour résoudre le conflit de fondamentalité qui lui était soumis, au lieu de traiter de façon égalitaire les libertés en conflit, plaçait en réalité les libertés économiques dans une position de supériorité hiérarchique, qui ne laissait aucune chance aux droits fondamentaux des salariés de l'emporter.

155. *Dr. ouvrier* 2005, p. 1, étude E. Dockès.

156. E. Dockès, préc., dont l'étude était significativement intitulée : « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? ».

Aujourd'hui, cette façon de faire est plutôt l'apanage de la CJUE, comme l'ont notamment montré les célèbres arrêts Viking et Laval de 2007<sup>157</sup>.

Dans ces deux espèces, des mouvements syndicaux avaient été déclenchés pour contrer de véritables actions de dumping social puisque, dans l'une, l'employeur finlandais entendait faire passer le navire qu'il exploitait sous pavillon de complaisance estonien alors que, dans l'autre, il voulait soumettre les salariés d'une filiale lettone détachés en Suède au droit du travail du pays d'origine. Par question préjudicielle, il était donc demandé à la CJUE de se prononcer sur la compatibilité d'actions collectives syndicales avec l'exercice de libertés économiques reconnues par l'Union, et notamment de la liberté de circulation. La particularité de ces affaires tenait à ce que, pour une fois, ce n'était pas à une réglementation nationale qu'il était reproché de faire obstacle à l'exercice de la liberté de circulation, mais à un mouvement syndical qui ne pouvait même pas s'appuyer alors sur l'exercice d'un droit. Habilement, la Cour est cependant parvenue à juridiciser le conflit et à revenir sur un terrain qui lui est plus familier en procédant à une reconnaissance du droit de grève, spectaculairement hissé au plus haut de la hiérarchie des normes « communautaires » puisqu'il est proclamé « droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect ». Et pourtant, tout allait se passer comme si la Cour n'avait reconnu le droit de grève aux salariés que pour mieux pouvoir ensuite le juguler, en le soumettant à l'emprise des libertés économiques et aux lois du marché<sup>158</sup>.

En effet, la CJUE décide que le droit de grève ayant vocation à constituer une « entrave à la liberté de circulation économique », l'action des travailleurs suppose dès lors de la part de ceux désireux de s'y joindre la démonstration d'une « justification pertinente ». Ainsi, après avoir solennellement proclamé le droit des salariés de mener des actions collectives, la CJUE en soumet

l'exercice à des conditions qui, paradoxalement, en constituent la négation pure et simple. Normalement, en effet, le titulaire d'un droit n'a pas à se justifier pour en revendiquer l'exercice. En réalité, dans son raisonnement, la Cour a subrepticement inversé sa démarche en plaçant au premier rang les libertés économiques, prioritairement protégées par l'Union européenne et en reléguant le droit d'action collective des salariés dans la catégorie des droits fondamentaux de rang inférieur, primé par les libertés économiques aux impératifs desquelles il est sommé de se soumettre<sup>159</sup>. Comme un auteur<sup>160</sup> l'a justement remarqué, parce qu'il ne vient pas au soutien du marché, le droit de grève constitue, aux yeux de la Cour, un droit suspect qui doit prouver son « innocence ». En fin de compte, parce qu'elle établit, entre les libertés économiques et les droits sociaux, un rapport de principe à exception, la Cour de Luxembourg parvient à faire prévaloir de façon quasi-systématique les premières sur les seconds et à sacrifier un droit fondamental des salariés<sup>161</sup>.

Il faut bien admettre, en effet, qu'il sera tout à fait exceptionnel que, dans le conflit qui l'oppose à la liberté de circulation économique, le droit de grève puisse triompher alors que l'entrave à cette liberté que constitue le droit d'action collective n'est susceptible d'être justifiée qu'en présence d'impérieux motifs d'intérêt général, dont l'arrêt Laval rappelle qu'ils doivent en principe s'identifier à des exigences d'ordre public ou de sécurité et de santé publiques. Les mouvements de grève dans la réalité de la vie sociale n'étant que très rarement déclenchés en vue de pareils objectifs, l'on conviendra donc aisément que la CJUE ne devrait que très exceptionnellement reconnaître la légitimité de l'exercice du droit d'action collective par les travailleurs. Même si la Cour paraît prête à élargir quelque peu le concept d'impérieux motif d'intérêt général, l'arrêt Laval, en refusant de prendre en compte des revendications d'ordre salarial en l'absence de législation nationale sur ce point,

157. CJCE 6 déc. 2007, aff. C-437/05; CJCE 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Dr. soc.* 2008. 210, note P. Chaumette; *ibid.* 866, note N. Moizard; *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1650, note S. Laulom; *RDT* 2008. 80, S. Robin-Olivier et E. Pataud; *ibid.* 2009. 12, note E. Dockès (L'Europe antisociale); *RJS* 2008, n° 7, p. 601, note J.-P. Lhernould; *JCP S* 2008. 15, note B. Teysié. v. aussi, P. Rodière, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJUE », *Dr. soc.* 2010. 573.

158. La CJCE a en revanche admis de faire échapper au droit de la concurrence les conventions collectives poursuivant des objectifs de politique sociale, bien qu'elles puissent avoir des effets restrictifs sur le marché, CJCE 21 sept. 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Dr. soc.* 2000. 106, note X. Prétot.

159. J. Mouly, « Les libertés syndicales et le droit de grève : l'opposition des droits européens », Colloque des 21 et 22 octobre 2010, Université de Jagelone, Cracovie.

160. B. Edelman, « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *D.* 2009.1547.

161. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Les jurisprudences européennes et le droit d'action collective », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, p. 131.

souligne combien les éléments retenus par la Cour sont peu adaptés à la réalité des situations sociales susceptibles de provoquer des conflits collectifs<sup>162</sup>. En outre, la CJUE vérifie que la « restriction », c'est-à-dire ici la grève décidée par les travailleurs, est de nature à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Les juges nationaux sont ainsi invités à contrôler que les syndicats ne disposaient pas, pour faire aboutir leurs revendications, d'autres moyens moins restrictifs de la liberté de circulation que la grève et que les syndicats ont épuisé ces moyens avant de déclencher leur mouvement. Le droit de grève, pourtant droit fondamental, devient ainsi un *droit subsidiaire*, une sorte d'ultime recours disponible seulement lorsque tous les autres moyens ont échoué<sup>163</sup>. Il faut bien reconnaître alors qu'il ne reste pas grand-chose du droit de grève pourtant solennellement proclamé.

Cette différence de traitement entre, d'une part, les libertés économiques, d'autre part, les droits sociaux fondamentaux, apparaît encore avec plus d'éclat lorsque l'on compare les décisions Laval et Viking avec un autre arrêt de la CJUE, l'arrêt Eugen Schmidberger<sup>164</sup>, rendu à propos du blocus d'une autoroute autrichienne par une manifestation d'associations écologistes. La CJUE avait cette fois à trancher un conflit entre la liberté de circulation et une liberté de nature politique, la liberté de manifestation. Or, dans cet arrêt, la CJUE a considéré que la protection de cette liberté constituait un intérêt légitime de nature à justifier, le cas échéant, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le Traité, telle la libre circulation des marchandises. La CJUE admettait donc qu'une liberté économique, pourtant aussi essentielle que la liberté de circulation, pouvait être primée par une autre liberté de nature différente, en l'occurrence une liberté politique. Pour rendre pareille décision, la CJUE avait cependant

dû abandonner la priorité que ses arrêts Viking et Laval donnaient aux libertés économiques sur les autres, au profit de la méthode plus égalitaire de la balance des intérêts.

C'est une telle méthode que la Cour devrait également adopter pour trancher les conflits entre les libertés économiques et les droits sociaux fondamentaux si elle souhaitait que le droit de grève, dont elle a solennellement proclamé l'existence et qui, depuis, a été également reconnu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union<sup>165</sup>, ne soit plus systématiquement sacrifié au bénéfice de la liberté de circulation. Une telle évolution est éminemment souhaitable car, dans un système où les libertés économiques peuvent permettre aux employeurs de s'organiser en pratiquant des actions de dumping social, il est tout à fait indispensable que les salariés puissent disposer, en riposte, d'une arme efficace qui ne soit pas une simple épée de bois. Elle ne ferait d'ailleurs que s'aligner sur la position du Comité EDS qui, pour condamner la loi suédoise transposant la jurisprudence Laval et Viking, a décidé que « les libertés économiques ne pouvaient avoir une valeur plus grande que les droits essentiels des travailleurs »<sup>166</sup>. On a parfois présenté un arrêt du 15 juillet 2012 *Commission / RFA* comme se ralliant à cette méthode de la balance des intérêts<sup>167</sup>, mais cette décision, relative, non au droit de grève, mais au droit de négociation collective, traditionnellement traité avec faveur par la CJUE<sup>168</sup>, n'a sans doute pas la portée qu'on lui a attribuée.

En tout cas, tant que, dans des ordres juridiques auxquels notre ordre interne se trouve subordonné, des solutions, telles que celles des arrêts Viking et Laval, subsisteront et continueront à pouvoir faire prévaloir, de façon quasi-systématique, les libertés économiques sur les droits sociaux fondamentaux, une lourde menace pèsera sur ces derniers. Faut-il alors augurer que la Cour EDH, qui, depuis son arrêt *EnerjiYapiYol Sen c/ Turquie*<sup>169</sup>, protège de façon beaucoup

162. *Ibid.*

163. *Ibid.*

164. CJCE 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Rec.* I-5659.

165. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 28.

166. CEDS 3 juill. 2013, récl. n° 85/2012, § 122.

167. CJUE 15 juill. 2012, *Commission c/ RFA*, C-271/08, v. F. Kessler, « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », *Dr. soc.* 2010. 1233; J.-F. Akandji-Kombé, « Négociation collective et marché intérieur. La Cour de cassation franchit-elle le cap ? », *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1463, p. 5; S. Laulom, « Le droit de négociation collective et les libertés économiques », *Sem. soc. Lamy* 2011, suppl. n° 1489; J.-Ph. Lhernould, « Concilier la couverture sociale avec les libertés économiques, *Liaisons sociales Europe* », n° 258, p. 2.

168. CJCE 21 sept. 1999, *Albany*, C-67/96.

169. *RDT* 2009. 499, note J.-P. Marguenaud et J. Mouly.

plus énergique le droit de grève, applique aux arrêts Viking et Laval sa jurisprudence *Bosphorus c/ Irlande* du 30 juin 2005 qui, tout en posant le principe de l'équivalence de protection des droits fondamentaux dans les deux ordres juridiques européens, n'exclut pas une condamnation du droit de l'Union lorsque celui-ci contredit par trop ouvertement la présomption ainsi posée ? Il est cependant peu probable que la Cour de Strasbourg se résolve à une telle extrémité, du moins dans un proche avenir, ne serait-ce que parce qu'elle semble faire preuve actuellement d'une certaine prudence, en laissant aux États une large marge d'appréciation, y compris en matière de droit de grève<sup>170</sup>. Plus encore, cette immersion des droits sociaux fondamentaux dans les ordres juridiques européens pourrait bien provoquer des révisions déchirantes de la conception « française » de ceux-ci.

Notamment, en raccordant, dans son arrêt *EnerjiYapiYol Sen*, le droit de grève à l'article 11, qui reconnaît de manière générale le droit à la liberté syndicale, la Cour EDH admet nécessairement que ce droit « dérivé » appartient aussi aux employeurs. Tout comme le droit de l'Union, la Cour de Strasbourg reconnaît donc l'existence d'un droit d'action collective des employeurs, autrement dit un droit de *lock-out*. Or tel n'est pas le cas du droit français qui, estimant, au contraire, que le *lock-out* est la négation du droit de grève, considère que la reconnaissance de celui-ci implique nécessairement l'exclusion de celui-là<sup>171</sup>. On trouve bien quelques arrêts admettant la fermeture de l'entreprise par l'employeur, mais seulement dans des hypothèses de « conjonctures contraignantes », exclusives de tout véritable *lock-out*<sup>172</sup>. En réalité, les droits européens consacrent ici une bilatéralisation du droit de grève, largement inspirée par la doctrine de l'égalité des armes, en vigueur dans les pays germaniques et scandinaves<sup>173</sup>. Cette bilatéralisation concerne d'ailleurs aussi, comme l'a montré l'arrêt *Gustafsson c/ Suède*<sup>174</sup>, le droit de

négociation collective qui, dans son volet négatif, pourrait bien tenir en échec l'obligation de négocier des employeurs telle que prévue par notre droit interne. On le voit, la fondamentalisation du droit du travail, combinée à son internationalisation, pourrait bien obliger demain à des révisions déchirantes dont la protection des salariés ne sortirait pas toujours vainqueur. Une fois de plus, seule une résolution équilibrée de ces conflits de fondamentalité pourra permettre de garantir aux salariés la sauvegarde de leurs droits sociaux fondamentaux face à l'actuelle revitalisation des libertés économiques.

## **B. Les droits fondamentaux au service de la déréglementation ?**

Même formulée en termes interrogatifs, la proposition peut surprendre. Il est plus courant, en effet, de présenter la mobilisation des droits fondamentaux en droit du travail comme l'ultime rempart à sa déréglementation, dans un contexte de mondialisation libérale et de « darwinisme normatif »<sup>175</sup>. Il ne faut pas se méprendre. Cette présentation est avant tout une thèse, que nous envisagerons ici d'abord comme une simple hypothèse (1). L'on constatera cependant que, sans pouvoir être systématisée, elle reçoit parfois un début de confirmation, dans certains cas particuliers heureusement encore limités, mais qui pourraient être appelés à se multiplier (2).

### **1. La thèse de l'appauvrissement de l'ordre public social**

Influencés par la conception marxiste du droit du travail<sup>176</sup>, certains auteurs analysent la mobilisation des droits fondamentaux dans cette discipline comme une « modalité d'accompagnement des transformations du capitalisme » contemporain<sup>177</sup>. Cette thèse, pour le moins atypique, s'appuie en premier lieu sur le constat suivant lequel la mobilisation des droits fondamentaux en droit du travail coïncide avec le déclin de celui-ci. Or, pour les partisans de cette thèse, cette coïncidence ne serait pas fortuite ; en effet,

170. CEDH 8 avr. 2014, *RMT c/ Royaume-Uni*, J.-P. Marguénaud et J. Mouly, Chron. 2014 – Sur la jurisprudence de la CEDH en droit du travail, *Dr. soc.* 2015, à paraître.

171. Soc. 17 déc. 2013, *Dr. soc.* 2014. 292, note D. Boulmier, A. Ramin, *Le lock-out et le chômage technique*, LGDJ, 1974.

172. Soc. 4 juill. 2000, *Dr. soc.* 2000. 1091, note A. Cristau.

173. J. Mouly, « Droits sociaux et droits de l'homme », *Dr. soc.* 2002. 789.

174. CEDH 25 avr. 1996, *Gustafsson c/ Suède*, D. 1997. 363, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

175. Expression empruntée à A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Le Seuil, 2010.

176. Congrès Marx international III sur « Le capital et l'Humanité », des 26 et 27 septembre 2001, Paris X Nanterre-Sorbonne.

