



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

Revue de droit d'Assas

N°9 Février 2014

Le portrait

Philippe Merle : portrait d'un amoureux... du Liban !

Par Morgane-Aude Roussel

Le débat

Faut-il avoir peur de l'action de groupe ?

Avec Louis Boré et Yves Strickler

Le dossier

Les standards juridiques

Par Charles Bahurel, Nathalie Blanc, Rana Chaaban,
Nicolas Dissaux, Magali Jaouen, Christophe Juillet,
Pauline Le Monnier de Gouville et Denis Mazeaud

L'offre de droit

La procréation pour tous ?

Avec Jean-Sébastien Borghetti, Yann Favier, Bernard Haftel,
Astrid Marais et Caroline Mécarry

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, 33 rue du Mail – 75081 Paris Cedex 02

lextenso éditions

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

Directeur de la publication : **Guillaume Leyte**

Directeur scientifique : **Denis Mazeaud**

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 à 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,
responsable du Master 2 Droit privé général

Laurent Leveueur,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
directeur du Laboratoire de droit civil

Martine Lombard,

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

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

Responsable du développement :

Clotilde Lacotte

Responsable du financement :

Guillaume Drouot

Responsable du colloque annuel :

Antoine Touzain

Responsable adjointe du colloque annuel :

Clara Derrien

Membres du comité de rédaction :

Yannick Blandin, Aurore Boucher,
Adrien Brochard, Kevin Cariou, Charlotte Dubois,
Estelle Fragu, Diane Galbois, Roger Gaspard,
Elléa Ripoche, Jean-Charles Rotoullié, Pierre-
Antoine Teillauchet

L'intro

Nicolas Balat et Étienne Casimir, rédacteurs en chef

Cette parution de la *RDA* en ce début d'année porte, déjà (!), le numéro 9.

Neuf, rang prometteur : n'est-il pas le nombre à un chiffre le plus haut dans le système décimal ?... Et si les Romains l'ont déclaré sous X – « IX » –, le 9 peut se targuer d'une belle ascendance, que l'on songe aux 9 planètes, dont notre Terre qui s'agite pour se donner auprès du soleil une importance qu'elle n'a pas, ou aux 9 Muses, filles de Zeus, dont le plus érudit d'entre nous peinera probablement à citer plus de trois noms...

Retenons cependant celui de Clio, Muse de l'épopée, pour évoquer celle qui vous est contée dans le portrait de ce numéro intitulé « *Philippe Merle : portrait d'un amoureux... du Liban !* »

Notre débat opposera Maître Louis Boré et le Professeur Yves Strickler sur un thème dont l'actualité est brûlante : « *Faut-il avoir peur de l'action de groupe ?* » Une question qui aurait mérité, sous l'ombre d'un chêne, l'arbitrage de Louis IX dont la justice immanente et ses autres vertus ont fait oublier son ordre numéral pour le sacrer Saint Louis.

Quoi de *neuf* encore ? Pour évoquer quelques nouveautés de la planète « faculté », une contribution sera consacrée à une page qui occupe (un peu trop ?) les journées des étudiants de notre Université : *Spotted Assas*. Vous saurez également tout sur la vie des doctorants ou sur celle des plus jeunes tuteurs. Puis, à l'heure où il est à nouveau question du serpent de mer de la réforme du droit des obligations, nous fêterons un anniversaire : celui du bicentenaire de la querelle qui opposa Savigny et Thibaut sur l'opportunité d'un Code civil à la française en Allemagne. En outre, alors que les pouvoirs publics ont besoin de sous *neufs*, un auteur se demandera, un peu à contre-courant, s'il est opportun de supprimer l'impôt sur le revenu.

Le dossier apportera ensuite la preuve par *neuf* de la nécessité des standards en droit, au moment même où notre législateur, lancé dans une nouvelle croisade – qui s'ajoute aux 9 autres... – à la conquête de l'égalité des sexes, a choisi de supprimer le *bon père de famille* !

Et pour clore le sommaire de ce numéro 9 « facteur d'harmonie », un thème qui ne l'est pas, à voir l'attention qu'il suscite... La procréation pour tous, sujet qui fera l'objet d'une *offre de droit* de la part des auteurs qui ont accepté avec gentillesse de se prêter au jeu. Il regroupe une partie des intervenants à un colloque qui se tiendra à Brest le 16 mai 2014 et auquel, chers lecteurs, vous êtes tous chaleureusement conviés.

Au gui l'an *neuf*, que coule encore la Seine sous le pont... *Neuf*, et nous, des jours heureux en 2014 !

Sommaire

L'intro

Quelques mots des rédacteurs en chef p. 3

Grand Un • Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

Petit un : l'Homme du droit

Philippe Merle, par M.-A. Roussel

p. 7

Petit deux : droit au débat

Faut-il avoir peur de l'action de groupe ?,
par L. Boré et Y. Strickler

p. 11

Grand B

Droit de regard

Petit un : hors les murs

« Fais pas genre », Le bicentenaire d'une querelle, Peut-on supprimer l'impôt sur le revenu ?, L'arbitre, le code et le carton rouge, par S. Rosenberg, V. Langenbach et P.-A. Marquet, A. Revel et J. Jourdan-Marques

p. 16

Petit deux : dans les murs

Le tuteur, Spotted Assas, Devenir un juriste détestable, La thèse, par L. Leboeuf et A. Touzain, D. Galbois, G. Drouot, A. Brochard

p. 25

Grand Deux • Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Les standards

Petit un : avant-propos

par D. Mazeaud

p. 35

Petit deux : les standards doctrinaux

par N. Dissaux

p. 36

Petit trois : standards et procédure pénale

par P. Le Monnier de Gouville

p. 43

Petit quatre : le raisonnable

par C. Bahurel

p. 60

Petit cinq : standards et contrats

par M. Jaouen

p. 65

Petit six : standards et sûretés

par C. Juillet

p. 73

Petit sept : standards et droit d'auteur

par N. Blanc

p. 80

Petit huit : standards et arbitrage

par R. Chaaban

p. 85

Grand B

Offre de droit

La procréation pour tous ?

Petit un :

la procréation pour tous ?

par A. Marais

p. 91

Petit deux :

pour en finir avec la ségrégation...

par C. Mécery

p. 96

Petit trois :

gestation pour autrui

à l'étranger et droit français

par B. Haftel

p. 100

Petit quatre :

PMA et GPA en questions

par J.-S. Borghetti

p. 104

Petit cinq :

réformer l'assistance à la procréation

par Y. Favier

p. 110

Droits fois rien...