177. I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexion autour d'une problématique ambivalente », *Dr. ouvrier* 2002. 343 – V. aussi du même auteur, *Droits fondamentaux et droit du travail*, Thèse Paris X Nanterre, 1997.



les crises économiques successives que connaît la période ne suffiraient pas, à elles seules, à expliquer ce déclin. Ces auteurs émettent plutôt l'hypothèse que « l'invocation des droits fondamentaux en droit de travail [est] le produit de la déshérence d'un ordre public social dévoré par le contrat et l'aspiration croissante du patronat au renforcement de l'autonomie collective »<sup>178</sup>. Loin de constituer un obstacle à la déréglementation, les droits fondamentaux en constitueraient donc, au contraire, le catalyseur, en garantissant en toutes circonstances la préservation de la dignité des salariés, quelle que puisse être l'ampleur de la déréglementation. La dignité des travailleurs étant ainsi assurée, le législateur pourrait alors donner libre cours à son action de flexibilisation du droit du travail en continuant à en faire un droit instrumental aux services de fins purement économiques. D'ailleurs, et comme en écho à cette thèse, il a parfois été proposé de cantonner la législation du travail au strict énoncé des droits fondamentaux des salariés, l'autonomie collective des partenaires sociaux permettant d'aménager ensuite les relations entre employeurs et salariés au mieux des besoins des diverses branches et entreprises, sous la seule réserve du respect de ces droits fondamentaux<sup>179</sup>.

Dans cette thèse, la théorie des droits fondamentaux est donc clairement mise en relation avec une conception purement libérale des relations de travail subordonnées. Instrumentalisée, elle deviendrait un puissant facteur de déréglementation et de démantèlement du droit du travail. « L'invocation des droits fondamentaux [viserait] moins l'obtention de droits sociaux nouveaux au profit des travailleurs que la garantie du respect de la personne au travail face aux pratiques de flexibilisation des conditions d'emploi de la main-d'œuvre »<sup>180</sup>. En droit du travail, les droits fondamentaux se présenteraient donc sous le sceau de l'ambivalence puisque, tout en garantissant aux travailleurs leur droit à la dignité, ils favoriseraient, pour cette raison et par une sorte d'« effet boomerang », une plus grande flexibilité du droit du travail, avec en prime le risque d'une reformulation d'un ordre public social res-

treint. En définitive, ils n'auraient servi que d'alibi au démantèlement d'un droit du travail protecteur des salariés « en [masquant] la persistance des phénomènes de pouvoir et de domination qui sont au cœur du droit du travail »<sup>181</sup>.

Il est difficile de souscrire pleinement à cette thèse, ne serait-ce que parce que la mobilisation des droits fondamentaux a largement contribué, comme on l'a vu, à améliorer la situation des salariés dans l'entreprise. Force est pourtant de reconnaître qu'ils n'ont pas réussi à endiguer complètement le mouvement de déréglementation observé depuis une trentaine d'années, depuis précisément qu'ils ont été mis à l'honneur dans le domaine des relations de travail. Même si l'on se refuse, comme dans la thèse ci-dessus exposée, à admettre l'existence d'un lien de cause à effet entre les deux phénomènes, il paraît cependant difficile de ne pas reconnaître l'ambivalence des droits fondamentaux qui, tout à la fois, garantissent aux travailleurs une protection minimale par le truchement de leur droit à la dignité, mais peuvent aussi, à terme, réduire leur protection à ce minimum d'ordre public, substitué à l'ordre public social traditionnel. Les droits fondamentaux ne permettent pas de conjurer ce risque d'appauvrissement de l'ordre public en droit du travail. Ils peuvent même en faciliter parfois la réalisation. On donnera ici deux exemples de cette évolution.

## 2. Illustrations

Le premier sera emprunté à la convention de forfait-jours annuel instaurée pour les cadres par la loi Aubry II du 19 janvier 2000. Comme toutes les conventions de forfait, elle stipule une rémunération globale pour le travail à effectuer, sans distinction entre les heures normales et les heures supplémentaires; mais leur véritable originalité tient ici à ce que le temps de travail est fixé en jours sur l'année. Surtout, les salariés qui ont souscrit de telles conventions ne sont pas soumis aux dispositions relatives aux durées maximales de travail quotidienne et hebdomadaire, seules celles sur les temps de repos étant applicables. Les salariés peuvent ainsi être amenés à travailler soixante-dix-huit heures par semaine; ces condi-

178. *Ibid.*

179. Cette proposition ne doit pas être confondue avec celle qui préconise d'énoncer en tête du code du travail un catalogue de principes fondamentaux qui ne substituerait aux dispositions du code, mais serviraient de guide à leur interprétation en leur redonnant de la cohérence, v. R. Badinter et A. Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015 – Adde A. Lyon-Caen, D. 2015. 1528, Entretien, « De nouveaux principes pour le droit du travail », qui précise bien que ces principes ne doivent pas se substituer au code du travail mais plutôt présider à sa recomposition.

180. I. Meyrat, préc.

181. *Ibid.*



tions de travail ont même été aggravées par des dispositions plus récentes, notamment celles de la loi du 20 août 2008, qui élèvent la durée annuelle de travail à trois mille cent vingt-quatre heures, soit une moyenne de plus de soixante-six heures pour chaque semaine de l'année entière. Cette législation sur les forfaits-jours constitue un bel exemple de « flexibilisation » du droit du travail, alors que la Cour de cassation jugeait encore naguère que « la seule qualité de cadre ne suffit pas à exclure le salarié du droit au paiement des heures supplémentaires »<sup>182</sup>. Le Comité européen des droits sociaux (Comité EDS) a d'ailleurs condamné à plusieurs reprises ce système de forfait-jours en considérant qu'il autorisait une durée du travail « manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable » au sens de l'article 2.1 de la Charte sociale révisée, relatif au droit à des conditions de travail équitables<sup>183</sup>. Même si les décisions du Comité n'ont pas de force contraignante en droit interne, on pouvait penser qu'il y avait là une bonne raison pour la Cour de cassation de stigmatiser ces forfaits quasi-léonins.

Or, dans son arrêt *Moulin* du 29 juin 2011<sup>184</sup>, la Cour de cassation a choisi au contraire de le valider en s'appuyant principalement sur le droit de l'Union, la Charte sociale européenne n'étant citée que par renvoi. Et pourtant, dans sa décision, la Cour convoque bien les droits sociaux fondamentaux des travailleurs, mais de manière particulièrement édifiante. En effet, la convention de forfait-jours bénéficiant d'une validation de principe, les droits fondamentaux des salariés ne sont mobilisés que pour stigmatiser le mécanisme lorsque, par exception, il leur porterait effectivement atteinte. La Cour régulatrice rappelle en effet que, le droit à la santé et le droit au repos constituant des « exigences constitutionnelles », la convention de forfait-jours ne peut être licite que si elle permet d'assurer le respect de ces exigences. Par la grâce des droits fondamentaux, les conventions de forfait-jours se trouvent ainsi débarrassées de tout soupçon d'il-

licéité, puisque de toute façon le mécanisme est neutralisé dans le cas extrême où il leur ferait grief. Contrairement au Comité EDS, la Cour de cassation ne se contente donc pas de simples potentialités d'atteinte aux droits fondamentaux pour stigmatiser le forfait-jours; elle exige la démonstration effective de cette atteinte. Les droits fondamentaux sont ainsi cantonnés à un rôle « d'exception d'illicéité », le mécanisme douteux bénéficiant au contraire d'une validité de principe<sup>185</sup>. Les droits fondamentaux volent ainsi au secours de la flexibilisation, en jouant un rôle de soupape de sûreté ou de garde-fous. Ils garantissent bien une protection minimale aux travailleurs; mais ce nouvel ordre public minimum, « projection des droits fondamentaux des salariés »<sup>186</sup>, se substitue à l'ordre public social ancien, plus protecteur, mais d'autant plus facilement menacé par la déréglementation que la dignité du salarié se trouve de toute façon garantie. La situation est cependant plus grave encore, dans l'hypothèse où le pays est en proie à une grave crise économique. Le cas récent de la Grèce en fournit une excellente illustration.

À cette occasion, le Comité EDS a été appelé à se prononcer sur la conformité à la Charte sociale révisée de mesures emportant une intense déréglementation du droit du travail grec, imposées par des organismes financiers internationaux<sup>187</sup>. Or, si le Comité, dans des remarques liminaires particulièrement intéressantes, a bien rappelé l'existence du principe de non-régression, il lui a néanmoins conféré une portée bien différente de celle habituellement retenue. En effet, après avoir que « la crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte » et que « les gouvernements se doivent de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir », il décide néanmoins que la crise peut légitimement conduire à « des modifications

182. Soc. 14 juin 1990, *Bull.* V, n° 285.

183. CEDS 11 déc. 2001, récl. n° 9/2000 et CEDS 7 déc. 2004, récl. n° 22/2003; 23 déc. 2010, n° 55/2009; M. Miné, « Le droit du temps de travail à la lumière de la charte sociale européenne », *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1475, p. 11; S. Laulom, « L'organisation du temps de travail sous l'influence des droits sociaux européens », *RDT* 2011, 298; J.-F. Akandji-Kombé, « L'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité EDS du 23 juin 2010 », *RDT* 2011, 233; J.-Ph. Lhernould, *RJS* 6/02, 513.

184. *Sem. soc. Lamy* 2011, n° 1499, p. 9, obs. F. Mazars et P. Florès; *RDT* 2011, 474, notes B. Van Craeynest et P. Masson; *ibid.* 474, F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours; *Dr. ouvrier* 2011, p. 171, note A. Lyon-Caen.

185. À la décharge de la Cour de cassation, il faut cependant reconnaître qu'elle a très souvent fait jouer l'exception d'illicéité, en invalidant nombre de conventions collectives relatives aux conventions de forfait-jours.

186. F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », *Mélanges en l'honneur de J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 363.

187. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Le principe de non-régression devant le Comité EDS en période de crise », *Dr. soc.* 2012, 339.

législatives et à des mises en cause des pratiques en vigueur en vue d'alléger les contraintes pesant sur les entreprises ». Tout au plus, ajoute-t-il, ces mesures ne sauraient se traduire « par une précarisation ou une déstabilisation excessives des bénéficiaires des droits reconnus par la Charte »<sup>188</sup>. Ce n'est donc pas la régression de la protection des droits sociaux en elle-même qui est dénoncée, mais seulement son excès. Face aux temps de crise, ce n'est plus un « effet cliquet » qui est déployé par le Comité EDS, mais un simple « effet plancher », déterminé en l'occurrence par le « noyau dur » des droits fondamentaux, c'est-à-dire leur « substance ». Ainsi, par exemple et de manière très significative, le Comité considère qu'en période de crise la rémunération ne devient inéquitable que si elle tombe en dessous... du seuil de pauvreté. Il faut bien alors reconnaître que les droits fondamentaux ou, plus exactement, ce qu'il en reste, c'est-à-dire leur substance est réduite à la portion congrue et que la protection accordée aux travailleurs par leur truchement ne leur est plus d'un très grand secours. Des droits fondamentaux pour éviter... la misère, comme au XIX<sup>e</sup> siècle. On pouvait attendre davantage de la fondamentalisation du droit du travail. Une fois de plus, les libertés économiques prennent le pas sur les droits sociaux. Il n'est pas sûr pourtant que le pacte social qui avait été invoqué par l'avocat général Poiares Maduro dans ces conclusions sur l'affaire Viking et selon lequel les ressortissants de l'Union acceptaient de se soumettre aux lois du marché en échange de la prospérité économique puisse ici trouver application.

En conclusion, il serait évidemment excessif de nier l'apport considérable de la fondamentalisation du droit du travail et l'innovation capitale qu'a pu constituer la « reconstruction » de la matière à partir des droits fondamentaux. Cet apport ne se situe pas d'ailleurs tellement du côté de la dignité du travailleur subordonné, que les dispositions de notre code du travail parvenaient déjà très largement à assurer. Cette fondamentalisation a surtout permis la consécration de la règle selon laquelle le salarié au travail, quoique soumis à l'autorité de l'employeur, ne cesse pas d'être titulaire, comme tout être humain, de l'ensemble de ses droits fondamentaux, y compris de ses droits civils et politiques

devenus ainsi des droits « effectifs et concrets ». Cette fondamentalisation du droit du travail, et ce n'est pas le moindre de ses mérites, a aussi permis d'instaurer un contrôle juridictionnel plus satisfaisant des pouvoirs de l'employeur, et notamment de son pouvoir de direction, grâce à des techniques nouvelles, d'ailleurs très largement empruntées au droit public. Parmi celles-ci, le principe de proportionnalité occupe bien sûr une place à part ; il introduit, en effet, un contrôle plus affiné de l'adéquation de la mesure patronale à la situation de l'entreprise, notamment en la mettant en balance avec la situation personnelle du salarié. Cela étant, et malgré ces apports indéniables, la fondamentalisation du droit du travail demeure néanmoins placée sous le signe de l'ambivalence. Elle suppose, en effet, que, par un effet de symétrie ou de réciprocité, les employeurs puissent également se prévaloir, quand ils y ont intérêt, des droits fondamentaux qui sont à leur service : droit de propriété, liberté d'entreprise. Il en résulte alors un conflit de fondamentalité entre droits de l'homme de la première et de la seconde génération, qui ne se résout pas forcément au profit des travailleurs. C'est la protection des salariés élaborée progressivement depuis plus d'un siècle qui peut même alors se trouver menacée, d'autant que le juge, dans le conflit qu'il doit trancher, ne parvient pas toujours à maintenir la balance égale entre ces droits et libertés contradictoires. Il n'est même pas sûr que les droits fondamentaux puissent constituer le rempart attendu contre la déréglementation aujourd'hui triomphante, notamment lorsque les salariés en ont le plus besoin, c'est-à-dire en période de crise. En définitive, si l'on souhaite que, dans le contexte actuel de globalisation libérale de l'économie, les droits fondamentaux ne deviennent pas une sorte de cache-misère, il faudra se souvenir que leur finalité est de replacer l'individu au centre des préoccupations de la société. Dès lors, la fondamentalisation du droit du travail devrait persuader que cette discipline n'est pas une simple législation banale de l'entreprise, que l'on peut instrumentaliser à l'envi, mais qu'elle fait au contraire partie intégrante du droit des personnes et que, à ce titre, la protection des salariés constitue son objectif prioritaire, avant les préoccupations économiques contingentes du moment.

188. CEDS 23 mai 2012, récl. n° 65/2011 et récl. n° 66/2011.

# Droit de l'environnement

---

*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 de l'environnement, sous la direction du professeur Laurent Neyret.*

# Petit un du Grand B :

---

## avant-propos

### « S'il vous plaît... dessine-moi le droit de l'environnement de demain ? »

**Laurent Neyret**

Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin

**A** lors que je m'étais assis à ma table de travail et attelé à la rédaction de ces quelques lignes de présentation de la nouvelle rubrique « Perspectives » de la *Revue de droit d'Assas* dont le droit de l'environnement allait être la matière inaugurale<sup>1</sup>, je fermais les yeux en quête d'inspiration. C'est alors que surpris, j'entendis une drôle de petite voix me demander :

« S'il vous plaît... dessine-moi le droit de l'environnement de demain ? »

Je me suis alors redressé. J'ai bien frotté mes yeux. Et j'ai vu un petit bonhomme extraordinaire, assis devant moi.

Il me répéta alors, tout doucement :

« S'il vous plaît... dessine-moi le droit de l'environnement de demain ? »

Voilà, retracée à grands traits, la réponse que je lui fis.

« D'abord, tu vois mon bonhomme, alors qu'aujourd'hui le droit de l'environnement donne parfois lieu à défiance, demain, il pourrait bien devenir l'une des plus grandes arches de confiance du droit. L'expérience aura montré que le droit de l'environnement était moins un frein qu'un moteur pour l'économie. Et les phrases du type "les questions d'environnement, ça commence à bien faire" ou bien "honne soit le principe de pré-

caution" ne seront plus que de mauvais rêves dont, je suis sûr, tu n'auras aucun mal à chasser le souvenir à coup d'incantations magiques comme les enfants savent si bien le faire.

Au-delà, comme le pressent ici Christian Huglo, l'un des pionniers de la protection de l'environnement dans les prétoires, la confiance à l'égard du droit de l'environnement en fera le terrain privilégié de l'alliance entre les intérêts en présence, passant ainsi de la contestation à la concertation entre les parties prenantes.

Le droit de l'environnement ne sera plus seulement un droit de la puissance publique mais aussi un droit de la participation du public dans un souci de respect de la démocratie environnementale. Il combinera alors davantage le glaive et la balance, pour ne plus seulement tailler la part du lion au premier symbole au détriment du second. À cet égard, la société civile sera hissée au rang d'acteur incontournable de la régulation environnementale.

En amont de la norme, cela se traduira par l'institution d'une initiative citoyenne mondiale<sup>2</sup> propre à déclencher le processus d'élaboration d'un texte international dans le domaine du droit de l'environnement. Cela s'inscrira dans le prolongement de ce qui existe déjà à l'échelle euro-

---

1. Pour un regard plus approfondi : L. Neyret, « Le changement en droit de l'environnement », *RDA*, n° 10, Le changement du droit, févr. 2015, p. 251.

2. Proposition 1 in *Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement – Devoirs des États, droits des individus*, Rapport de la Commission Environnement du Club des juristes, oct. 2015.

péenne, et qui a d'ailleurs servi de support à la proposition d'un texte pour incriminer les comportements les plus gravement attentatoires à la sûreté de la planète, qualifiés d'écocides.

En aval de la norme, la société civile disposera d'un accès privilégié aux outils de contrôle des obligations environnementales. À l'échelle nationale, cela prendra la forme d'un droit d'accès garanti à la justice (les pays dans lesquels les organisations non gouvernementales (ONG) n'ont pas le pouvoir de déclencher les poursuites par le biais d'un dépôt de plainte avec constitution de partie civile sont encore trop nombreux aujourd'hui). À l'échelle internationale, pour dépasser l'inertie des États qui sont bien souvent les spectateurs consentants du non-respect des conventions internationales en matière environnementale, les textes ouvriront la saisine de leurs comités de non-respect à la société civile<sup>3</sup>, sur le modèle de la Convention d'Aarhus de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

Au sein de la société civile, le rôle des experts ira croissant. L'expertise scientifique sera plus indépendante et, dès lors, elle deviendra une source privilégiée et légitime d'inspiration des normes environnementales, comme le démontrent de manière percutante Yann Kerbrat et Sandrine Maljean-Dubois à propos des rapports entre les travaux du Groupe intergouvernemental sur le climat (GIEC) et l'établissement des règles internationales dans le domaine climatique ».

Le petit bonhomme me regardait toujours avec ses yeux ronds.

Il paraissait convaincu par le tableau que je lui dressais.

Le sentant conquis, je m'empressai de poursuivre mon idylle.

« Ensuite, mon bonhomme, alors qu'aujourd'hui, le droit de l'environnement est excessivement centré sur le local, demain, il devrait s'ouvrir davantage sur le global. Crois-en la cartomancienne Mathilde Hautereau-Boutonnet qui nous livre sa vision de l'avenir dans son plaidoyer "pour un droit global de l'environnement" !

Global, le droit de l'environnement le sera, en premier lieu, de par sa dimension mondiale.

Aujourd'hui, quand tu poses les yeux sur le droit international de l'environnement, tu risques fort de ressentir une sensation de vertige, tant les textes sont nombreux en la matière, plus de cinquante exactement. Mais si tu portes désormais ton regard sur l'horizon, tu apercevras un texte universel véritable pierre angulaire du droit international de l'environnement qui en contient les principes fondateurs, en complément du dptyque actuel des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, le Pacte relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Un tel texte trouve sa source dans plusieurs propositions formulées à l'approche de la Conférence sur le climat qui s'est tenue à Paris en 2015. Que l'on songe à la proposition d'une Charte universelle de l'environnement faite par la Commission Environnement du Club des juristes<sup>4</sup>, de l'ordre de la *hard law* ou bien encore à la proposition de Déclaration universelle des droits de l'humanité faite par le groupe dirigé par Corinne Lepage, de l'ordre de la *soft law*.

Le droit international de l'environnement consacra un principe de solidarité écologique entre les États, suivant le modèle de la justice distributive. Plus particulièrement, le principe des responsabilités communes mais différenciées deviendra opérationnel et combinera des politiques environnementales communes mais des engagements différenciés selon les capacités des États.

Au-delà des normes décrétées par les États, le droit international de l'environnement sera secrété par des institutions non étatiques dans le prolongement de ce qui existe d'ores et déjà. Toutefois, demain, ce phénomène d'autorégulation environnementale sera corrigé par un suivi et un contrôle des initiatives privées. À cet égard, les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales qui prévoient l'institution de "points de contacts nationaux" pour recevoir les plaintes des ONG, des syndicats et de la société civile en cas de non-respect des Principes par une entreprise<sup>5</sup>, auront servi, depuis, de modèle à d'autres structures de contrôle du même type.

3. Proposition 8, Rapport préc.

4. Proposition 20, Rapport préc.

5. Pour cette proposition en matière climatique, v. Proposition 4 in A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Puf, à paraître 2015.

Global, le droit de l'environnement le sera, en second lieu, de par sa dimension complexe. Le temps paraîtra bien loin où l'on cherchait à le classer soit dans le droit privé, soit dans le droit public, rendant ardu le travail des éditeurs quant au choix de la couleur de la couverture des manuels. Les juristes auront alors accepté qu'une matière puisse exister au croisement de plusieurs disciplines, dans le sens à la fois d'un « dépassement et d'un rapprochement »<sup>6</sup> des droits. Une telle évolution paraît d'autant plus inéluctable que la protection des enjeux essentiels de l'humanité et de l'environnement mérite de concentrer toutes les forces du droit ».

À ces mots, le petit bonhomme s'enfonça dans une rêverie qui dura longtemps.

Puis, il me fit comprendre qu'il voulait en savoir davantage.

« Enfin, bonhomme, tu verras que demain, encore plus qu'aujourd'hui, le droit de l'environnement sera un droit vivant. Qu'un nouveau risque apparaisse et ce sera tout le droit qui réagira. Ainsi, de la même manière qu'hier l'aggravation des risques pour la santé et pour l'environnement liée à l'augmentation de la dangerosité des activités humaines a fait naître les régimes de la responsabilité sanitaire et de la responsabilité environnementale, demain l'aggravation des risques climatiques liée aux activités humaines nécessitera de dessiner les contours d'un régime de responsabilité climatique<sup>7</sup>. Plus encore, la responsabilisation des États et des entreprises transnationales se trouvera renforcée, comme le préconisent les Principes d'Oslo sur les obligations relatives aux changements climatiques. L'obligation de vigilance environnementale sera devenue l'affaire de tous ».

À ces mots, le petit bonhomme réagit :

« Alors, c'est vrai ?

Demain, les hommes se souviendront qu'ils ont approvoisé la Terre ?

Ils se souviendront que l'on devient responsable pour toujours de ce l'on a approvoisé ?

Ils se souviendront qu'ils sont responsables de la Terre ? »

Je savourai ces paroles comme autant de vœux devenus réalité, ce qui m'encouragea à poursuivre plus avant.

« Nul doute encore que face à la déception née du manque d'efficacité des engagements publics et privés pour la protection de l'environnement, les recours au juge se multiplieront avec l'espoir que la *litigation* vienne corriger les lacunes de la *regulation* des acteurs étatiques et non étatiques. En ce sens, la décision du tribunal de La Haye rendue le 24 juin 2015 qui a ordonné à l'État néerlandais de réduire ses émissions de gaz à effet de serre aura fait tache d'huile<sup>8</sup>.

De juges, il en sera certainement largement question dans le futur, que ce soit à l'échelle nationale, par le développement des juridictions spécialisées en matière environnementale sur le modèle de ce qui existe déjà en Inde, au Chili ou en Chine, ou bien à l'échelle internationale, par la création d'une Cour pénale internationale de l'environnement compétente pour statuer des crimes environnementaux les plus graves et à laquelle sera associé un Procureur international de l'environnement<sup>9</sup>.

Quant aux sanctions des obligations environnementales, elles auront été adaptées à la spécificité du contentieux environnemental, que ce soit, en France, par l'entrée du préjudice écologique dans le Code civil et par l'insertion d'un chapitre dédié aux infractions environnementales dans le Code pénal, ou à l'échelle internationale, par la création d'un Fonds d'indemnisation pour l'environnement et la santé publique, provisionné par les contributions des auteurs de risques, en amont de la réalisation des dommages ».

J'avais terminé cet exposé depuis peu que je vis le front du petit bonhomme se plisser et qu'il me dit, de la manière la plus perspicace qui soit :

« Dis Monsieur : ne crois-tu pas que tout cela ne soit qu'utopie ? »

À cela je répondis, en reprenant les paroles de Théodore Monod :

« L'utopie ne signifie pas l'irréalisable, mais l'irréalisé. L'utopie d'hier peut devenir la réalité ».

6. V. M. Hautereau-Boutonnet, préc.

7. L. Neyret, « Quelles responsabilités face au changement climatique ? La naissance du concept de responsabilité climatique », in M. Hautereau-Boutonnet (dir.), « Quel droit face aux changements climatiques ? », Dossier spécial, *Recueil Dalloz*, 2015, à paraître.

8. Contribution de Y. Kerbrat et S. Maljean-Dubois.

9. L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, Propositions 29 et 30.

# Petit deux du Grand B :

---

## pour un droit global de l'environnement

### Perspectives pour un droit global de l'environnement

**Mathilde Hautereau-Boutonnet**

Maître de conférences à Aix-Marseille Université, Chaire CNRS droit de l'environnement (CERIC/UMR 7318)

Lorsque Laurent Neyret nous a proposé, sous forme de « perspectives », d'apporter notre contribution au dossier qu'il dirigerait pour la *Revue de droit d'Assas*, la réponse fut positive car elle intervenait à un moment où nous nous interrogeons, au terme de différentes recherches individuelles et collectives, sur la manière de voir, concevoir, lire et enseigner cette matière et la nécessité, en tant que chercheur et enseignant, d'opérer une évolution vers une vision globale du droit de l'environnement et, *in fine*, l'enseignement d'un droit global de l'environnement<sup>1</sup>.

C'est avec cette idée que notre recherche a débuté, celle-ci s'appuyant précisément sur le constat suivant : face à la complexification du droit de l'environnement – de plus en plus de normes, provenant de multiples ordres et se trouvant dans de plus en plus de disciplines –, la doctrine redessine la carte de ses sources et de ses frontières en regardant de plus près les nouveaux instruments, concepts, principes ou disciplines participant de la régulation des rapports homme/environnement<sup>2</sup>. Pour faire face au

« changement »<sup>3</sup>, une exploration à la loupe du droit de l'environnement se met en place, chaque spécialiste du droit de l'environnement l'observant sous l'angle de sa propre discipline, publiciste ou privatiste, internationaliste, européeniste ou interniste. Or, si d'un côté, l'étude des différentes « parties » du droit de l'environnement nous semble opportune car, mettant en lumière le droit de l'environnement dans ses détails, elle contribue à sa meilleure connaissance et invite à sa permanente redéfinition, d'un autre côté, elle pousse à l'avènement d'une tendance davantage complémentaire que contraire : plus la vision du droit de l'environnement se parcellise, se localise ou se spécialise, plus ses parties apparaissent, en raison de leur alimentation mutuelle et leur interaction permanente, indissociables, conduisant à affirmer que la somme des parties du droit de l'environnement ne constitue pas le tout environnemental, celui-ci ne se comprenant qu'à l'aune des relations qu'il accueille, qu'il génère et qui l'alimentent. D'où le sentiment que, au-delà de et par-delà la microscopie juridique, et en

---

1. Not. dans le cadre du projet circulex « Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement » <ANR-12-GLOB-0001-03 CIRCULEX> auquel ce papier se rattache – V. spéc. *working paper* n° 3, *Les processus de circulations en droit*, S. Maljean-Dubois, CIRCULEX <ANR-12-GLOB-0001-03 CIRCULEX>.

2. A. Van Lang et L. Fontaine, « Le droit et l'environnement », in *Journées nationales Henri Capitant*, Caen, « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2010.

3. L. Neyret, « Le changement en droit de l'environnement », *RDA*, n° 10, *Le changement du droit*, févr. 2015, p. 251.



repreuant la pensée complexe d'Edgar Morin<sup>4</sup>, est venu le temps, après avoir « séparé », de « relier ». C'est ainsi que le premier objectif de cette contribution fut, selon la définition du mot global dans le dictionnaire Larousse, de percer le droit de l'environnement « dans sa totalité, dans son ensemble » sous le prisme du « complexe » impliquant de relier les parties.

Cet objectif nous mena très naturellement à nous intéresser au terme « global » en droit. C'est alors que notre recherche fut contrariée par la découverte d'une tout autre conception du global, y compris en droit de l'environnement, déjà bien connue d'une partie de la doctrine étrangère et française : celle se rapprochant directement ou indirectement aux « théories du droit global », ou du « *Global Law* »<sup>5</sup>. De manière générale, sans qu'il soit d'ailleurs aisé – voire possible – de les synthétiser, ces différentes pensées doctrinales ont pour but de s'interroger sur la réaction du droit face à la globalisation économique, culturelle et sociale, s'entendant ici, si l'on prend soin de respecter la traduction du mot anglais « global », de la mondialisation<sup>6</sup>. La recherche, très disparate et non homogène, s'attelle à mettre en évidence l'existence d'un « droit global » régulant les rapports des hommes à l'échelle mondiale sans se soucier des séparabilités des ordres juridiques, en regardant de près ses institutions créatrices, les principes qui le gouvernent, les normes qui le constituent, les secteurs et les acteurs concernés. Surtout, le droit de l'environnement est particulièrement touché par cette tendance doctrinale, les auteurs n'hésitant pas à piocher dans la matière à titre d'illustrations, voire à appréhender le droit de l'environnement comme thématique essentielle du droit global<sup>7</sup>.

Face à cette découverte, s'il était tentant de la mettre de côté sous couvert d'une délimitation du sujet, ce n'est pas le choix que nous avons

fait. Certes, pour une part, ce global touche à une autre réflexion. Il invite à éprouver le droit de l'environnement face au défi de la mondialisation et, en creux, à s'interroger sur la définition même du droit dans un contexte ouvert à de nouvelles formes et productions du droit. Toutefois, pour une autre part, pour penser ce global, il convient d'adopter une pensée complexe consistant à faire le lien entre les différents pôles qui l'animent. Autrement dit, suivant ici le chemin tracé par Mireille Delmas-Marty, face à ce désordre tout autant qu'au nouvel ordre qu'inspire la globalisation du droit, il convient « d'explorer les voies et moyens d'un droit qui réussirait à ordonner la complexité sans la supprimer, apprenant à la transformer en un pluralisme ordonné »<sup>8</sup>.

En ce sens, il nous est apparu que les deux conceptions du global méritaient, en termes de « perspectives », d'être mises au jour car toutes deux constituent un défi essentiel pour la compréhension et l'enseignement du droit de l'environnement de demain, son champ d'action autant que d'analyse. Alors que le droit global « mondial » trace les nouvelles voies normatives pour une régulation environnementale bouleversée par la mondialisation, le droit global « complexe » relie l'ensemble des voies normatives mises à mal par la complexification de la matière. D'où le souhait de mettre au jour le droit global de l'environnement sous le prisme du « mondial » (I) autant que du « complexe » (II).

## I. Le droit global de l'environnement sous le prisme du « mondial »

Pour rendre compte de ce droit global « mondial », il est possible d'adopter deux points de vue complémentaires – parmi d'autres –, l'un fermé, l'autre plus ouvert : celui de la mondialisation des ordres du droit (A) et celui de celle des normes du droit (B).