Le directeur scientifique défie les canons du plan juridique, en proposant une conclusion qui n'en a pas le nom... p. 113

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Charles BAHUREL, Maître de conférences à l'Université de Nantes

Nicolas BALAT, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Nathalie BLANC, Professeur à l'Université Paris XIII

Louis BORÉ, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, membre du conseil de l'Ordre, docteur en droit

Jean-Sébastien BORGHETTI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Adrien BROCHARD, ATER à l'Université Paris Dauphine

Étienne CASIMIR, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Rana CHAABAN, Maître de conférences à l'Université du Maine

Nicolas DISSAUX, Professeur à l'Université Lille II

Guillaume DROUOT, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Yann FAVIER, Professeur à l'Université Rennes II

Diane GALBOIS, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas, chargée d'enseignement

Bernard HAFTEL, Professeur à l'Université d'Orléans

Magali JAOUEN, Professeur à l'Université de Valenciennes

Jérémy JOURDAN-MARQUES, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Christophe JUILLET, Professeur à l'Université Descartes (Paris V)

Vincent LANGENBACH, Étudiant en master 2 à l'Université Panthéon-Assas

Ludmilla LEBOEUF, Étudiante en master 1 à l'Université Panthéon-Assas

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

Astrid MARAIS, Professeur à l'Université de Bretagne occidentale

Pierre-Alain MARQUET, Étudiant en master 2 à l'Université Panthéon-Assas

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, président de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

Caroline MÉCARY, Avocate au barreau de Paris

Alexis REVEL, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Sidney ROSENBERG, Étudiant à l'Université Panthéon-Assas

Morgane-Aude ROUSSEL, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas

Yves STRICKLER, Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

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

Grand Un

Autour du droit

Grand A

Du droit et des
hommes

Petit un

L'Homme du droit

Philippe Merle : portrait d'un
amoureux... du Liban ! p. 7

Petit deux

Droit au débat

Faut-il avoir peur de l'action
de groupe ? p. 11

Grand B

Droit de regard

Petit un

Hors les murs

« Fais pas genre », récit de la
solution apportée au problème
de la discrimination sexuelle p. 16

Le bicentenaire d'une querelle p. 18

Peut-on supprimer l'impôt sur
le revenu ? À cœur vaillant,
rien d'impôt'ssible ! p. 21

L'arbitre, le code et le carton
rouge p. 23

Petit deux

Dans les murs

Le tuteur, spécialiste de
la botanique universitaire p. 25

Spotted Assas est de retour p. 28

Quelques règles pour devenir
un juriste détestable p. 31

Ce songe qu'est la thèse p. 32

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.

Philippe Merle : portrait d'un amoureux... du Liban !

Morgane-Aude Roussel



Equisser le portrait d'un éminent Professeur dont le nom est connu de tout étudiant en droit des sociétés digne de ce qualificatif (autrement dit qui a consenti à ouvrir un manuel relatif à ladite matière !) devrait être un jeu d'enfant. Pourtant, après un entretien d'une heure et demie avec le Professeur, la tâche s'est avérée beaucoup plus complexe qu'il n'y paraissait au premier abord... Pour tout avouer, un pinceau aurait été d'un plus grand secours qu'une plume pour réaliser le portrait du « modèle ». Et pour cause, le cadre de l'entretien a révélé autant de secrets que les propos recueillis sur la personnalité du grand commercialiste qu'est Philippe Merle.

Néanmoins, déclarer forfait dès le premier *set* perdu serait faire fi des conseils donnés par le Professeur à ses étudiants qui passaient l'épreuve tant redoutée du « Grand Oral » de l'examen d'entrée à l'École du Barreau : « *Pas de discours à l'eau tiède ! Il faut réfléchir et argumenter !* » Ayant à cœur de ne pas décevoir notre « modèle », relevons donc le défi du portrait. Ces quelques mots donnent d'ailleurs plus que des indices épars sur la personnalité du Professeur, ils révèlent un trait saillant de son caractère : il est très... exigeant ! Découverte qui, soit dit en passant, n'était pas de nature à rassurer la rédactrice du portrait en question... Qu'à cela ne tienne, à l'image de tout juriste, soyons précis et commençons par décrire le décor du tableau afin de mieux cerner le personnage central.

Il m'a été donné la chance et l'honneur d'être reçue avec bienveillance « au Varenne », son refuge parisien. Parisien ai-je dit ? Géographiquement, c'est indubitable. Preuve en est : au travers des fenêtres, on distingue aisément le ciel couleur bitume et les averses de novembre. Tout y est. Pourtant, à l'intérieur du bureau du Professeur règne une atmosphère chaleureuse et enjouée qui contraste étrangement avec la grisaille parisienne. Peut-être cette impression est-elle due au café turc qui sert de prélude à l'entretien. Mais les sofas aux allures d'ailleurs que l'on ne s'attendrait pas à trouver dans la pièce de travail du Professeur, à côté du traditionnel « bureau de ministre », n'y sont sans doute pas

étrangers non plus... (On en déduit au passage que le confort du siège du juriste n'est en aucun cas un facteur de réduction de sa puissance de réflexion !).

Ainsi, à défaut de pouvoir importer sa bien-aimée Beyrouth dans ses malles de retour vers la France, le Professeur a clairsemé son bureau de clins d'œil à l'« élue ». Il m'a d'ailleurs montré avec bonheur un exemplaire du célèbre Code civil libanais signé Josserand, « sorte de version codifiée du droit civil français datant de 1936 », œuvre admirable et... sans la moindre note de jurisprudence sous les articles, d'où sa faible épaisseur ! (Avis aux amateurs ! Disposer pour un apprenti juriste d'un Dalloz ou d'un Litec sur sa table d'examen relève, en comparaison, du cadeau du Père Noël !)

Revenons à notre « modèle ». Au premier coup d'œil, « *Philippe Merle, c'est un sourire rayonnant, des yeux pétillants, une distinction naturelle, un charme hors du temps* »¹. Mais vous l'avez sans doute déjà deviné, pour saisir au delà de cette description qui est vraiment le Professeur, un voyage s'impose. Il est nécessaire de suivre sa route du pays des cèdres (surnom poétique donné au Liban) jusqu'à la Montagne Sainte-Genève (ou la rue d'Assas pour les plus chauvins...).

I. Du pays des cèdres...

Le choix de la voie juridique ne fut pas le fruit d'un hasard pour Philippe Merle. Fils d'avoué, il entama tout naturellement des études de droit à la faculté de Nancy. Fasciné par ses maîtres, parmi lesquels figurent Roblot, Voirin et Vitu, il décida, « *un bon diplôme de troisième cycle* » en poche, de se lancer dans l'aventure de la thèse pour suivre leurs traces. Si le Professeur est exigeant avec ses étudiants, il l'est bien plus encore avec lui-même ! Il rédigea donc une thèse de droit pénal sur un sujet particulièrement technique, *Les présomptions légales en droit pénal*, sous la direction d'André Vitu. Surprenant non ? Le grand commercialiste fut d'abord pénaliste ! Hum... avoue-t-il... « *pas un vrai pénaliste* » ! Heureux changement de cap qui permit aux étudiants de voir paraître des années plus tard l'excellent Précis consacré aux sociétés commerciales, auxquels certains confessent encore se reporter en première intention une fois devenus avocats ou juristes d'entreprise². La thèse fut pour le Professeur « *une longue épreuve, de celles qui donnent mauvaise conscience dès qu'on s'en éloigne* » (eh oui, même les plus grands ont parfois ce sentiment !). On imagine donc avec quel bonheur il put enfin défendre ses propositions lors de la soutenance et répondre aux attaques des membres du jury !