4. E. Morin et A.-B. Kern, *Terre-Patrie*, Seuil, 1993, spéc. chap. 7, « Pour une réforme de la pensée ».

5. Not. pour une synthèse du côté du droit global administratif, L. Hennebel, *Le droit administratif global*, spéc. chap. « Théories du droit global », Centre Perelman de Philosophie du droit, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2189312](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2189312) – Pour une synthèse du projet droit administratif global de l'Université de New-York, B. Kingsbury et N. Krisch et R. B. Stewart, « L'émergence du droit administratif global », *RIDE* 2013. 37 – Pour une autre conception : B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », Working papers, Centre de Philosophie du Droit, 2012/01 – Également, J.-Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012.

6. Déjà mise en évidence, sous le signe du désordre et de la recomposition, par M. Delmas-Marty, not. in *Trois Défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998 ; *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004.

7. E. Hey, *Global Environmental Law*, <http://papers.ssrn.com/sol3/paper.cfm> – Pour une toute autre conception du droit global de l'environnement, v. les recherches de R. V. Percival, not., *Global Environmental Law at a Crossroads* (with J. Lin and W. Piermattei), Edgar Elgar Publishing 2014 ; *Global Law and the Environment*, 86 *Washington Law Review* 579 (2011) ; *Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law*, 25 *Maryland Journal of International Law* 37 (2010) ; *The Emergence of Global Environmental Law*, 36 *Ecology Law Quarterly* 101 (2009) (with T. Yang).

8. M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

## A. La mondialisation des ordres du droit de l'environnement

En droit de l'environnement, la juxtaposition des ordres juridiques étatiques et interétatiques producteurs de normes environnementales est bien connue. De par son objet global (la lutte contre les pollutions, la préservation de la biodiversité, la lutte contre le réchauffement climatique), le droit de l'environnement invite au décloisonnement des ordres du droit. À côté de l'ordre interne, les ordres international et européen peuvent aujourd'hui apparaître « parfaits »<sup>9</sup>, producteurs de leurs propres normes juridiques, pour des sujets de droit précis et des relations juridiques spécifiques, faisant l'objet d'un contrôle juridictionnel structuré assurant sa mise en œuvre. Ainsi à la multitude des normes provenant du droit international s'ajoutent les normes de l'Union européenne qui, sous l'impulsion de sa compétence environnementale, a donné déjà naissance à plus de 700 actes juridiques, recouvrant de multiples domaines sectoriels et transversaux. Or, aujourd'hui, si cette multiplication des ordres juridiques signe déjà un type de globalisation institutionnelle, la production normative elle-même se globalise, tendant à appréhender les relations humaines à l'échelle mondiale. Le constat dépasse le droit de l'environnement : « Les acteurs économiques privés concurrencent désormais les États en élaborant leurs propres normes, par autorégulation. Si l'État demeure sujet fondamental du droit international et principal producteur de normes, il n'est plus le seul acteur et son territoire n'est plus le seul espace normatif »<sup>10</sup>.

Concernant l'environnement, les compétences des ordres étatiques se brouillent<sup>11</sup> : alors que l'ordre interne produit parfois des normes environnementales à vocation extraterritoriale, notamment lorsque le législateur adopte en matière de climat des décisions d'origine interna-

tionale ayant des conséquences mondiales ou si le juge interne condamne une société mère pour les agissements de ses filiales nuisibles à la protection de l'environnement<sup>12</sup>, l'ordre international implique de plus en plus les entreprises transnationales – et non plus seulement les États – dans la protection mondiale de l'environnement, comme le montrent les instruments flexibles créés par le Protocole de Kyoto et en particulier les partenariats publics-privés (PPP)<sup>13</sup>. Surtout, signe de la mondialisation environnementale des ordres juridiques, l'on assiste à un dépassement des ordres purement étatiques avec la mise en place d'institutions qui, au minimum, réduisent la place de l'État dans leur fonctionnement – comme le montre le fonctionnement actuel du Mécanisme pour un développement propre (MDP) initialement mis en place par les États<sup>14</sup> –, et au maximum l'évince pour donner naissance à un ordre juridique extra-étatique producteur d'un droit global pour des acteurs eux-mêmes globaux, agissant dans un monde décloisonné.

Nommé « ordre transétatique »<sup>15</sup> ou « transnational »<sup>16</sup>, et possible dans une vision pluraliste des ordres juridiques qui ne ramène pas le tout juridique à l'État, cet ordre s'entend de celui apte à créer du droit en dehors de l'État<sup>17</sup>. Il émane d'une « institution »<sup>18</sup> ou « communauté juridique »<sup>19</sup> qui, parce qu'elles ont le même intérêt, conduit au développement de normes juridiques régissant leurs relations. L'ordre est alors créateur d'un droit qui a « pour origine l'action des sujets mêmes dont il est destiné à régir les conduites »<sup>20</sup>. Or, si l'existence d'un ordre extra-juridique créé par la *societas mercatorum* fait depuis longtemps débat<sup>21</sup>, aujourd'hui se développent des normes de droit de l'environnement ayant pour destinataires les entreprises, en dehors de la régulation étatique et super-, inter- ou supra-étatique. Un ordre économique et environnemental mondial

9. Pour un rappel des différentes acceptions doctrinales de l'ordre juridique et ses critères d'autonomie, v. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, spéc. p. 191 s.

10. M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 27.

11. Sur ce rappel, au sujet des théories du droit global, L. Hennebel, *préc.* – Plus généralement, M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, *préc.*, p. 18 s.

12. V. actuellement, l'action en responsabilité civile engagée contre le groupe Bolloré par des habitants d'une province du Cambodge au sujet des dommages notamment environnementaux causés par une de ses filiales : TGI Nanterre 24 juill. 2015.

13. S. Maljean-Dubois, « La portée des normes du droit international de l'environnement à l'égard des entreprises », *JDI* 2012. 93.

14. M. Lemoine.

15. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 10<sup>e</sup> éd., Lextenso, 2015, p. 8.

16. R. Libchaber, *préc.*, n° 192.

17. J. Combacau et S. Sur, *préc.*

18. S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, p. 19.

19. P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, n° 340.

20. J. Combacau et S. Sur, *préc.*, p. 9.

21. Sur ce rappel, R. Libchaber, *préc.*, p. 258 – P. Deumier, *préc.*, n° 376 s.

émerge avec ses propres institutions créatrices d'un droit transnational – qui régule les relations internationales sans intervention étatique<sup>22</sup> –, s'adressant à l'entreprise transnationale comme sujet de droit et possédant des mécanismes assurant, pour une part, sa mise en œuvre.

On pense ici aux différents organismes de normalisation très actifs dans le domaine environnemental, l'Organisation internationale de normalisation (ISO) mais aussi des Organisations non gouvernementales (ONG)<sup>23</sup>. Composés traditionnellement d'acteurs directement concernés par la norme, ils produisent des normes y compris environnementales dont ils contrôlent la mise en œuvre par l'autorisation de la certification et de son possible retrait en cas de non-respect<sup>24</sup>. On pense aussi au *Global Compact*, ou pacte mondial des Nations Unies<sup>25</sup>. À la suite d'un discours prononcé par le secrétaire général des Nations Unies invitant les entreprises multinationales à s'engager à promouvoir et respecter des valeurs fondamentales touchant notamment l'environnement, a été créé le *Global Compact* défini, selon le site du « Réseau France », comme « une initiative invitant les entreprises à s'engager volontairement à progresser sur dix principes universellement reconnus ». Derrière cette « initiative », se trouve aujourd'hui un réseau accueilli par une plateforme très élaborée<sup>26</sup> et faisant l'objet d'une « gouvernance »<sup>27</sup> organisée autour notamment d'un directeur, d'un bureau, d'une assemblée générale, 8 296 participants et 4 471 parties prenantes ainsi que de nombreux réseaux locaux. Or, ce réseau est à l'origine d'un « droit volontaire » dont il favorise l'application par le biais d'une plateforme de formation, une diffusion de bonnes pratiques et une forme de

contrôle résidant dans les « communications sur le progrès »<sup>28</sup>.

Bien que l'ordre juridique extra-étatique reste imparfait ou non « autosuffisant »<sup>29</sup>, car non doté d'un « ensemble complet et cohérent »<sup>30</sup>, ne « faisant pas suffisamment système »<sup>31</sup>, il invite à renouveler la manière de voir le droit de l'environnement structuré autour des ordres pour élargir le pluralisme juridique l'accueillant. Toutefois, cette évolution conceptuelle demeure insuffisante pour rendre compte de l'ampleur de la mondialisation. L'arbre cache ici la forêt. Comme l'explique Benoît Frydman, dans ce contexte, chacun devenant législateur, mieux vaut aussi se tourner vers les normes elles-mêmes<sup>32</sup>.

### **B. La mondialisation des normes du droit de l'environnement**

Pour une grande part, sans se soucier des ordres, observer le droit global du côté des normes permet de rendre compte de la multiplication des normes à vocation transnationale, répondant aux diverses attentes de leur créateur, les entreprises, dans un contexte de mondialisation<sup>33</sup>. C'est alors l'originalité de ces normes qui est notée par la doctrine. Du point de vue de leur nature, d'abord, à côté des normes traditionnelles d'origine étatique se trouvent dorénavant les normes non étatiques formant un « droit volontaire de l'environnement ». On pense ici aux codes d'éthique ou de bonnes conduites par lesquels les entreprises s'engagent à respecter des principes ou valeurs environnementales<sup>34</sup>, aux diverses normes techniques provenant des organismes de normalisation ou des associations, aux référentiels internationaux tels que le *Global Compact* et aux différents contrats qui

22. Originellement, il s'agit de « tout le droit qui régleme les actions ou les évènements qui transcendent les frontières nationales », Ph. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press (1956), p. 2 – Pour une vue d'ensemble, « Les grandes théories du droit transnational », *RIDE*, 2013-1 et 2, n° spéc.

23. E. Brosset et E. Truilhé-Marengo, *Les enjeux de la normalisation technique internationale, entre environnement, santé et commerce international*, CERIC, La Documentation française, 2006.

24. E. Brosset et E. Truilhé-Marengo, préc., p. 26.

25. Sur ce développement, L. Boisson de Chazournes et E. Mazuyer (dir.), *Le pacte mondial des Nations Unies 10 ans après*, CERIC, Bruylant, 2011.

26. <https://www.unglobalcompact.org>.

27. Selon les termes du site.

28. On pourrait également évoquer le rôle de l'OCDE à l'origine des « Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales », de l'OIT avec les principes concernant les entreprises multinationales, et du *GIR (Global Reporting Initiative)* en tant que structure créant un cadre commun de communication environnementale.

29. R. Libchaber, préc., p. 210 s.

30. P. Deumier, préc., n° 359.

31. R. Libchaber, préc., p. 214, spéc. n° 4.

32. B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », préc.

33. *Ibid.*

34. Dans un contexte de mondialisation, v. B. Frydman et G. Lewkowicz, « Les codes de conduite : source du droit global ? », in Y. Cartuvels (dir.) *Les sources du droit revisitées*, Presse des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2013 ; v. aussi, B. Frydman.

permettent aux intéressés d'appréhender la donnée environnementale. Il en est ainsi des contrats d'investissements transnationaux permettant à une entreprise d'investir dans des développements propres dans le cadre du MDP<sup>35</sup> ou dans la lutte contre la déforestation au titre du dispositif ONU/REDD<sup>36</sup>. Se mêlent ici des droits de nature proposée, négociée, approuvée par les destinataires-cocréateurs de leur propre norme. Du point de vue de leur force, à côté d'une force normative impérative et sanctionnée classiquement par l'autorité publique, il faut noter que ces normes, une fois voulues, ne sont pas toujours impératives et trouvent une garantie normative dans des sanctions parfois nouvelles : la responsabilité civile s'étend à une responsabilité plus morale – l'*accountability* – favorisée par le dispositif imposant aux entreprises de rendre compte de l'effectivité de leurs engagements environnementaux (*reporting environmental*) et la sanction pécuniaire imposée par le juge se transforme en sanction « réputation » sur le marché, notamment à l'issue de la perte, par l'intéressé, du droit de se prévaloir d'un label ou d'un logo. Ce droit mondial donne alors à voir une nouvelle forme du droit se développant en dehors du système traditionnel avec ses propres caractéristiques.

Cette vision du droit global, invitant à s'interroger sur la notion même de « droit » de l'environnement au regard de la définition traditionnelle du droit, ne doit pas faire oublier une autre tendance doctrinale davantage tournée vers l'observation substantielle des normes au niveau mondial. Au-delà du formel, le but de certains auteurs, en particulier Robert Percival<sup>37</sup>, est de montrer qu'il existe aujourd'hui des règles, principes, concepts ou plus largement dispositifs environnementaux similaires qui se retrouvent dans les différents droits internes en raison de la circulation normative existant à tous les niveaux.

Reflétant « *a set of legal principles developed by national, international and transnational environmental regulatory systems to protect the environment and manage natural resources* »<sup>38</sup>, selon cette doctrine américaine, l'« *Environmental Global Law* » peut être compris, non pas comme un « *inter-echelon* » mais comme « *the emerging set of independent and convergent legal principles* »<sup>39</sup>. Et de prendre pour exemples les différents principes environnementaux – les principes de précaution, pollueur-payeur et participation en particulier –, les dispositifs de prévention des risques chimiques tel le système REACH<sup>40</sup>, les systèmes d'évaluation des risques, les différentes pratiques internes de lutte contre le changement climatique et les systèmes de réparation des atteintes à l'environnement<sup>41</sup>.

Cette mondialisation substantielle trouve une impulsion dans ce droit volontaire de l'environnement car, outre que pour une part il ne s'agit que d'appliquer les normes déjà prévues au niveau international, européen et interne, pour une autre part, l'harmonisation normative est intentionnelle et dynamique. Intentionnelle car le résultat est voulu : dans un contexte mondialisé source d'inégalité et d'insécurité, la production normative a pour objet de favoriser une harmonisation par le biais de la normalisation ou l'adhésion à des principes ou valeurs communes retranscrits dans des codes de bonne conduite similaires et concrétisés dans les contrats avec les fournisseurs. En ce sens, alors que le *Global Compact* appelle les « *companies to align*<sup>42</sup> *strategies and operations with universal principles on human rights, labour, environment and anti-corruption* »<sup>43</sup>, les principes de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) comme la norme ISO 26000<sup>44</sup> appellent l'entreprise à promouvoir « des principes et pratiques de responsabilité sociétale ». Dynamique car la globalisation relève d'un pro-

35. M. Lemoine, « Un contrat *in specie*, Le recours au contrat dans le cadre du Mécanisme pour un développement propre du protocole de Kyoto sur les changements climatiques », in M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement*, PUAM, 2014, p. 217.

36. M. Hautereau-Boutonnet, « Le contrat REDD+ au prisme de la théorie générale du contrat », *L'observateur des Nations Unies*, vol. 39, 2015/1, n° spéc. – S. Maljean-Dubois (dir.), *La protection des forêts tropicales, L'observateur des Nations Unies*, Vol. 36, 2014/1.

37. V. en particulier, T. Yang et R. V. Percival, *The emergence of Global Environmental Law*, préc.

38. T. Yang et R. V. Percival, *The emergence of Global Environmental Law*, préc., p. 626.

39. *Ibid.*

40. Régl. (CE) n° 1907/2006, Parlement et Conseil, 18 déc. 2006 sur l'enregistrement, l'évaluation, l'autorisation et la restriction des substances chimiques, JOUE n° L 136/3, 29 mai 2007.

41. Le Professeur Percival a en particulier mené une étude sur la globalisation du dispositif américain CERCLA, en matière de dépollution de certains sites pollués : R. Percival, CERCLA in a global context, 41 *Southwestern Law Review* 727 (2012).