Trêve de gloire, l'étape suivante, le concours d'agrégation, demeure (encore aujourd'hui) la plus redoutable, et pour les provinciaux, l'épreuve n'est pas seulement intellectuelle... Le candidat non parisien va certes devoir, pour réussir, démontrer qu'il est un brillant juriste, mais aussi qu'il est doué d'un sens inné de l'organisation matérielle ! Pour l'équipe de la fameuse leçon de 24 heures qui accompagnait le futur Professeur dans son ascension, réussir le « Nancy-Paris » en « deuches » chargées à ras bord de traités et manuels en tout genre était déjà un défi en soi ! La capitale atteinte, regroupés dans les hôtels aux abords du Panthéon, mieux valait avoir bien pensé sa provision d'ampoules électriques « haute consommation » (voire de bougies !) si l'on voulait ne pas perdre de précieuses heures de travail nocturne. Esprit brillant – et nous le devinons, provincial assez bien organisé – Philippe Merle obtint la sixième place au concours de 1971. Vint alors le moment crucial de l'affectation...

Souhaitant s'éloigner de sa faculté d'origine pour prendre du recul et voler de ses propres ailes, le jeune agrégé portait son choix de cœur sur le bassin méditerranéen, plus précisément sur Beyrouth, ce qui lui permettait parallèlement de renouer avec ses racines du midi. Mais le choix du premier poste s'effectuant par ordre de classement, il fallait bien composer avec les cinq premiers et, malheureusement, le cinquième avait la très mauvaise idée d'hésiter fortement entre Beyrouth et Abidjan... Comment faire pencher la balance du bon côté ? Ce fut l'épouse du Professeur qui trouva la solution. Elle parvint en effet à convaincre le concurrent hésitant de choisir Abidjan en lui démontrant ô combien la ville de Beyrouth était dangereuse et source d'insécurité... Le stratagème féminin fonctionna ! Mais la suite des événements politiques au Liban montrera que la raison invoquée était loin d'être une fable...

Toutefois, comme disent les financiers américains, « *the more risk you take, the more return you have* » ! L'accueil à l'Université Saint-Joseph de Beyrouth, à la mesure du risque pris, fut des plus

¹ M. Dubertret, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012.

² A. Lienhard, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz 2012.

chaleureux, tant par les collègues français déjà présents que par les collègues libanais. Dès la première année, fut attribué au jeune Professeur le cours de droit commercial consacré aux effets de commerce et aux faillites (d'où le passage naturel du droit pénal au droit commercial). Au grand étonnement de celui-ci, point d'amphithéâtres à gradins mais de simples salles de cours avec une trentaine d'étudiants. Des étudiants pas tout à fait comme ceux qu'il avait jusqu'à présent eu sous sa houlette... Des étudiants « d'un genre nouveau », qui lui réservaient de drôles de surprises...

Le Professeur confie avec malice : « *Persuadé qu'on sait tout, on arrive avec sa science* ». Fort de ce postulat, quelle ne fut pas sa surprise dès l'un des premiers cours, tandis qu'il décryptait devant les étudiants un texte impératif sur la lettre de change, de se voir rapidement interrompre par l'un d'entre eux et s'entendre dire : « *Monsieur, nous, on ne fait pas ça comme ça ici...* »!³ Eh oui, les étudiants libanais, à la différence des étudiants français, comptent souvent à leur actif une solide expérience dans la banque ou le commerce lorsqu'ils viennent s'asseoir sur les bancs de l'Université, et semblent loin d'être prêts à faire acte d'allégeance devant les théories savantes, impératives ou non, développées par leur interlocuteur, tout Professeur qu'il fût !

Il faut bien reconnaître que dans sa découverte des mœurs locales, le jeune agrégé ne se vit rien épargner... Preuve en est sa mésaventure lors de son premier jury de thèse. Dès son arrivée à l'Université Saint-Joseph, on le nomma rapporteur d'une thèse en droit bancaire. Après une lecture plus qu'attentive de l'œuvre en question, il dut se rendre à l'évidence : les différences de style difficilement compréhensibles qui jalonnaient le texte dans son ensemble, laissaient à penser qu'il n'y avait pas un auteur mais deux ! Qui était donc le second ? Le candidat ayant eu la très mauvaise idée de citer de temps à autre une vieille thèse de 1935, cet indice mit la puce à l'oreille du Professeur qui, après avoir dépoussiéré et compulsé le vieil ouvrage litigieux, s'aperçut avec effarement que le candidat au grade de doctorat en avait tout bonnement recopié des passages entiers ! Le directeur de thèse (qui était – précisons-le – le conseil de la banque dont le « plagieur » avait en charge la direction juridique...), prévenu, se déchargea sur le jeune Professeur de la responsabilité d'annoncer la découverte dudit plagiat au candidat... qui eut alors une réponse tout à fait mémorable : « *Professeur, si c'est simplement une question de droit d'auteur, on peut s'arranger...* » ! Désarmant de candeur... ! Mais, incorruptible et très attaché à la valeur du plus haut grade de l'Université, Philippe Merle offrit en guise de réponse... une convocation en conseil de discipline ! À jouer avec le feu, on finit par se brûler les ailes... même au pays du Levant !

Cependant, peu rancunier de ces premières mésaventures, le Professeur garde en lui le souvenir de moments extraordinaires passés avec ses étudiants de Beyrouth chaleureux et sympathiques. Il est indéniable d'ailleurs, au vu des témoignages de ses anciens étudiants, que ce ressenti demeure, aujourd'hui encore, réciproque. Qualifié de « *professeur exceptionnel, fin connaisseur de sa matière et avec une vision très pratique* », Philippe Merle sait l'art et la manière de transmettre sa passion pour le droit commercial et son savoir en la matière.

Si le Professeur fut conquis par ses étudiants du Pays des Cèdres, il le fut tout autant par la capitale de celui-ci, qu'il raconte avec affection : « *Beyrouth, modèle de tolérance, carrefour des civilisations, théâtre de fêtes somptueuses sous le ciel étoilé...* » Dans ce « Paris du Moyen-Orient », espions, marchands d'armes, architectes renommés, industriels de tout bord et leurs avocats s'asseyaient à la même table pour partager leurs rêves et faire jaillir de terre des projets improbables. Cette première affectation fut ainsi l'occasion pour le Professeur de travailler sur des projets fantastiques avec d'excellents juristes libanais qui selon lui sont parvenus à faire la synthèse acrobatique des droits romano-germaniques, de la *common law* et de la *charia*. L'apprentissage de ce « melting pot » délicat ne pouvait être qu'une expérience très enrichissante.

Philippe Merle est aussi un grand voyageur. Beyrouth fut d'ailleurs le point de départ d'une véritable exploration du Moyen-Orient : de la Turquie au Yémen, en passant par la Syrie, la Jordanie et l'Égypte, le Professeur a sillonné le berceau de notre civilisation en donnant (bien évidemment et c'était la cerise sur le gâteau) des cours dans les Universités rencontrées sur le passage.

³ Le droit des sociétés libanais correspond dans ses grandes lignes au droit français des sociétés d'avant la réforme introduite par la loi du 24 juillet 1966.

Très heureux à Beyrouth, le Professeur se sentait « *prêt à rester longtemps* » au Liban mais « la Politique de cette partie du monde » fit souffler des vents contraires à son beau projet. La guerre civile éclata en 1975 et l'ordre du Ministère français des affaires étrangères retentit peu de temps après : retour au bercail ! La dizaine d'agregés français de l'Université de Saint-Joseph, ne l'entendant pas de cette oreille, tenta de jouer un va-tout en proposant un transfert à l'Université du Caire, les Égyptiens réclamant quant à eux des professeurs français. Le refus du gouvernement fut néanmoins sans appel. Chacun dut rentrer dans sa faculté d'origine. À contre-cœur, notre Professeur revint donc à Nancy. Mais pour son voyage retour, il n'emprunta pas la voie classique des airs, lui préférant celle des terres... passant par la Turquie et ses chemins de terre bordant la mer, le long des théâtres romains et des ruines grecques (un esprit malicieux soulignerait que c'était loin d'être le chemin le plus court...).

II. ... À la Montagne Sainte-Geneviève

À l'arrivée, choc climatique ! Tant au sens propre qu'au sens figuré ! En effet, du point de vue du climat et de l'ambiance, Nancy se rapproche plus du Paris de Gustave Eiffel que de celui du Moyen-Orient... « *Ciel gris, absence de lumière, visages tristes, aucun bruit dans les rues. C'était dur* », raconte le Professeur. Autrement dit, le capharnaüm des rues de la capitale libanaise, sa musique, sa vitalité et peut-être même sa gastronomie (on m'a conté que le « modèle » de ce portrait était un « *bon vivant* ») lui manquaient. Heureusement, le juriste n'est jamais désœuvré, et comme il se plaît à le dire lui-même, « *rien ne résiste au travail* » (à bon entendre salut !). Le Professeur travailla tant et si bien qu'il créa, en 1988, le DJCE de droit des affaires et fiscalité de l'Université de Nancy !

C'est fort de l'expérience de cette création que Philippe Merle reprit, lors de son arrivée à Paris II en 1993, la direction du Master 2 droit des affaires et fiscalité, que rêvent chaque année d'intégrer de nombreux étudiants des différents coins de l'Hexagone. Souhaitant reconstruire sur de nouvelles bases le Master 2, il décida d'y mêler théorie et pratique, donc professeurs, avocats et juristes d'entreprise, mais le tout « à sa manière » ! En d'autres termes, « pas question de laisser l'avocat jouer au professeur ni venir raconter ses faits d'armes accomplis devant telle ou telle juridiction » ! On reconnaît bien là Philippe Merle tel qu'il est apprécié dans le monde de la pratique : un « juriste au verbe économe et précis »⁴. La solution qu'il imagina, conservée et encore améliorée par l'actuelle directrice du Master 2, le Professeur France Drummond, fut de faire intervenir en duo l'enseignant et le praticien. Et quels duos ! En évoquant leurs souvenirs du duo enseignant le droit des contrats et les techniques contractuelles, incarné par le Professeur Alain Ghozi et Maître Jean-Claude Dubarry, les anciens étudiants rient encore aux larmes... Selon eux, il fallait le voir pour le croire ! Philippe Merle avait donc une conception très « moderne » de l'enseignement. Figurez-vous : si cela n'avait tenu qu'à lui, nous aurions depuis bien longtemps un écran géant trônant dans le grand amphithéâtre d'Assas pour que l'étudiant qui s'est (volontairement ou pas) assis tout en haut des gradins ne puisse pas perdre une miette du discours en images de son interlocuteur pourtant si petit au loin...

C'est avec fierté que Philippe Merle évoque finalement les résultats obtenus par son Master 2 et ses étudiants, résultats qui ont notamment permis au Master de se classer dans les premiers de sa catégorie et d'entrer en compétition avec le DJCE de Paris II. Si le DJCE reste pour le moment sur la première marche du podium, le Master 2 droit des affaires et fiscalité ne cesse de gagner des points et de remporter des sets... La balle de match n'est peut-être pas encore jouée !

Petit clin d'œil au Professeur pour terminer le voyage... En effet, lorsque ce dernier n'était pas en scène dans un amphithéâtre rempli d'étudiants au sommet de la Montagne Sainte-Geneviève ou dans une salle de classe dans la douce chaleur du Pays des Cèdres, vous pouviez être sûr de le trouver au TCP (Tennis Club de Paris pour les non initiés) disputant des sets acharnés avec d'anciens étudiants ou certains de ses collègues...

⁴ A. Lienhard, art. préc.

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.

Faut-il avoir peur de l'action de groupe ?

Louis Boré

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
Membre du conseil de l'Ordre
Docteur en droit

Yves Strickler

Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis
Directeur du Centre d'études et de recherches en droit
des procédures (EA n° 1201)

À l'heure où cette revue est sur le point de paraître, le projet de loi « Consommation », instaurant notamment, par son chapitre 1^{er}, une action de groupe en droit français, est en voie d'être définitivement adopté. Deux spécialistes livrent leur avis et débattent sur le mécanisme.

1. Sur un plan purement juridique, existe-t-il encore des obstacles à l'introduction de l'action de groupe en droit français ?

Yves Strickler

En a-t-il jamais véritablement existé ? Le droit est un outil au service d'un objectif et une manière de tisser le lien social. C'est donc un instrument et non une fin. Les obstacles ne sont que ceux qui lient les personnes opposées à une technique au service d'une cause. La vraie question est de savoir si l'action de groupe est ou non souhaitée et, si oui, avec quelle efficacité. Les aspects purement juridiques de la question ne sont alors que vérification des conditions d'adaptation de la règle de droit à la visée poursuivie, qui doit être atteinte dans le respect des principes et

garanties posés par les droits fondamentaux. Dis plus simplement, la technique juridique est au service de la recherche d'un équilibre et de l'assurance d'une prévisibilité de la norme. Les questions du passage de l'individuel au collectif, qu'il s'agisse de qualité pour agir, de constitution du groupe, ou encore, d'autorité de la décision, s'insèrent dans un schéma plus global pour lequel les discussions montrent qu'un équilibre peut, sur tous les points, être atteint. Il faut, toujours, avoir à l'esprit ces mots de Portalis : les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois.