42. Souligné par l'auteur.

43. V. What is global compact, sur le site préc. : <https://www.unglobalcompact.org>.

44. ISO, Norme 26000 sur la responsabilité sociale des entreprises, 1<sup>er</sup> nov. 2010.

cessus : plus qu'un résultat normatif, cet ordre invite à la multiplication des destinataires-cocréateurs des normes à une échelle mondiale, sans ordres étatiques. Les entreprises sont appelées à influencer le comportement des parties prenantes et de leurs filiales situées sur d'autres territoires, selon sa « sphère d'influence »<sup>45</sup>. D'où le sentiment que pour comprendre les différents processus menant à la globalisation substantielle du droit de l'environnement, il convient aussi d'adopter une vision globale de ce droit sous le prisme du complexe.

## II. Le droit global de l'environnement sous le prisme du « complexe »

Le droit global de l'environnement réside aussi dans l'appréhension du droit dans sa totalité, au-delà de ses parties isolées. Après le temps de la séparation est venu le temps de la mise en relation. À cette fin, le droit devrait être pensé dans toute sa complexité normative (A) et disciplinaire (B).

### A. La complexité normative du droit de l'environnement

Adopter une vision des normes isolées et séparées ne rend pas suffisamment compte de ce qui constitue aujourd'hui le droit de l'environnement, ce qui le fait vivre et évoluer. S'il existe une multiplication des ordres juridiques engendrant des normes invitant la doctrine à distinguer les normes traditionnelles, à savoir étatiques et imposées, et les normes nouvelles, c'est-à-dire volontaires, négociées ou proposées<sup>46</sup>, celles-ci sont perpétuellement mises en relation que ce soit par le biais des interactions entre les différents ordres juridiques ou en raison d'un certain enchevêtrement normatif. Or, sur le fond, cette mise en relation formelle est essentielle car sous-tend une mise en commun substantielle qui, au titre d'un droit global de l'environnement, peut être le signe de ce « pluralisme ordonné »<sup>47</sup>.

Du point de vue formel, du côté des ordres juridiques, la doctrine s'accorde sur la perméabi-

lité du droit de l'environnement qui le conduit à « transcender les ordres juridiques »<sup>48</sup>. Trois points d'interaction sont topiques<sup>49</sup>. D'abord, en amont, lors de l'élaboration des normes, les États influencent le contenu des normes internationales et européennes au sein des différentes institutions productrices. Ensuite, en aval, lors de l'application, le législateur interne respecte les engagements internationaux et européens en adoptant des normes dans son propre ordre. Enfin, parce que chaque ordre bénéficie de son propre système de contrôle normatif, les normes produites par un ordre peuvent être appréciées, au titre notamment de leur validité, par un autre ordre. Au-delà de l'importance quantitative et qualitative du contentieux environnemental de l'Union européenne auquel s'ajoute celui du droit international avec le rôle de la Cour internationale de justice et du Tribunal international du droit de la mer, on peut souligner le rôle joué par les organes de règlements des différends de l'organisation mondiale du commerce (OMC), en particulier, lorsqu'il contrôle la validité des normes techniques issues pourtant de l'ordre juridique extra-étatique. Nul doute aussi que, dans l'ordre interne, le juge interne peut constituer un point de contact en exerçant un contrôle sur le respect des engagements prônés ou promis par une entreprise, en vertu du droit des contrats ou de la responsabilité civile.

Derrières ces interactions se profile un enchevêtrement normatif. En ce sens, dans le domaine environnemental, les lois cachent bien souvent une transposition des directives ou des traités, déclarations ou conventions internationales dans l'ordre interne. À titre d'exemples, alors que la loi du 22 juillet 1992 met en œuvre le dispositif Natura 2000 résultant de la directive européenne du 21 mai 1992, les principes, devoirs et droits reconnus par la Charte de l'environnement par la loi du 1<sup>er</sup> mars 2005 sont aussi le fruit de la mise en œuvre de diverses conventions internationales<sup>50</sup>. De manière plus originale, certaines normes légales trouvent les moyens de leur mise en œuvre dans le droit volontaire. C'est ce que

45. Sur ce rappel, M. P. Blin-Franchomme, I. Desbarrats, G. Jazottes et V. Vidalens, *Entreprises et développement durable*, « Lamy Axe droit », n° 212.

46. Distinction opérée à la lecture des deux contributions d'A. Van Lang et L. Fontaine, préc.

47. M. Delmas-Marty, préc.

48. E. Truilhé-Marengo, préc., n° 4.

49. Pour une vision des différentes interactions dans le monde du droit, M. Delmas-Marty, préc., p. 32 s.

50. Il en est ainsi du principe de précaution.

montre par exemple le dispositif MDP mis en place par le Protocole de Kyoto<sup>51</sup> qui, tout en offrant aux entreprises des pays nord la possibilité d'investir dans un projet « propre » dans des pays du sud et, en échange, de se voir attribuer des crédits carbone, s'appuie sur le contrat d'investissement pour le concrétiser. Quant aux normes volontaires, la tendance est encore plus forte<sup>52</sup> : le code de bonne conduite peut concrétiser un engagement pris par l'entreprise en adhérant au *Global Compact* et conduire à la fois à l'adhésion à un système de normalisation et à la contractualisation d'obligations environnementales permettant de respecter toutes ces normes volontaires, en particulier dans les rapports avec les fournisseurs et sous-traitants. Se construit au final de véritables réseaux normatifs en cascade dans lesquels chaque norme doit sa création à une autre norme.

Si l'on peut voir ici une circulation normative<sup>53</sup>, précisons que celle-ci n'est jamais parfaite car chaque point de passage de la norme conduit à sa transformation. En circulant, la norme change d'enveloppe, de destinataire, nuance son contenu, modifie sa force. Il ne s'agit donc plus exactement de la même norme<sup>54</sup>. Du côté des normes étatiques, l'exemple du principe de précaution est dorénavant connu<sup>55</sup>. S'adressant aux États lorsqu'ils émanent de diverses conventions internationales, aux États membres ainsi qu'à l'Union européenne à l'issue de sa reconnaissance dans le Traité de Maastricht, il s'adresse autant en droit interne aux pouvoirs publics qu'aux personnes privées par le biais de la norme constitutionnelle et surtout légale. Dans tous les cas, la circulation a conduit à une modification de son contenu autant que de sa force, l'application de la norme étant garantie selon la norme *in specie*, par le biais notamment du contrôle constitutionnel, de légalité ou de responsabilité. Du côté des normes volontaires, l'exemple de la contractualisation des obligations légales environnementales est topique. Ainsi, en insérant dans un contrat l'obligation de respecter les dif-

férentes lois environnementales, les parties se trouvent destinataires d'une norme initialement générale et subordonnées à sa force obligatoire issue du contrat.

Reste que, sur le plan substantiel, la même « idée normative »<sup>56</sup> se diffuse : malgré les transformations, c'est un modèle similaire qui se propage aux différents étages et espaces des relations humaines. Ainsi, alors que le droit international et européen diffuse au sein des États membres ou signataires des valeurs communes, les États les mettent en œuvre et les entreprises concernées les exportent. Ainsi, en insérant une clause imposant au contractant de ne pas causer de dommages à l'environnement, un contrat diffuse-t-il, à une échelle interindividuelle, l'ensemble des valeurs issues des normes générales de droit positif invitant à éviter les atteintes à l'environnement. Si le contrat est conclu avec un partenaire localisé dans un État ne possédant pas cette législation, la diffusion permettra une pénétration de ces mêmes valeurs dans cet État dans le droit vivant. C'est alors, par le biais de cette circulation transformante, une « mise en commun » du normatif qui fait jour. D'où tout l'intérêt, pour appréhender le « tout » environnemental, de voir au-delà de la juxtaposition normative du droit de l'environnement, d'autant que le raisonnement se renforce du côté disciplinaire.

## **B. La complexité disciplinaire du droit de l'environnement**

Si le droit de l'environnement s'est étendu en opérant le passage du droit public de l'environnement vers le droit privé de l'environnement et, plus largement, la division entre droit interne, européen et international de l'environnement<sup>57</sup>, il s'est accompagné d'une spécialisation disciplinaire qui se reflète notamment dans l'avènement de chroniques et manuels traitant d'une branche du droit en particulier. Spécialisation des disciplines publicistes avec l'existence d'un droit constitutionnel de l'environnement, d'un droit

51. M. Lemoine, art. préc. – Pour d'autres exemples contractuels, S. Maljean-Dubois, « Le contrat transnational, l'environnement et le droit international public », in M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement*, préc., p. 369.

52. Sur cette normativité en cascade, M. Hautereau-Boutonnet, « La densification normative du droit de l'environnement », in *La densification normative*, dir. C. Thibierge, éd. Mare et Martin, 2013, p. 887.

53. Sur les types de circulations normatives, v. S. Maljean-Dubois, *working paper*, préc.

54. Sur cette transformation, M. Hautereau-Boutonnet, « La densification normative du droit de l'environnement », préc.

55. Pour une démonstration, v. C. Thibierge, « La densification normative, découverte d'un processus », *D.* 2014. 834.

56. M. Delmas-Marty évoque la « circulation des idées », *Le pluralisme ordonné*, p. 25.

57. V. M. Depincé, « D'un droit privé de l'environnement », *Rev. Lamy Dr. Civ.* 2008 n° 51.



des sites pollués ou d'un droit des installations classées, et, de plus en plus, spécialisation des disciplines privatistes. Ainsi alors que la donnée environnementale est dorénavant appréhendée dans les relations entre personnes privées et donnent lieu à l'avènement du droit civil de l'environnement, du droit pénal de l'environnement et, plus largement, du droit économique de l'environnement<sup>58</sup>, ces différentes branches du droit de l'environnement sous-tendent encore potentiellement un droit contractuel de l'environnement, un droit extracontractuel de l'environnement, voire un droit des « biens-environnementaux ». De manière plus nouvelle, sans aucun rattachement aux branches classiques du droit, le « droit global de l'environnement » peut aussi être vu comme une nouvelle branche du droit de l'environnement que d'aucuns invitent à enseigner<sup>59</sup>. Au final, à côté d'un droit de l'environnement de plus en plus vaste, à cheval sur ses multiples branches, surgit un droit de l'environnement de plus en plus découpé, confinant à l'hyperspécialisation. Or, dans une vision globale du droit de l'environnement, cette « densification » disciplinaire cache une mise en relation et en commun des différentes branches environnementales.

Mise en relation, car les disciplines peuvent être vues de manière complémentaire et, sur le plan pédagogique, intimement reliées. D'abord, certains dispositifs ne peuvent être appliqués dans leur ensemble qu'en tenant compte de l'imbrication des branches du droit. Incidemment, comme le montre le contentieux des sites pollués qui mêle les dispositifs de droit public et droit privé : alors que le premier désigne le « débiteur » à la dette relative à la remise en état d'un site ayant accueilli une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE), le second peut désigner son « contributeur » par la voie contractuelle. Plus directement, le projet de loi « biodiversité »<sup>60</sup> prévoit, après la création d'une obligation administrative de compensation des atteintes à la biodiversité (C. envir., art. L. 163-1 II), la possibilité de la mettre en œuvre par le biais de mécanismes de droit privé, soit la

conclusion d'un contrat de compensation, soit l'acquisition sur le marché des unités de biodiversité. Ensuite, certaines branches du droit apparaissent comme des remèdes comblant les lacunes des autres branches environnementales. Ainsi, si le régime de responsabilité civile environnementale qui reconnaît la réparation du préjudice écologique peut combler les lacunes liées au champ d'application trop restrictif du dispositif de police administrative de réparation des atteintes à l'environnement issu de la directive responsabilité environnementale<sup>61</sup>, la négociation contractuelle concernant la protection de l'environnement peut pallier les faiblesses des outils de police administrative unilatéraux et autoritaires<sup>62</sup>. Enfin, certaines techniques juridiques issues des différentes branches du droit de l'environnement peuvent être vues de manière complémentaire en raison de leur convergence : elles remplissent des finalités similaires au sein des différentes branches du droit en s'adressant à différents acteurs. Ainsi, outre que les différents contrats environnementaux appréhendant la donnée environnementale pour mieux la protéger relèvent soit du droit public, soit du droit privé, la technique de la propriété publique autant que privée peut conduire à renforcer son usage collectif et contribuer à l'avènement d'un bien commun.

Surtout, on assiste à une mise en commun des différentes branches du droit opérant un dépassement et un rapprochement des disciplines. Si l'on pense naturellement aux principes environnementaux qui peuvent être vus comme un socle commun aux différentes branches du droit, celles-ci les concrétisant, il faut noter la croissance de concepts fédérant l'ensemble des branches du droit, tel le concept d'« obligation environnementale » désignant l'ensemble des obligations légales ou volontaires, de droit interne, international ou européen appréhendant la donnée environnementale pour mieux la protéger ou la gérer<sup>63</sup>. Sous son prisme, ce sont l'ensemble des devoirs favorables à la protection de l'environnement, au-delà des ordres et branches du droit, qui peuvent être réunis et plus lisibles.

58. *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Frison-Roche, 2013.

59. V. les propos de R. Percival, art. préc., dernier paragraphe, militant pour un enseignement global.

60. N° 1847, 26 mars 2014.

61. Dir. 2004/35/CE, Conseil et Parlement, 21 avr. 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOCE* 30 avr., L. 143.

62. Sur ce sujet, M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement*, PUAM, 2014.

63. M. Hautereau-Boutonnet et L. Neyret, « La consécration de l'obligation environnementale », *D.* 2014. 1335.



Cette mise en commun se reflète aussi dans l'avènement d'une vision « thématique » du droit de l'environnement sous couvert de nouvelles branches du droit de l'environnement à la fois globales et spéciales. L'objet du droit de l'environnement étant lui-même global, il invite souvent à la réunion des disciplines autour d'un même combat mêlant des instruments complémentaires. Ainsi, sans se rattacher à une branche du droit traditionnelle, le « droit de la biodiversité »<sup>64</sup> appréhende, de manière téléologique, l'ensemble des instruments utiles à sa protection, à cheval sur le droit public et privé, droit international, européen et interne. Au-delà des distinctions, la finalité seule compte. De même, derrière le « droit climatique », ce sont les instruments contribuant à la lutte contre le rejet des gaz à effet de serre qui se découvrent, du financement climatique aux contrats climatiques en passant par la négociation climatique ou la responsabilité climatique<sup>65</sup>. L'on pense aussi bien sûr au « droit de la réparation du préjudice écologique » qui,

mêlant l'ensemble des dispositifs à cheval sur toutes les disciplines et les espaces normatifs s'attaque à un risque potentiellement global.

En définitive, autant les frontières normatives que disciplinaires, tout en se renforçant, s'estompent, favorisant ensemble l'avènement d'un « droit commun de l'environnement », ou au moins, du point de vue doctrinal, d'une théorie générale environnementale ouverte à la systématisation des principes et concepts globaux qui, sans nier la diversité, conduisent à œuvrer dans une même direction. D'où subrepticement le sentiment que le point de rencontre du droit global « mondial » et du droit global « complexe » résiderait dans l'émergence d'un « droit commun de l'environnement »<sup>66</sup>, l'un régulant les rapports de l'homme et l'environnement à un niveau mondial, l'autre résultant d'une mise en relation normative et disciplinaire à un niveau complexe. Derrière le « droit global de l'environnement » (dans toute sa dualité), se profile alors un autre défi : appréhender le « commun »<sup>67</sup>...

64. V. not. N. de Sadeleer et Ch.-H. Born, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, 2004.

65. Sur ces propos, v. M. Hautereau-Boutonnet (dir.) « Quel droit face aux changements climatiques ? », dossier spécial à paraître au *Daloz* en nov. 2015.