Louis Boré

Il y a deux types d'actions de groupe : celle fondée sur l'*opt in*, ou option d'inclusion, et celle fondée sur l'*opt out*, ou option d'exclusion. Dans la première, seules les personnes qui se sont manifestées auprès du représentant sont parties à l'instance. Dans la seconde, tous les membres du groupe dont les limites ont été préalablement définies par un jugement sur la recevabilité de l'action sont présumés en faire partie, sauf s'ils contactent le représentant ou la juridiction pour s'exclure de celui-ci. L'introduction de l'option d'inclusion dans notre droit n'a jamais posé aucun problème. On invoquait parfois l'interdiction du démarchage, mais en réalité, un tel « démarchage » était parfaitement licite puisqu'il devait intervenir en exécution d'une décision judiciaire qui l'ordonnait et en définissait les

modalités, conformément à la loi. L'option d'exclusion qui, seule, donne sa pleine efficacité à l'action de groupe, pose plus de problèmes, car des personnes risquent d'être parties à un procès sans même le savoir. Le Conseil constitutionnel, par une décision du 25 juillet 1989 (n° 89-257 DC), a jugé qu'une action ne pouvait être introduite au nom et pour le compte d'autrui qu'à la condition que « *l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* ». Cette contrainte constitutionnelle, si elle est maintenue, conduira à encadrer strictement l'option d'exclusion mais ne constitue pas un obstacle à son introduction en droit français.

2. Quels sont les éléments caractéristiques et essentiels de l'action de groupe à la française, telle qu'elle est conçue dans le projet de réforme du droit de la consommation ?

Yves Strickler

Tournée vers les consommateurs qui se trouvent dans une situation identique ou similaire, l'action telle que conçue dans le projet de réforme leur permet d'engager ensemble une action en justice à l'encontre de professionnels lorsque le litige est lié à la vente de biens ou la fourniture de services ou encore, à des pratiques anticoncurrentielles. La qualité pour agir est réservée aux associations de

défense de consommateurs agréées. Le groupe se constitue par un système d'*opt in* et non d'*opt out*. Mais on constate que le juge a un rôle actif dans l'ensemble de la construction législative prévue. Enfin, au regard des préjudices indemnisables, l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs.

Louis Boré

Le projet d'action de groupe est très français par certains côtés, mais assez novateur par d'autres. On y retrouve plusieurs marottes de notre législateur national. D'abord, la fragmentation du droit ; au lieu de faire une loi de portée générale, il prépare une loi qui porte uniquement sur le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Ensuite, l'intervention des associations agréées, comme en matière d'action civile devant le juge pénal, alors même que nous serons devant les juridictions civiles. Mais sur le plan de la réparation des préjudices, le projet est assez novateur et confie un rôle très important au juge, comme dans les modèles étrangers. Il peut

notamment évaluer les préjudices en amont, alors même qu'aucune demande de réparation n'a été encore formulée par les consommateurs. L'idée est la suivante : il s'agira souvent de sinistres sériels qui peuvent faire l'objet d'une réparation standardisée. Pour autant, il s'agira, pour les consommateurs, d'une simple « offre de jugement ». S'ils trouvent que la réparation fixée par le juge est insuffisante, ils pourront parfaitement engager une action en réparation individuelle sans être liée par celle-ci. Mais on peut penser que nombre d'entre eux préféreront accepter la réparation standardisée qui leur sera, ainsi, offerte car elle sera beaucoup plus facile à obtenir.

3. Tel qu'elle est envisagée dans le projet de réforme du droit de la consommation, cette action de groupe à la française a-t-elle plus de vertus que de vices ?

Yves Strickler

Elle a une vertu : c'est de faire avancer le débat et de montrer que l'action de groupe n'est plus un tabou dans notre pays. Elle comporte des vices, qui n'apparaissent pas mineurs. Spécialement, limiter l'action aux associations de défense des consommateurs, à condition qu'elles soient représentatives au niveau national et agréées, permet à l'administration de contrôler l'ouverture des actions là où la défense des intérêts des victimes de préjudices de masse devait appeler à une plus grande ouverture. La mise à l'écart des avocats de la qualité pour agir est un autre signe de la frilosité du législateur en matière d'action de groupe, même s'il est prévu par ailleurs que l'association peut s'adjoindre, mais avec l'autorisation du juge, une personne appartenant à une profession judiciaire réglementée, pour l'assister (article L. 423-4). Quant aux associations qui ne répondent pas au double filtre légal, on peut s'interroger sur leur mise à l'écart *a priori*. D'ailleurs,

Louis Boré

Le projet a une vertu qui l'emporte, à mon avis, sur tous ses vices : il a le mérite d'exister. Cela fait en effet près de trente ans que certains, dont je suis, proposent d'introduire en France une action de groupe, et nous nous sommes toujours heurtés à un mur. Toutes les tentatives ont, jusqu'ici, échoué. Si ce projet est adopté par le parlement, il existera, enfin, une action de groupe en France. Certes, celle-ci sera d'une portée limitée. Certes, étant réservée aux seules associations agréées de consommateurs, qui ont des moyens réduits, elle

non seulement les associations devront être représentatives et agréées, mais elles devront, lorsqu'elles se présentent pour les mêmes faits, s'entendre pour que toutes cèdent la place à l'une d'entre elles. L'idée se comprend et permet d'éviter une pléthore de demandeurs face à un seul et même professionnel, mais en cas de désaccord entre elles, le juge désignera celle des associations qui agira. Selon quels critères ? Le flou règne en la matière. On sait que les associations n'ont pas toujours des moyens suffisants à mobiliser ; avec ce dispositif, la concurrence entre elles sera réelle, sauf à voir naître un collectif d'associations, un rapprochement, et à terme, la naissance d'un réel ministère ~~public~~ privé au petit pied par jeu de préséances ! Par ailleurs, on signalera que les consommateurs ne sont pas seuls à être victimes d'agissements de nature à constituer un groupe... Il s'ensuit que les professionnels sont injustement écartés du bénéfice de la mesure.

sera, sans doute, peu utilisée. Certes, elle ne permettra de réparer que les préjudices matériels, mais, au moins, elle existera, et c'est déjà beaucoup au regard des échecs passés. Je suis persuadé que ses imperfections conduiront, d'ici quelques années, à l'adoption d'une loi nouvelle qui élargira son champ d'application et ses modalités d'exercice. Cette loi nouvelle se heurtera, une nouvelle fois, à une grande hostilité, mais celle-ci pourra être surmontée parce que le premier pas, le plus difficile, aura déjà été accompli.

4. Les consommateurs peuvent-ils se féliciter de cette action de groupe ?

Yves Strickler

Comme l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs, il y a là un obstacle au développement de ces actions et à la cohérence du principe prétendu de réparation intégrale du préjudice subi par une personne. Les préjudices corporels comme moraux sont écartés du dispositif. Ainsi, alors même qu'est posé le principe de la réparation intégrale du dommage causé, dans la réalité du droit, on s'aperçoit qu'il n'en est rien :

conjugués, la manière dont est utilisé l'article 700 du Code de procédure civile dans les procédures, les frais restants à la charge du créancier malgré le gain du procès, l'impossibilité d'aller au-delà du préjudice patrimonial sauf à reprendre une procédure individuelle, empêcheront la prise en compte complète des préjudices de masse visés par la loi. Le tout fait craindre un coup d'épée dans l'eau. L'affaire dite du faux Pinot en fournit un exemple marquant : un industriel commercialise des bouteilles d'alcool et trompe les consomma-

teurs sur la contenance réelle de celles-ci ; il crée un préjudice individuel de quelques euros voire de quelques cents ; mais il vend de nombreuses bouteilles, avec un bénéfice illicite conséquent. Par une application de la théorie du jeu, chère aux économistes, il n'est pas inutile au fraudeur, de tenter sa chance... seule une action de groupe suffisamment efficace, est de nature à inverser le calcul de l'agent économique. On se souviendra que dans l'affaire évoquée la tromperie avait rapporté 1 307 024 euros à son auteur... et l'amende prononcée en 2011 a été d'un montant de 150 000 euros¹ ! À supposer une demande en réparation du préjudice matériel de chacun des consommateurs lésés, ce dont on peut raisonnablement douter, l'éventuelle amende qui pourra être prononcée (lorsqu'elle est prévue) ne sera-t-elle pas inférieure au bénéfice illicite réalisé ? On peut craindre que l'action de groupe, aussi longtemps qu'elle sera limitée par la règle de la réparation intégrale du préjudice qui est inadaptée aux situations de masse et l'absence de dommages et intérêts punitifs, ne parvienne à réaliser son ambitieux et légitime objectif.

Louis Boré

Je partage les craintes et les critiques d'Yves Strickler. Ce projet n'est pas la panacée et les consommateurs risquent d'être déçus. Mais par rapport à la situation antérieure, il constitue quand même un progrès, et c'est ce progrès qui comptera le plus pour eux, au moins dans un premier temps. Ils disposeront d'une procédure qui leur permettra d'agir efficacement et à peu de frais pour obtenir la réparation de préjudices qui, jusqu'ici, n'étaient pas réparés. Ma principale inquiétude porte sur le nombre d'actions engagées. Gérer une action de groupe importante coûte très cher ; les associations de consom-

En outre, la conséquence m'apparaît un peu ridicule. Car un consommateur normalement avisé va attendre le résultat sur l'action de groupe et, en cas de jugement retenant la responsabilité du professionnel, obtiendra réparation du seul préjudice matériel. Mais comme il peut agir pour la réparation des préjudices n'entrant pas dans le champ défini par la décision du juge ou d'un accord homologué sur l'action de groupe, on court le risque d'un doublement de la procédure là où l'action de groupe devrait la traiter en un mouvement. Mais peut-être le calcul de l'auteur du projet est-il différent ? : réparé du préjudice matériel et satisfait de la condamnation du professionnel (ou de la médiation obtenue en dehors de lui), le consommateur ne poursuivra pas sa démarche, ce d'autant moins qu'il ne lui restera souvent qu'un chef de préjudice souvent délicat à déterminer (on pense au préjudice moral) et tout aussi délicat à évaluer pour un non-professionnel du droit... Bref, un projet de loi timide, ou : « de l'influence du lobby des groupes industriels sur la législation ».

mateurs auront-elles, dès lors, les moyens d'engager plusieurs en même temps ? Il y a un élément, cependant, qui pourrait les aider, c'est la possibilité de s'adjoindre un membre d'une profession judiciaire réglementée pour gérer la phase d'indemnisation du préjudice qui est, sans aucun doute, celle qui sera la plus lourde. La première version du texte prévoyait qu'il interviendrait « aux frais du professionnel ». Cette précision essentielle a été supprimée ce qui est regrettable ; il faut espérer que l'association obtiendra le remboursement des honoraires versés sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

5. Les entreprises doivent-elles craindre cette action de groupe ?

Yves Strickler

L'objectif de toute norme est de parvenir à un équilibre entre des intérêts qui semblent s'opposer pour parvenir à réaliser le but de toute société : organiser le vivre ensemble. Il s'agit donc ici de protéger les consommateurs tout en assurant la pérennité des entreprises. Et il faut

être très clair sur le point d'équilibre ici rappelé, car si une entreprise a pour mode de fonctionnement le profit illicite, il n'y a aucune raison de la protéger. De ce point de vue, les sociétés qui jouent sur les petites sommes mais les grandes masses ont, avec ce nouveau projet, de beaux

¹ <http://www.terredevins.com/vente-de-faux-pinot-aux-etats-unis-la-cour-dappel-alourdit-les-peines/>.

jours devant elles alors que ce sont elles qui devraient avoir à craindre de cette action de groupe. Or, le dispositif mis en place ne semble pas de nature à pouvoir produire cet effet. Quant aux entreprises respectueuses du consommateur, qui est son client et donc son partenaire privilégié, le projet canalise les risques de l'action de groupe tout en ménageant le droit d'action des particuliers, en appliquant un système du « *one shot* ». De quoi s'agit-il? Lorsque l'action de groupe a été conduite et n'a pas abouti, il ne faut pas que l'entreprise soit à nouveau aux prises d'une nouvelle action collective conduite

Louis Boré

L'action de groupe ne crée, par elle-même, aucune obligation nouvelle à la charge des entreprises. Elle permet simplement d'assurer l'application du droit existant. Les entreprises qui

sur un autre fondement. Il est ainsi prévu que « *Les décisions ont également autorité de la chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure* » (article L. 423-13), mais qu'une fois une action de groupe exercée, il ne sera plus possible de recommencer l'action collective en se fondant sur les mêmes faits (article L. 423-15). En revanche, l'action individuelle est maintenue, tant pour le tout (l'article L. 423-15 ne vise que l'action de groupe) que pour la réparation des préjudices qui n'entrent pas dans le champ défini.

respectent la loi n'ont donc rien à craindre de cette action. Bien au contraire, le respect de la loi deviendra un avantage compétitif par rapport aux opérateurs économiques qui ne la respectent pas.

Petit un du Grand B : hors les murs

Le droit est dans tout, le droit est partout : quelques contributions autour du droit.

« Fais pas genre », récit de la solution apportée au problème de la discrimination sexuelle¹

Sidney Rosenberg

Le hasard fait bien les choses. Alors que le dossier de ce numéro traite du standard, voilà que le législateur signe la mort de l'un des plus célèbres d'entre eux : le bon père de famille. Celui-ci a en effet reçu un coup mortel le 21 janvier au soir, après adoption par l'Assemblée nationale d'un amendement législatif² tendant à le faire disparaître. Formidable coup marketing pour la Revue, dont certains la soupçonnent déjà d'y avoir contribué par lobbying.