66. Se rattachant ici aux recherches de M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1989.

67. Pour une conceptualisation du « droit commun », v. N. Balat, *Essai sur le droit commun*, thèse Université Paris II, 2014.

# Petit trois du Grand B :

---

## droit international de l'environnement

### Quelles perspectives en droit international de l'environnement ?

**Yann Kerbrat**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

**Sandrine Maljean-Dubois**

Directrice de recherche au CNRS (CERIC UMR DICE 7318  
Aix-Marseille Université et CNRS)

**E**n dépit des dizaines de traités qui ont été conclus pour la protection de l'environnement, tant à l'échelle universelle que régionale, il faut constater que le droit international a été jusqu'à présent incapable de répondre efficacement aux dangers que fait courir le développement des activités humaines pour l'environnement. La frénésie normative qui s'est emparée des États depuis la Conférence de Stockholm de 1972 n'a pas conduit, en effet, à des progrès significatifs en la matière. Sur les quatre-vingt-dix objectifs de politiques environnementales identifiés par le Programme des Nations Unies pour l'environnement en 2012 dans son cinquième rapport *Global Environmental Outlook*, « des progrès significatifs » n'avaient été accomplis que pour quatre d'entre eux : la disparition des molécules portant atteinte à la couche d'ozone, l'élimination du plomb dans les carburants, l'amélioration de l'accès des populations à une eau potable et la promotion de la recherche en

matière de lutte contre la pollution marine<sup>1</sup>. La situation globale actuelle est plus critique que jamais. Les auteurs d'un article paru dans la revue *Nature* en 2015<sup>2</sup>, considéraient ainsi que nous aurions déjà atteint quatre des neuf seuils biophysiques qu'on ne pourrait dépasser sans risque de conséquences catastrophiques pour l'humanité. Nous serions sortis d'un « espace de fonctionnement sécurisé » (a « *safe operating space for humanity* ») pour entrer dans une zone à risque, éprouvant au-delà du raisonnable les capacités de résilience de notre biosphère<sup>3</sup>.

Face à ce constat d'échec, il est grand temps de réagir. Il convient, à l'évidence, de renforcer l'efficacité et l'effectivité du droit international de l'environnement. Deux voies doivent être particulièrement explorées à cette fin.

D'abord, il faudra améliorer la qualité du droit. En la matière, les obligations conventionnelles sont en effet souvent vagues, insuffisamment précises, détaillées ou quantifiées. Elles

---

1. V. [http://www.unep.org/geo/pdfs/geo5/Measuring\\_progress.pdf](http://www.unep.org/geo/pdfs/geo5/Measuring_progress.pdf).

2. Steffen et al., *Planetary Boundaries : Guiding human development on a changing planet*, 347 Science n° 6223 (2015).

3. J. Rockström et al., *A safe operating space for humanity*, 461124 Nature 473 (sept. 2009).

sont généralement peu ambitieuses et ne tiennent pas toujours compte des dernières connaissances scientifiques. De ce point de vue, l'expertise, et surtout les relations entre experts et décideurs devront être renforcées. La création du Groupe intergouvernemental sur le climat (GIEC) en 1988 a montré les fruits qui peuvent être produits par une telle collaboration. Les rapports de synthèse de cet organe ont ainsi rythmé les négociations internationales, impulsé des initiatives étatiques et contribué à rectifier des trajectoires qui ne permettaient pas d'atteindre les objectifs. Ils ne suffisaient pas, le relais de la volonté des États restant nécessaire, mais contribuent grandement à la recherche de solutions. On doit, pour cette raison, saluer la création récente d'un organe équivalent pour la diversité biologique : la Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques (IPBES) qui commence à fonctionner. Il est à souhaiter que l'IPBES puisse à l'avenir avoir la même force d'impulsion que le GIEC.

Ensuite, il faudra également améliorer la mise en œuvre des règles existantes. Les procédures de non-respect établies pour de nombreuses conventions internationales de protection de l'environnement fournissent une réponse efficace, car adaptée aux enjeux de la matière. Elles présentent l'avantage, par rapport à des mécanismes de sanction plus classiques, de comporter non seulement un dispositif de surveillance du respect par les États de leurs obligations, mais également un système d'aide et d'accompagnement destiné à favoriser l'application des règles qui ont été convenues. De telles procédures doivent être généralisées mais également améliorées, ne serait-ce qu'en les ouvrant plus largement à la participation de la société civile. La plupart ne peuvent être actionnées que par les États et dépendent ainsi du bon vouloir de ceux-ci.

Le développement des procédures de non-respect ne se fera pas, au demeurant, au détriment des procédures contentieuses existantes. Le contentieux international est, au contraire, appelé à se développer et contribuer lui aussi à une meilleure application du droit international de l'environnement. De récentes décisions de la

Cour internationale de Justice (CIJ), des sentences arbitrales ou encore les avis consultatifs du Tribunal international du droit de la mer sont venus utilement préciser les obligations des États en matière de préservation de l'environnement, en particulier identifier un socle coutumier d'obligations substantielles et procédurales visant la prévention des dommages environnementaux. Telles qu'elles ont été définies par le juge, les obligations de *due diligence* pourraient produire des effets systémiques majeurs sur l'ensemble du droit international de l'environnement<sup>4</sup>. On peut également penser que, dans les années qui viennent, les juges nationaux pourraient se saisir davantage des règles du droit international de l'environnement et venir contribuer à en garantir l'application.

Ainsi, à l'approche de la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques à Paris (COP 21) qui a pour mandat d'adopter un accord international global sur les changements climatiques pour la période *post 2020*, il faut rappeler que les États qui n'agissent pas pour limiter leurs émissions de gaz à effet de serre et n'œuvrent pas positivement pour qu'un instrument efficace de lutte contre le réchauffement climatique soit adopté à Paris en décembre prochain, violent le droit international, engagent leur responsabilité internationale et s'exposent à des actions contentieuses<sup>5</sup>. C'est ce qu'affirment, notamment, les Principes d'Oslo sur les obligations relatives aux changements climatiques adoptés le 1<sup>er</sup> mars dernier par un groupe international d'experts venus du monde universitaire et juridictionnel, national et international<sup>6</sup>. Cette assertion peut étonner. Elle s'explique par deux évolutions, l'une juridique, l'autre factuelle, qui se sont produites depuis la conclusion, en 1992, de la Convention-cadre de Rio sur les changements climatiques, et celle, en 1997, du Protocole de Kyoto. Tout d'abord, le droit international lui-même a changé ; il est des « principes » du droit international de l'environnement proclamés dans la Déclaration de Rio de 1992 qui, à l'époque où la Convention-cadre et le Protocole de Kyoto ont été conclus, avaient un caractère purement programmatique ou un caractère contraignant encore incertain, mais

4. V. par ex. Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, « La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine c/ Uruguay*) », *RGDIP* 2011, 39-75, n° 1, t. CXV.

5. V. Y. Kerbrat, « Réchauffement climatique : tous responsables », *Envir.* avr. 2015, n° 233, p. 122-123, éditorial.

6. *Oslo Principles on Global Climate Change Obligations*, disponibles sur <http://www.yale.edu/macmillan/globaljustice/news.html>.

qui, confortés par une pratique internationale convergente, ont acquis depuis une valeur coutumière et sont, partant, obligatoires pour les États. Cette évolution a d'abord concerné le principe de prévention, dont l'arrêt rendu par la CIJ le 20 avril 2010 en l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)* a confirmé le caractère coutumier. La Cour a précisé à cette occasion que le principe résulte de la diligence due par les États et a pour conséquence que tout État est « tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État »<sup>7</sup>. La formule est inspirée du principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972, mais le dépasse aussi en faisant peser sur chaque État une obligation d'agir. Il ne s'agit plus d'une veille distante, mais bien, dans le prolongement du principe dont cette obligation dérive, de faire « diligence » et « mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition ». Cette évolution a touché, ensuite, le principe de précaution formulé dans la Déclaration de Rio; au terme d'une pratique juridictionnelle longtemps hésitante, l'autorité coutumière du principe a en effet été affirmée dans un avis rendu en 2011 par la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer<sup>8</sup>. Appelée notamment à se prononcer sur la question de savoir si les États sont tenus de respecter une approche de précaution lorsqu'ils patronnent une entreprise qui procède à des activités d'exploration ou d'exploitation dans la zone, y compris hors du champ des deux règlements relatifs à la prospection et l'exploration des nodules polymétalliques et des sulfures polymétalliques qui la mentionnent expressément, la Chambre a constaté qu'« il est approprié de souligner que l'approche de précaution fait aussi partie intégrante des obligations de diligence requise incombant aux États qui patronnent, laquelle est applicable même en dehors du champ d'application des Règlements relatifs aux nodules et sulfures »<sup>9</sup>. La *due diligence* étant une obligation

coutumière consacrée notamment par la CIJ dans son arrêt usines de pâtes à papier et l'approche de précaution faisant partie de la *due diligence*, on en déduit que la précaution est obligatoire en tant qu'elle découle d'une règle coutumière. Il en résulte pour chaque État, toujours selon la Chambre, qu'il doit « prendre toutes les mesures appropriées afin de prévenir les dommages qui pourraient résulter des activités » soumises à leur juridiction, y compris dans les « situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de risques potentiels »<sup>10</sup>.

Ces deux règles, dont l'une, le principe de prévention, est applicable dans la situation où un risque de dommage est prévisible, alors que l'autre, le principe de précaution, est pertinente dans un contexte d'incertitude, trouvent à l'évidence à s'appliquer pour les changements climatiques et les risques qui en résultent. C'est, en effet, dans ce cadre qu'il convient de saisir la seconde évolution, non plus juridique, mais factuelle. Les progrès des connaissances scientifiques reflétés par les rapports successifs du GIEC montrent de manière de plus en plus certaine la corrélation entre activités humaines et réchauffement climatique. Ils montrent aussi de manière de plus en plus incontestable l'apparition de phénomènes climatiques extraordinaires (cyclones, ouragans, etc.), la désertification et les difficultés d'accès à l'eau et les conséquences sur l'agriculture qu'elle entraîne, les inégalités auxquels ils conduisent. En bref, le lien de causalité entre les émissions de gaz à effet de serre et des dommages majeurs tant pour l'homme que pour son environnement est de plus en plus avéré. Or, l'existence d'un lien de causalité entre activités humaines et dommages dont la présence est de plus en plus incontestable déclenche l'application des deux principes sus-évoqués. L'un comme l'autre obligent chaque État à agir, notamment par la voie de la coopération et en en fonction de son degré de développement économique, pour que soient levés les incertitudes et les risques qui l'accompagnent et pour empêcher de possibles

7. CIJ 20 avr. 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c/ Uruguay)*, CIJ Recueil 2010, p. 56.

8. TIDM, avis consultatif, 1<sup>er</sup> févr. 2011, aff. n° 17, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*.

9. § 131 de l'avis préc.

10. *Ibid.*

dommages. À cet égard, il convient d'être précis : l'obligation positive d'agir pour limiter les émissions de gaz à effet de serre pèse sur tous les États, qu'ils soient riches ou pauvres, qu'ils aient ou non une responsabilité historique dans l'apparition du phénomène, mais les mesures qui peuvent être exigées pour la réalisation de cette obligation doivent être appréciées en fonction de la capacité économique et technologique de chacun d'eux à faire face au phénomène. C'est la raison pour laquelle l'issue passera nécessairement par la négociation.

Toujours est-il que les conséquences de l'inaction pourraient être potentiellement très lourdes pour les États. Les actions visant à faire constater la responsabilité des États pourraient se multiplier. Elles pourraient être introduites devant des juridictions internationales ; il est devenu probable que des actions soient engagées devant la CIJ contre les États qui ont accepté la juridiction

obligatoire de la Cour par d'autres États qui ressentent avec une particulière acuité les effets sur le territoire des changements climatiques. Des actions sont d'ores et déjà menées devant des juridictions internes, qui visent à faire constater de telles violations du droit international. La décision d'un tribunal néerlandais rendue le 24 juin 2015, qui ordonne à l'État néerlandais de réduire les émissions de gaz à effet de serre dans le pays d'au moins 25 % d'ici à 2020 par rapport à 1990, donnant raison à l'ONG de défense de l'environnement *Urgenda*, à l'origine de cette action en justice, pourrait bien faire tache d'huile<sup>11</sup>. Elle montre combien le régime international du climat peut avoir des implications parfois inattendues à d'autres échelles. Elle montre aussi tout l'intérêt que présente l'ouverture du droit international à la société civile pour en améliorer le respect<sup>12</sup>.

11. Déc. disponible sur <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196>.

12. Sur ce sujet du renforcement du rôle des particuliers pour améliorer l'efficacité du droit international de l'environnement, v. le rapport de la commission environnement du Club des juristes, oct. 2015.

# Petit quatre du Grand B :

---

## le droit de l'environnement dans trente ans

### Le droit de l'environnement dans trente ans : De la contestation à la concertation ?

**Christian Huglo**

Avocat à la Cour, docteur en droit

**T**raiter d'un tel sujet nécessite à la fois de l'enthousiasme, peut-être une certaine inconscience et, dans tous les cas, une évidente prudence, voire une vraie réserve. Enthousiasme, en ce sens que le recours à l'imagination pour chercher à entrevoir l'avenir est nécessaire dans une période où, précisément, le présent semble prendre trop d'importance et le passé presque oublié. Prudence et réserve sont également de mise dans la mesure où tenter d'imaginer l'avenir à l'aune d'une nouvelle génération est en soi une gageure car, quel que soit l'effort que l'on peut développer pour y parvenir, notre conception de l'avenir dans le domaine du droit ne dépend pas seulement du présent mais aussi de notre héritage du passé. Il convient donc de refuser de se bercer d'illusions car, en droit, le passé pèse beaucoup plus que dans d'autres disciplines scientifiques. Certes, on a pu dire à juste titre que le droit était une école d'imagination. Il ne l'est cependant véritablement que lorsqu'il s'agit de le mettre en œuvre ou de le comparer avec l'existant, et non de prévoir l'avenir.

Aussi, pour se projeter dans l'avenir à l'échelle de trente ans, il faut préalablement avoir une

idée sur la situation de fait à la période considérée. Pour éviter de tomber dans certains écueils, une double discipline s'impose. Il nous faut d'abord choisir un thème actuel qui est susceptible, par les promesses qu'il contient, d'incarner un terme d'avenir. Il s'agira alors de l'exposer pleinement pour tenter d'imaginer ce à quoi il pourrait tendre dans un contexte différent. Examinons ces deux points successivement en tenant pour acquis que la situation présente est bien connue et comprise ce qui, aujourd'hui encore, ne peut être considéré comme totalement avéré. Une description sommaire du futur devra être réalisée au moins sommairement dans la deuxième partie de cet exposé.

**I.** La réalisation de nos projets sur l'énergie, à l'instar du développement de nos infrastructures et des investissements nécessaires pour y parvenir, paraît aujourd'hui heurter de plein fouet le droit de l'environnement. Cette situation semble révéler un premier paradoxe : en effet, le droit de l'environnement n'est plus seulement un droit de protection de la nature et de la santé mais également un véritable droit des produits et de l'éner-

gie. Selon une idée parfaitement répandue chez la plupart de nos responsables politiques, le droit de l'environnement est généralement perçu comme un obstacle au développement des investissements et des infrastructures. Cependant, il faut aussi raisonner en termes d'occupation du territoire et en termes bruts : selon un éminent fiscaliste<sup>1</sup>, la France perdrait en moyenne tous les vingt ans en terres agricoles l'équivalent de la surface d'un département. Pour une centaine de départements, le chiffre visé correspondrait à 55 000 km<sup>2</sup>, ce qui conduit à penser que le territoire de demain sera d'autant plus contraint qu'affecté par le réchauffement climatique. En réalité, s'il existe des contraintes d'implantation et d'occupation du territoire, on constate de plus en plus souvent du côté des usagers de l'environnement, et plus particulièrement au sein de la population située à proximité des grands sites de réalisation, des difficultés d'acceptabilité, voire même parfois de farouches oppositions à certains nouveaux projets considérés par elle comme « mangeurs d'espace »<sup>2</sup>.