Dans un élan de lucidité sans précédent, le législateur français a enfin décidé de se mettre au travail sérieusement. Après de longs débats sur le concept, des études d'impacts, l'audition d'experts, un dispositif d'évaluation, le constat était clair et unanime : le bon père de famille devait disparaître.

Cette notion, héritée du droit romain, colonne millénaire de notre culture juridique, n'était point conforme à l'air du temps. Le *pater familias* s'était éteint ; le chef de famille avait fait son temps ; l'altérité n'était plus même la pierre angulaire du mariage ; l'égalité partout, voilà le leitmotiv du siècle. Le législateur prenait enfin le

pas dans la lutte qu'avait engagée la société civile.

Il fut d'abord envisagé de remplacer le bon père de famille par l'homme raisonnable. Après tout, s'agissant d'un standard, d'un point de référence à partir duquel pouvait être comparé et donc jugé un comportement, voilà bien ce que la notion voulait exprimer : était un bon père de famille celui qui adoptait un comportement raisonnable. Comportement raisonnable, c'est-à-dire comportement modéré, dicté par la raison et non par les émotions, dont les conséquences ont été pleinement mesurées. Va donc pour l'homme raisonnable ! Ce à quoi il fut alors objecté que le

¹ Le présent récit, hors la mise à mort du bon père de famille, n'est que pure fiction. Ou l'est-ce vraiment ?

² Amendement n° 249 au projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, n° 717, déposé le 3 juillet 2013.

problème n'avait été que déplacé : homme et bon père participent tous deux de cette domination insupportable de la caste masculine sur la société.

On s'accorda enfin sur un « comportement raisonnable ».

L'assemblée d'abord, en séance plénière, afin de marquer le coup et d'affirmer la solennité du moment, adopta la proposition. Le Sénat suivit. Nul n'osa déférer le texte au Conseil constitutionnel ; après-tout, que pouvait-on bien lui reprocher ? N'œuvrait-il pas à l'égalité ? Qu'était-ce d'autre que du bon sens ? Assurément, voilà une loi qui réglerait bien des problèmes.

Le texte sitôt adopté, sitôt publié, que le législateur s'en retournait déjà à son labeur. Le constat fut rapidement pris de l'immensité restante des tâches à accomplir. Un valeureux citoyen fit justement remarquer que nos propres fondements constitutionnels étaient sapés : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, texte d'un autre temps, vestige d'une époque barbare où les femmes ne pouvaient pas voter, devait être modifiée. L'on réunit le Parlement qui, sans la moindre hésitation, sabra l'homme et lui substitua l'être humain. Parallèlement, la diplomatie française faisait savoir à l'ONU qu'il lui incombait de réunir une plénière pour modifier la déclaration universelle, faute de quoi seraient dénoncés les accords qu'avait la France avec l'institution. La Russie, la Chine et quelques pays du Moyen-Orient se joignirent à ces revendications, preuve, s'il en fallait, qu'il s'agissait là d'un combat mondialisé.

L'on s'aperçut bien vite que le vice avait sapé les racines même de notre civilisation. L'*homo sapiens* n'était-il pas porteur du germe maléfique ? Qu'importe les objections faisant remarquer qu'*homo* avait pour étymologie latine *hēmo*, lui-même dérivé de l'indo-européen commun *nēmō*, qui signifie « personne »³ ; l'*homo* était biaisé. L'Académie s'empara du problème et lui apporta la réponse appropriée ; ne subsista que l'*sapiens*⁴.

À l'issue de ce vaste combat, la société put enfin profiter de quelques instants de répit. De courte durée, car le mal était partout. Un quidam⁵ vint demander pourquoi diable, si le petit chaperon rouge était un personnage féminin, ne le désignait-on point par la petite chaperonne rouge ? Peut-être parce que le chaperon est un vêtement ? Et alors ? ! Fallait-il donc désigner les vêtements par un déterminant masculin ? À la façon de Georges Perec, qui avait congédié l'« e »⁶, le législateur vint bannir toute référence linguistique à une quelconque forme de sexe⁷.

Par-delà la langue, il apparut qu'il convenait indéniablement d'égaliser l'espace public. Par arrêté ministériel, Bercy obligea les coiffeurs à pratiquer les mêmes tarifs à l'égard de la gente féminine que de la gente masculine, en plafonnant vers le bas⁸. Les coiffeurs, bons élèves, s'adaptèrent immédiatement aux directives, allant même jusqu'à égaliser les coupes, à la tondeuse, et près du crâne, pour tous.

L'uniforme unisexe scolaire fut réinstauré. Les toilettes anciennement ségréguées, unifiées, et ce, malgré quelques contestations, rapidement réprimandées par les défenseurs de la morale, de l'égalité, et du bon ordre civique. Afin de préserver la liberté individuelle de se déterminer sexuellement, il fut interdit de nommer sa progéniture jusqu'à ce qu'elle fut en âge de choisir le sexe qu'elle souhaiterait revêtir civilement, par-delà celui que le hasard de la génétique lui avait attribué⁹.

Ce n'est qu'à l'occasion d'un grand congrès scientifico-politico-juridico-culturel que l'humanité identifia enfin le problème et la solution : si discriminations sexuelles il y avait, ce n'était point de la faute des comportements de l'être humain, mais... de l'altérité de sexe. Par décision unanime, les scientifiques furent autorisés à modifier notre patrimoine génétique de façon à ce que nous devenions hermaphrodites. En bannissant toute différence, l'humanité avait tué dans l'œuf la discrimination.

³ Et qui, contrairement aux apparences, n'a aucun lien de parenté avec un petit poisson coloré.

⁴ La règle interdisant de désigner l'*sapiens* par un déterminant dit *genré*, tel que « le » ou « la ».

⁵ Véridique.

⁶ L'auteur construisit tout un récit autour du lipogramme dans son roman *La disparition*.

⁷ L'auteur du présent texte est d'ailleurs en infraction, puisqu'il emploie la troisième personne du singulier régulièrement.

⁸ Problématique déjà soulignée dans une étude scientifique publiée par l'un de nos collègues. V. G. Drouot, « Les féministes vont-elles chez le coiffeur ? Portrait-robot du Militant », cette revue, n° 8, oct. 2013, p. 22 s.

⁹ Rien que les chirurgiens brésiliens ne sachent, fort heureusement, résoudre d'un petit coup de bistouri.

Le bicentenaire d'une querelle

Vincent Langenbach

Pierre-Alain Marquet

C'est un fait : les juristes aiment célébrer les anniversaires. En 1814 deux juristes allemands, Thibaut et Savigny, s'affrontèrent sur l'opportunité d'une codification générale pour toute l'Allemagne, non encore unifiée. Le premier soutint profondément celle-ci tandis que le second s'y opposa fortement, tirant exemple de la codification française. L'Allemagne érigea finalement son Code civil, le Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. En 2014, revenus d'outre-tombe pour un dialogue imaginaire deux siècles après leur controverse, les fantômes de Savigny et Thibaut ont fêté leur bicentenaire en s'interrogeant sur l'état actuel des Codes en France et en informant les juristes français de ce qu'ils pourraient en penser s'ils étaient encore de ce monde.