Dans cette perspective, le Président de la République, à l'occasion d'un discours qui faisait référence aux violents conflits qui ont surgi au cours de l'année 2015<sup>3</sup>, posait la question « comment se fait-il qu'un projet d'aménagement qui est porté par des responsables politiques [...], soucieux de leur territoire, puisse engendrer un tel déferlement de contestation violente ? Comment se fait-il qu'ailleurs, d'autres projets ne paraissent pas soulever de difficultés et soient réalisés dans le consensus ? Que se passe-t-il ici pour qu'il y ait blocage, ailleurs pour qu'il y ait réalisation ? C'est toute la question du débat public qui est ainsi posée. » Pour le juriste, la question peut être posée dans les termes suivants : né dans la contestation, le droit de l'environnement peut-il parvenir à se développer, s'y maintenir durablement au risque de créer un climat d'incertitude juridique et contentieuse, et cela plus spécifiquement à l'égard de la réalisation de grands projets dans le domaine de l'énergie et des infrastructures ? À l'inverse, le droit de l'environnement peut-il, en faisant appel à la participation de tous, favoriser, voire garantir,

l'acceptabilité de projets de réalisation d'investissements et d'infrastructures considérés comme utiles et valables pour le long terme ? Quelle doit être la vraie relation à établir entre la contestation et la participation ?

Pour tenter d'y voir plus clair, on tentera de comprendre les données et les causes de cette forme de crise (A) pour vérifier ensuite l'idée selon laquelle l'État aurait jusqu'à présent plutôt cherché à donner le change sans véritablement aborder la problématique actuelle (B). On essaiera enfin de déterminer dans quelle mesure il serait *théoriquement* possible de changer la donne (C), point qui devrait nous aider à mieux cerner les contours de l'avenir sur ce même thème.

### A. Les données et les causes de la crise

L'existence d'un climat de contestation permanente des décisions prises par les Autorités en vue de la réalisation de nouveaux projets d'infrastructures sur le territoire, où le droit de l'urbanisme comme les autorisations du Code de l'environnement sont en cause, est une réalité qui s'explique par deux raisons. La première tient à ce que le droit de l'environnement est composé d'une législation et d'une réglementation qui ont été pulvérisées dans un ouvrage portant le nom de « Code » sans pour autant correspondre à la chose. La deuxième (et c'est celle qui nous semble le mieux expliquer la situation actuelle), intéresse la nature même du droit de l'environnement. Ce dernier est un droit né de conflits. Il vit de conflits. Il n'est donc pas étonnant qu'il n'ait pas encore su trouver sa juste place dans la balance qui oppose les intérêts privés aux intérêts publics.

Ce constat n'est pas propre à la France. On le retrouve en effet de façon éparse dans différents pays d'Europe, d'Amérique et d'Asie où, du fait de cette situation, les manifestations sont parfois plus que violentes. Aussi, ne faut-il pas s'arrêter à la constatation de ces quelques faits mais tenter d'en analyser les causes. La situation de blocage actuelle dans laquelle se trouve pris le droit de l'environnement en France semble tenir, d'une part, à la faiblesse du dispositif de concer-

1. G. Sainteny, *Plaidoyer pour l'écofiscalité*, Buchet/Chastel, 2012.

2. F. Augagneur et D. Rousset, *Révolutions invisibles. 40 récits pour comprendre le monde qui vient*, « Fondation Nicolas Hulot », éd. Les liens qui libèrent, p. 59 et 103.

3. « Conférence environnementale », discours prononcé par M. le Président de la République au Palais de l'Élysée, 27 nov. 2014.



tation que l'on y trouve et, d'autre part, à l'existence d'un système de dispositif contentieux assez ouvert et efficace.

1. Sur le premier point, il est clair que la conception française du droit de l'environnement est une conception qui a fait une large place à l'autorité de la puissance publique, à un point tel que cette dernière peut finir par être perçue comme arbitraire ou trop défavorable dans ses choix à l'égard de l'environnement. Notre droit de l'environnement est constitué de polices administratives spéciales, d'autorisations administratives particulières, d'exigences d'études objectives. Prenons l'exemple des études d'impact. Ces dernières sont censées avoir un caractère objectif. Elles ont pourtant de plus en plus souvent un caractère justificatif. L'étude d'impact peut être regardée et définie comme un document rédigé par une personne privée pour le compte de l'auteur d'une demande d'autorisation. S'il est bien entendu qu'elle est une étude à contenu obligé et qu'elle doit être réalisée sous le contrôle de l'administration, du public et du juge, l'étude d'impact, qui est censée être un document à caractère scientifique, ressemble finalement de plus en plus souvent à un plaidoyer ou, à tout le moins, à un *memorandum* justificatif. Il en irait autrement si l'étude d'impact était réalisée par la puissance publique et non pas par le bénéficiaire de l'autorisation, à l'instar de ce qui se fait dans d'autres États membres de l'Union européenne. Tel n'est cependant pas le cas en France.

Que dire de l'enquête dite « de contact avec le public », telle que l'enquête publique ? Ici, le rôle du Commissaire enquêteur est généralement mal apprécié par les administrés qui croient voir en lui une autorité chargée de prendre la décision alors qu'il n'est qu'un simple greffier. En effet, l'avis qu'il délivre ne présente aucun caractère contraignant, à moins qu'il ne comporte des *réserves* (et non des recommandations). Il apparaît ainsi que, dès en amont de la procédure de délivrance des autorisations, les conflits ne sont pas réglés. Bien au contraire, ils enflent sans solution au fur et à mesure de l'état d'avance-

ment de la procédure vers la délivrance finale de l'autorisation.

2. Aussi, l'existence d'un dispositif contentieux assez ouvert favorise-t-elle et alimente-t-elle clairement la contestation *post-projet*, l'action étant largement ouverte aux associations de défense de l'environnement. En outre, les conditions relatives aux délais ainsi qu'aux formalités sont elles-mêmes relativement faciles à remplir et le ministère d'avocat n'est pas toujours obligatoire. Chaque particulier peut ainsi aisément en bénéficier. La preuve de ce libéralisme contentieux, sur lequel il n'est pas nécessaire d'insister, a montré qu'il est devenu indispensable, sans abandonner le principe du droit au recours, de limiter les conditions du recours contentieux qui a notamment permis, en matière d'urbanisme, l'expérience d'un chantage financier au recours. Même si la technique contentieuse n'est pas parfaite, notamment du fait que le recours n'est pas suspensif, l'existence simple d'un recours devant la juridiction administrative permet souvent de bloquer un projet. Rigidité de la part de l'État d'un côté, libéralisme de la contestation (en dehors des manifestations physiques de blocage de sites qui tendent à se multiplier) de l'autre, ont rendu possible, et sans doute inévitable, la situation de blocage actuelle.

Aussi, ce climat de blocage favorable à la contestation peut-il, aujourd'hui encore et ce grâce au législateur, viser des pans entiers d'activités : l'affaire dite du gaz de schiste interdit à l'exploration et à l'exploitation résulte d'une loi contestée en vain devant le Conseil constitutionnel<sup>4</sup>. Au lieu d'insuffler des mécanismes démocratiques, en tout cas pour parvenir à des résultats plus consensuels, l'administration et tous les Gouvernements qui se sont succédé depuis vingt-cinq ans n'ont utilisé que des demi-mesures.

## **B. Réformer un peu, c'est donner le change et changer la donne**

Pour recueillir effectivement un consensus, il faudrait ne pas se contenter de jouer avec la transparence mais chercher à emporter véritablement l'adhésion. Or, malheureusement, des poli-

4. Cons. const. 11 oct. 2013, n° 2013-346 QPC, *Société Schuepbach Energy LLC*, pour un comm., C. Huglo, R. Sageloli et L. Zeltz, « Fracturation hydraulique et droit constitutionnel environnemental – Un mélange détonnant », *JCP G* 2013, n° 38, doct. 973 ; P. Billet, « QPC "Gaz de schiste" : la loi "Jacob" validée », *JCP Adm.* 2014, n° 17, actu. 2130 ; F.-G. Trebulle, « Droit de l'environnement », *D.* 2014. 104 ; B. Mallet-Bricout, « Droit des biens », *D.* 2014. 1844 ; F. Laffaille, « Le conseil constitutionnel valide la loi n° 2011-835 du 13 juillet 2011 », *D.* 2013. 1844.

tiques très contradictoires, relatives à la recherche de la transparence de l'administration et de l'adhésion du public, se sont succédé sans effet réel dans trois domaines complémentaires. Ainsi, le devoir d'information et la participation des citoyens ont pu être développés sans conséquences concrètes, le champ d'application des études d'impact a fini par être réduit et, surtout, le rôle du juge cantonné à un contrôle restreint.

**1.** Sur le premier point, il est certain que la création de la Commission nationale du débat public, il y a plus de dix ans, a permis d'établir une pratique tout à fait utile et indispensable pour favoriser les conditions d'un meilleur consensus. Elle ne joue cependant que pour les grands projets, dans certaines conditions, et un avis négatif n'empêche pas leur réalisation. Ensuite, la jurisprudence du Conseil constitutionnel des années 2011-2012 qui a d'abord permis le développement du droit à l'information et à la participation du public n'a finalement pas changé la donne.

En réalité, si la participation n'est pas une fin en soi, (participer pour participer, ce n'est malgré tout pas décider), rien ne peut se faire sans une réforme complète de l'enquête publique pour assurer la transparence des éléments du choix. Les règles de procédure de l'enquête publique ne ressemblent guère à celles que connaît le droit judiciaire privé, lesquelles permettent d'examiner en détail le point de vue de chacune des parties. Cela joue pour les tiers comme pour le bénéficiaire qui ne figure dans le débat que par personne interposée ou qui intervient en secret. Aujourd'hui, les efforts de l'administration et des gouvernements sont plus franchement tournés vers des procédures de limitation.

**2.** S'agissant du droit des études d'impact, la France n'a pas joué le jeu de la directive du 27 juin 1985<sup>5</sup>, et ce dès l'origine de son institution. Pendant trop longtemps, le droit français n'a pas respecté l'article 7 de ladite directive qui oblige l'administration à tenir compte des résultats de l'étude d'impact. Certes, l'élaboration d'une étude d'impact entièrement objective peut gêner la réalisation de certains projets car elle révèle des difficultés, voire des obstacles. Pire

encore, on peut décider de modifier le champ d'application de la loi, ce qui a été fait au niveau européen pour la question du gaz de schiste. Dans cette perspective, il n'y a aucune volonté d'information ni progrès dans la recherche de dialogue.

**3.** Le pire de tout reste encore probablement à venir si la volonté de l'Administration et du Gouvernement cherchant à bloquer le travail du juge se concrétise. Pour y parvenir, on peut utiliser différentes techniques : raccourcissement des délais de recours, ajout de nouvelles formalités aux notifications, limitation de la portée du contrôle des vices de forme<sup>6</sup>. On peut encore demander au juge de développer un contrôle prudent et proportionnel, à l'instar de ce que préconise le projet de loi Macron<sup>7</sup>. En un mot, il s'agit de diminuer son pouvoir, c'est-à-dire de bricoler le thermomètre pour faire croire que la fièvre est tombée.

### C. *Changer la donne ?*

Il convient de chercher, non pas à donner le change mais à changer la donne. Changer, c'est effectivement évoluer vers plus de participation et surtout vers une participation effective, sans oublier d'ailleurs que le contrôle du juge existe pour garantir la crédibilité de l'ensemble. Sans doute faut-il d'abord changer d'état d'esprit puis reconnaître les vertus du dialogue, mais il faut également aller au-delà.

**1.** Premièrement, il s'agit de concilier les procédures de démocratie directe avec les objectifs de la démocratie représentative. Si les élus estiment que le processus de démocratie directe doit être réduit, le conflit est évident.

**2.** Deuxièmement, il faut comprendre toutes les décisions qui concernent l'environnement et plus particulièrement celles relatives aux investissements dans le domaine de l'énergie, qui sont des décisions d'expertise au sens propre du terme et qui se prêtent assez mal à la vulgarisation des connaissances. Or, l'expertise est en réalité en France non publique puisque ce sont les grands

5. Dir. 85/337/CEE, Conseil, 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOCE n° L 175, 5 juillet.

6. L. n° 2011-525, 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO 18 mai, p. 8537, dite loi Warsmann.

7. L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO 7 août 2015, p. 13537, dite loi Macron – C. Huglo, « Où va le droit de l'environnement dans la loi Macron ? », *EEL* n° 8, p. 22 – R. Romi, « La loi Macron en son article 28 : à mauvaise cause, mauvais moyens... », *AJDA* 2015. 1609.

corps de l'État qui estiment pouvoir assurer, au nom des citoyens, la réalisation des bons choix.

**3.** Enfin et surtout, il existe une volonté de captation du pouvoir de décision sans référence aucune à l'intérêt général et qui est commune aux usagers comme aux décideurs. Aussi, constate-t-on, d'un côté comme de l'autre, une totale incapacité à prendre la juste mesure de la distance qui sépare l'intérêt privé de l'intérêt commun ou général. L'attachement à un pouvoir de décision unilatérale sans vrai partage reste donc une réalité inhérente à la façon dont l'Administration se fait de l'idée de sa mission. Le professeur Jégouzo avait réclamé une refonte des procédures de participation en militant pour un travail d'unification, et de rénovation en profondeur de la démocratie représentative et notamment la démocratie locale<sup>8</sup>. Sans aucun doute, cela s'impose, mais la question de savoir comment y parvenir en l'état actuel du droit public reste ouverte.

Tout d'abord, il semble – et c'est bien ce qu'ont montré les travaux et les auditions réalisés dans le cadre de la Commission que préside Alain Richard pour une démocratie participative<sup>9</sup> – que ce qui est réclamé par tous les acteurs, c'est la possibilité de définir les besoins et de travailler en amont. Aussi, l'obstination de la France à refuser l'application de la Convention d'Aarhus et en particulier de son article 6 § 4 imposant de faire appel à la participation des citoyens au stade même du simple projet, est-elle sans doute une des causes fondamentales de nos difficultés.

Les conférences de consensus doivent être développées. Les conférences préparatoires et l'assouplissement des conditions qui permettent d'y accéder (comme cela se fait dans la procédure instituée en Toscane où le citoyen a la possibilité de soulever un débat public), paraissent aller dans la bonne direction. S'il n'y a pas de procédure de participation effective en amont pour canaliser les contestations, la délivrance de la décision d'autorisation ne peut être que mal reçue. Dans l'hypothèse inverse, on peut au moins espérer réduire en quantité les recours sur le fond. Il apparaît ainsi nécessaire de renforcer la

crédibilité des procédures préalables. La jurisprudence relative aux vices de forme, tels qu'issus de la loi Warsmann, et de la décision *Danthony* rendu par le Conseil d'État le 23 décembre 2011<sup>10</sup> ne semble cependant pas engagée dans cette voie.

Le présent diagnostic révèle une situation de blocage : le droit de l'environnement est pris comme otage entre contestation organisée d'une part et recherche de concertation et de participation des citoyens de l'autre.

**II.** Il est clair que, pour pouvoir parvenir à projeter ce sujet vers l'avenir, il convient de s'interroger sur deux facteurs de nature très différente, la première question étant celle de savoir comment il faut relire et interpréter les rapports entre contestation et participation, tels qu'ils ont été perçus et ressentis en 2015. En second lieu, il faut imaginer des *scenarii* de l'état du monde à près de trente ans, tant dans ses données factuelles qu'institutionnelles, aux plans international et national. On pourra ensuite vérifier la façon dont ces deux idées pourront se développer suivant l'existence d'un contexte politique autoritaire ou non.

Après avoir procédé à une relecture des préoccupations contemporaines des années 2014-2015 telle qu'elle pourrait être faite par un observateur situé dans l'avenir (A), on cherchera à connaître quelques-uns des éléments du contexte de fait et de droit plausibles à l'échelle des trente prochaines années (B). On tentera enfin de déterminer, selon les différents *scenarii* envisagés, quelle pourrait être la part de la concertation et de la participation face à la contestation (C).

### **A. Les obstacles à la mise en place d'une vraie participation citoyenne**

La nature des éléments précédemment évoqués révèle trois difficultés majeures. La première est liée à la perception que l'on a du temps en écologie, qui diffère sensiblement de celle que l'on en a en économie. La deuxième est relative au manque général de confiance dans la progressi-

8. Y. Jégouzo, « Démocratie participative en question », *AJDA* 2014. 2385.

9. *Démocratie environnementale : débattre et décider*, rapport de la Commission spécialisée du Conseil national de la transition écologique sur la démocratisation du dialogue environnemental présidée par A. Richard, remis au Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie le 3 juin 2015.

10. CE, ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, req. n° 335033.

vité et la capacité d'adaptation du droit de l'environnement. La troisième tient en France à l'échec de l'intégration de l'écologie dans le monde économique et social.

1. Sur le premier point, il est assez clair que, au-delà de la difficulté pour l'État de quitter son modèle centralisateur et sans compter les antinomies existantes entre les principes qui sont à la base de la démocratie directe et ceux qui constituent le socle de la démocratie représentative, la vraie question reste de savoir comment réduire l'écart entre les préoccupations économiques et sociales, dont les visées sont à court terme, et les préoccupations de l'écologie, qui intéressent le long terme. Deux auteurs ont magistralement développé cette idée dans un ouvrage à travers lequel ils posent en définitive la problématique de la démocratie directe face à la démocratie représentative<sup>11</sup>.

2. Le deuxième facteur révèle la crispation des Autorités face à l'expression légitime des usagers sur l'occupation de leur territoire et la possibilité qu'ils ont de l'exprimer en tant que point de vue divergent de celui de l'Administration, notamment face au juge. De nombreuses conférences de consensus, à l'instar de celles qui ont été réalisées par la Commission nationale du débat public (CNDP), montrent combien l'apport d'opinions contraires dans la réalisation d'un projet est bienfaiteur. À l'occasion d'un entretien entre l'auteur de ces lignes et le Président de la CNDP, ce dernier a révélé que, dans le cas particulier de l'affaire dite *des déchets de Bure*, le processus de concertation alors mis en place avait permis aux ingénieurs de l'Autorité de sûreté nucléaire de découvrir de nouvelles facettes au problème. Comme on le sait, la vraie difficulté pour résoudre une question technique tient substantiellement à la façon même dont celle-ci est posée. Aussi, un apport extérieur laisse-t-il passer de l'air et engendre-t-il bien souvent une meilleure réflexion.

S'agissant de la nécessité et de l'utilité d'avoir un point de vue différent, la crainte du juge, le refus de recevoir les messages du droit international et du droit comparé, et la volonté de cantonner le juge à un rôle subalterne empêchent toute évolution. Il faut choisir entre, d'une part, des procédures légères qui permettent d'appro-

fondir le contrôle du juge (sans toutefois aller jusqu'au contrôle de l'opportunité) et, d'autre part, des formalités réelles, sérieuses et utiles sur la recherche de consensus (hypothèse dans laquelle le contrôle des processus et la sanction de leur violation s'imposent) car on ne peut pas mélanger les deux techniques.

3. En troisième lieu, il convient d'évoquer les causes profondes de cette situation de blocage. Elles sont sans doute assez simples et peuvent être résumées ainsi : c'est l'absolue difficulté de l'intégration des préoccupations politiques de l'écologie à l'égard du monde économique et social. Contrairement à ce qui se passe en Allemagne, l'écologie politique, en France, est essentiellement animée par une logique contestataire plutôt que constructive. Dans leur volonté de réforme, les pouvoirs publics entendent trop souvent donner des gages politiques à telle ou telle tendance soit trop favorable, soit trop hostile, à l'écologie. En pareilles circonstances, l'objectif de bonne gouvernance paraît bien difficile à atteindre. Cette première tentative de diagnostic, sans doute quelque peu sommaire, permet toutefois d'aller plus loin.

### **B. Quel contexte pour demain ?**

Un double *scenario* devrait pouvoir être envisagé, aux termes duquel le monde continuera comme il va avec quelques soubresauts. Toutefois, l'hypothèse d'une catastrophe écologique, quelle qu'en soit la forme, n'est pas à écarter. Il convient en effet de se préoccuper de l'éventuelle réalisation de catastrophes liées à des *scenarii* climatiques de plus en plus violents ou encore de la survenance d'accidents technologiques graves, dépassant ceux déjà connus de Tchernobyl et de Fukushima.

1. Le philosophe Jean-Pierre Dupuy considère que le drame de l'homme moderne est de ne pas croire ce qu'il sait. Lorsque l'on parle de risque, on ne peut, dans une certaine mesure, que lui donner raison. Quand on y regarde de plus près, la première réflexion relative au risque de changement climatique remonte aux années 1970. Tout un combat a été nécessaire pour mettre en place une expertise de grande dimension et suivant des modèles très élaborés permettant aux scientifiques de transmettre des messages aux

11. D. Bourg et K. Whiteside, *Vers une démocratie écologique. Le citoyen, le savant et le politique*, Seuil, 2010.

responsables politiques et à la société tout entière<sup>12</sup>. Si l'on veut bien admettre que les messages qui ont été émis dans les années 1970-1980 n'ont en définitive leurs échos qu'en 2015, à la veille de la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques Paris (COP 21), ce sont presque quarante ans d'inertie qu'il faut remettre en cause.

Il est inutile d'entrer dans les détails des conséquences du réchauffement climatique, sur les pertes en utilisation des territoires (la variable climatique serait de l'ordre de 700 km) soit en perte de territoire, érosion, submersion et recul du littoral lié à la montée des eaux. De ces nombreux faits néanmoins, les préoccupations de l'écologie ne pourront que se rapprocher de celles de la sécurité et de la défense<sup>13</sup>.

Quel scénario peut-on raisonnablement envisager concernant l'hypothèse d'une catastrophe nucléaire survenue en Europe, et plus particulièrement en France ? La perte, en termes de vies humaines, serait bien évidemment considérable et si, par malheur, l'accident se produisait en France, ce serait plus du quart du territoire français qui serait dévasté. En pareille hypothèse, il ne s'agirait plus seulement d'une « perte » mais d'une véritable destruction, quasi-définitive, du territoire.

**2.** En outre, la sécurité des habitants des grandes métropoles, comme celles de Paris et de Lyon, dont la localisation est finalement assez proche de celle des grands ensembles de production nucléaire d'électricité (respectivement Nogent et Bugey), serait particulièrement menacée. Les crises politiques qui s'en suivraient alors devraient avoir des conséquences aussi importantes, tant sur le plan écologique qu'institutionnel, que celles qui ont affecté l'URSS et l'Ukraine à la suite de l'accident Tchernobyl. On sait aujourd'hui que les gouvernements autoritaires se maintiennent au pouvoir en dépit des protestations formulées par la population. Si un tel *scénario* devait se produire demain, il est vraisemblable qu'il n'en irait pas autrement. Dans tous les cas de figure, il est peu probable que la réalisation du « *scénario*

catastrophe » évoqué conduise à davantage de démocratie ou de décentralisation.

À l'inverse, si les changements climatiques sont correctement anticipés et que de véritables politiques se développent pour encadrer la « société du risque »<sup>14</sup>, donnant lieu à l'installation puis à la création d'un Ordre international avec des institutions, une gestion plus décentralisée et plus libre des États pourrait se développer. L'appel aux procédures participatives est, à n'en pas douter, absolument cruciale pour aller en ce sens.

Aussi, l'idée qui se fait actuellement jour et qui est encore assez peu analysée est-elle celle d'un développement en puissance de la société civile face aux États et aux puissances financières. Cette dernière devrait pouvoir laisser augurer d'heureux changements.

### **C. Quels rapports entre concertation et contestation selon les différents cas de figure envisagés ?**

Dans tous les cas de figures, il faudra assurer la continuité et le maintien du droit de l'environnement car il touche aux besoins les plus vitaux. On prendra d'abord comme hypothèse l'existence d'un modèle autoritaire au niveau national et celle d'un modèle institutionnel autoritaire au niveau international.

**1.** Dans le premier cas, l'indifférence à la prise en considération des impératifs écologiques entraînera le développement de la contestation brute et de la contestation judiciaire. Au plan national, le contentieux paraît commencer à se déplacer, en théorie au moins, au niveau des Cours suprêmes. Il est à noter en effet que la Constitution de 143 sur 196 États contient des dispositions sur la protection de l'environnement<sup>15</sup>. Sans doute, assez peu contiennent des dispositions procédurales. Mais le recours au juge et l'invocation de la loi suprême devant une Cour constitutionnelle ou un tribunal de droit commun restera toujours ouvert. Le point de savoir quel accueil pourrait être donné au déplacement du contentieux au plan international est cependant difficile

12. M. Mbengue, « Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, colloque d'Aix-en-Provence, SFDI, Pedone, p. 184.

13. C. Huglo, *L'Union européenne et les crises : les catastrophes écologiques*, Bruylant, 2010, p. 69 s.; *Environnement : enjeu de défense ou impératif de sécurité écologique. Mélanges offerts à J. Untermaier*, à paraître.

14. U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001.

15. L. Neyret, *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015 – C. Lepage, *Constitution pour une nouvelle République. Écologie, laïcité, démocratie*, Atelier de presse, 2006 – E. Gaillard, *Génération futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, « Bibl. dr. privé », LGDJ, 2011.

à définir car l'existence d'une juridiction répressive à ce niveau reste elle-même problématique.

**2.** À l'inverse, s'il existait, au niveau international, des institutions dotées d'un parlement et un exécutif forts et qui laisseraient aux États une certaine marge de liberté de décision, une plus large place pourrait être accordée au recours aux techniques participatives, telles que décrites dans le troisième développement de la première partie. Il faut cependant bien garder à l'esprit que, dans un cas comme dans l'autre, un minimum de concertation et de contrôle juridictionnel s'impose. En effet, la participation doit être considérée comme inhérente à la cause environnementale, qui reconnaît par ailleurs l'importance cruciale des questions relatives à la qualité de vie et à la santé des citoyens. Mais, à l'instar de ce qui a été précédemment évoqué, l'existence de procédure de concertation ou participative suppose une application stricte de règle de procédure, et donc l'assurance de leur contrôle par un juge.

Le problème fondamental reste donc de réduire la tension propre à toute démocratie représentative entre, d'une part, la satisfaction des besoins présents et, d'autre part, la représentation de l'avenir en tant qu'il exige d'importantes modifications institutionnelles, telles que l'introduction de la représentation de la société civile et surtout des générations futures au niveau national. La représentation de l'avenir passera toujours par la médiation de l'expertise scientifique et finalement le vrai débat sera certainement celui de l'accès et du contrôle de qualité de l'expertise (indépendance, objectivité, absence de conflit d'intérêt). C'est sans doute vers une autre dimension de la problématique liée à l'opposition contestation/concertation que devraient être orientées les réflexions. Finalement, il faut bien constater que, quelle qu'en soit la forme ou l'apparence, le réel est double et composé d'antagonismes qui s'équilibrent de

façon différente selon les circonstances. Il faudrait en tirer la conclusion que contestation et concertation sont finalement indissociables l'une de l'autre, même en droit. La concertation doit tendre à rapprocher les intérêts contraires mais n'est rien si elle écarte toute préoccupation relative à la recherche de l'intérêt général. Elle doit donc être mesurée ou encadrée pour permettre d'aboutir à la bonne décision et ne réussit que si elle a bien intégré toutes les données de la contestation.

À l'inverse, la contestation ne peut avoir de résultat que si elle parvient à dépasser l'exaltation du conflit pour le conflit et vise, soit à modifier les règles ou l'ordre existant, soit à créer un ordre nouveau. Les circonstances et les données de l'état du droit des années 1970-1980 ont justifié que, pour apparaître, le droit de l'environnement ne pouvait que privilégier la contestation judiciaire et le recours au juge. Aujourd'hui, la contestation doit savoir se déplacer au niveau des principes et du contrôle de la procédure. Malheureusement, dans la situation actuelle du droit, la technique de la question prioritaire de constitutionnalité est insuffisante car elle est un procès à la constitutionnalité de la loi mais n'aboutit pas à la reconnaissance directe pour le citoyen du droit constitutionnel à l'environnement. À l'inverse, aujourd'hui vouloir cantonner le contrôle du juge sur la forme (comme sur le fond) est une erreur, voire une faute par rapport à l'impérieuse nécessité de voir s'épanouir le droit de l'environnement tant que les procédures participatives ou de concertation ne s'imposent pas à l'égard du pouvoir administratif.

L'exercice prospectif auquel nous avons tenté de nous livrer nous a permis, non pas de dessiner quelques éléments d'un édifice utopique souhaitable ou non, mais surtout de porter un regard plus aigu, nous l'espérons tout au moins, sur les contradictions dans lesquelles nous avons commencé à nous enfermer.

# Droits p'tits tours et puis s'en vont...

Cécile Chainais, Directrice scientifique

---

Dans sa chronique « *Droits fois rien* », qui clôturait le précédent numéro de cette revue, Denis Mazeaud tirait sobrement sa révérence, quittant ainsi une revue sur le berceau de laquelle il s'était penché avec bienveillance, il y a maintenant six ans<sup>1</sup>.

L'élégance gracieuse, l'insouciance apparente avec laquelle il se retire, telles les marionnettes de la chanson, ne saurait faire oublier le dévouement et l'engagement inlassables qui ont été les siens au service de la *revue*, qu'il a orchestrée avec le souffle qu'on lui connaît, aux côtés de Nicolas Balat et Étienne Casimir, qui sont l'âme de la *revue*.

La mission qui m'est désormais confiée au sein de cette revue ne saurait, en réalité, être celle de « succéder à Denis Mazeaud ». En effet, la *cause* est entendue (l'intéressé me pardonnera, j'en suis sûre, ce mauvais jeu de mots) : on ne succède pas à Denis Mazeaud !

Elle consistera donc, plus modestement, à veiller à la belle qualité scientifique d'une « petite » revue devenue grande et d'en préserver, sinon d'en accroître, le rayonnement – dans notre université et hors de ses murs.

Elle visera, plus encore, à rester fidèle à l'esprit de la *revue* et à ce qui fait sa spécificité – l'originalité des thèmes choisis et une certaine liberté de ton, combinées avec le pluralisme des voix et idées qui trouvent à s'y exprimer.

Je me réjouis, pour finir, que Nicolas Balat, désormais promu maître de conférences au sein de notre université, ait cédé à mon amicale pression pour m'accompagner sur ce chemin. Son accession à la fonction de directeur scientifique adjoint de la *revue* lui permettra en effet d'être le garant de la continuité dans la qualité, à laquelle – et je lui en suis d'ores et déjà reconnaissante – il veillera jalousement.

*Marionnettes, recommencez !*

---

1. D. Mazeaud, « Droits fois rien (dernière)... », *RDA*, n° 10, févr. 2015, p. 268 s.



## 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)