Savigny: Thibaut, *mein lieber Widersacher*¹ ! Quel plaisir de te retrouver ! Nous sommes en 2014 et les juristes français semblent avoir fini les commémorations des Codes si chers à leurs yeux²... C'est triste, non ? Au lieu d'attendre les tricentenaires, donnons-leur une nouvelle occasion de célébrer quelque chose ! Pourquoi pas... nous ?

Thibaut: Cher Carl, ta modestie te perdra... Mais c'est une bonne idée ! Il semble pourtant que l'on n'intéresse plus grand monde à part cette *revue*, mais soit. De quoi pourrait-on parler ?

Savigny: Eh bien, pourquoi pas des Codes ? C'est notre rayon, après tout³. Et l'état actuel des Codes en France a de quoi nous (re)mettre six pieds sous terre.

Thibaut: Carl, voilà une bonne idée ! Déjà deux siècles depuis notre amicale controverse et ce que tu appelais mon *Schandschrift*... Fidèle à moi-même je tirerai le premier⁴ et une fois n'est pas coutume, ne débattons⁵ pas de l'état du droit allemand mais plutôt de celui du droit français. En ce qui me concerne, il me laisse perplexe. Tu sais que j'ai toujours défendu l'idée de la rédaction d'un

Code général, ayant en haute estime la nécessité d'un droit accessible et compréhensible de tous, fait de *dispositions claires, sans équivoque et exhaustives*. Est-ce pourtant ce que nous donnent à voir nos amis d'Outre-Rhin ? À y réfléchir, leur droit ressemble plus à un sinueux chaos qu'à une promenade de santé... Là où je rêvais d'un ensemble ordonné, le législateur français nous propose aujourd'hui plus de soixante Codes, qui s'enchevêtrent les uns les autres⁶ sans que l'on puisse jamais vraiment déterminer leurs domaines respectifs⁷. N'est-ce pas tragique ?

Savigny: Thibaut, tu sembles plus raisonnable sans chaire ni os. Aura-t-il fallu tout ce temps pour nous mettre d'accord ? Le droit français et ses juristes m'étaient incompréhensibles hier, ils le sont aujourd'hui encore. Nos amis français font aujourd'hui des Codes pour tout et n'importe quoi. Code des douanes de Mayotte, Code de la mutualité (?), Code des ports maritimes (!)... Tiens, ils en sont même à appeler *Code* des textes qui n'en sont pas vraiment, comme ce « Code Afep-Medef » auquel se soumettent les sociétés si elles le souhaitent⁸.

¹ Mon cher contradicteur.

² *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004 ; *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2007 ; *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010.

³ V. « Codification », et « École historique du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003. Adde M. Pédamon, « Le Code civil et la doctrine allemande du XIX^e siècle », in *Le Code civil 1804-2004, op. cit.*, p. 803, spéc. p. 810 s., et Z. Krystufek, « La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne », *Rev. hist. dr. fr. et étr.* 1966, p. 59 s.

⁴ *Schandschrift*: écrit honteux. Anton Friedrich Justus Thibaut, *De la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne (Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen rechts für Deutschland*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814).

⁵ Carl Friedrich von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814), PUF, 2006, trad. A. Dufour.

⁶ F. Drummond, « Code de commerce et Code monétaire et financier, ou l'enchevêtrement des Codes », in *Le Code de commerce 1807-2007, op. cit.*, p. 95.

⁷ N. Molfessis, « Le Code civil et le pullulement des Codes », in *Le Code civil 1804-2004, op. cit.*, p. 309, spéc. n° 22 s.

⁸ V. toutefois le principe « *comply or explain* », (art. L. 225-37 al. 7 ou L. 225-68 al. 8 C. com.). V. également pour les professionnels des marchés financiers, le « Code de déontologie professionnelle de la société française des analystes financiers » ou le « Code FBF/AFEI » : ces derniers « Codes » auront une portée normative lorsqu'approuvés par l'AMF (art. L. 621-15 II C. mon. fin.).

Les entreprises elles-mêmes adoptent désormais des « Codes d'éthique »⁹. N'est-ce pas invraisemblable de créer de « faux » Codes qui ne sont en plus pas contraignants ?

Thibaut : Sérieusement ? Cette dérive semble effectivement fort étrange... Tout aussi étrange, en ce qui concerne les « vrais » Codes, que cette manie gauloise pour les codifications « à droit constant » prétendument clarificatrices mais qui ont surtout pour effet de rendre leur droit plus flou encore¹⁰. Leur utilisation de la technique des « Codes suiveurs » et des « Codes sources » me semble également critiquable. Les nombreux renvois faits dans les Codes nuisent à leur lisibilité et rendent le droit français instable puisqu'ils ne renvoient en fait parfois... à rien. Comment en outre comprendre l'objectif constitutionnel affiché d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi dans ce contexte de surcodification¹¹ ?

Savigny : Certes, mais figure-toi que j'ai une bonne nouvelle qui a de quoi nous réjouir avec les juristes français...

Thibaut : Ah oui ?

Savigny : Oui ! Leur Commission supérieure de codification, que l'on pourra d'ailleurs saluer pour avoir fait un travail remarquable et codifié le droit français plus vite que son ombre en créant dix-sept codes depuis 1996 (*sic*), commence à percevoir « des perspectives de création qui s'amenuisent » et le travail accompli comme « un point d'équilibre satisfaisant »¹² ! On peut en plus noter le fort degré d'autocritique de nos *französischen Freunden*¹³, la Commission se gratifiant d'« un

bilan des créations très satisfaisant ». *Bis repetita placent*, non ?

Thibaut : (*Rires*) Voilà qui ne manque pas d'audace ! Ils sont décidément complètement *verrückt*¹⁴. Il est tout de même triste qu'ils oublient parfois qu'un « Code est à la fois un système et une histoire »¹⁵ et préfèrent des Codes bâclés à un ensemble cohérent... En outre, toi qui étais créateur et défenseur de l'« École historique du droit », tu constateras que l'histoire semble de moins en moins nationale au vu de la contagion du droit européen à tous les domaines du droit français¹⁶, ou de codifications savantes mises au point par nos successeurs universitaires à un niveau international et à l'emploi croissant¹⁷.

Savigny : Effectivement... Chacun tire les Codes vers soi. Il semble que les juristes d'aujourd'hui soient loin d'en avoir fini avec tous leurs problèmes et leurs maudits Codes... On aurait dû m'écouter !

Thibaut : Allons bon, bien sûr (*soupirs*)... Je n'irais pas jusque là, mais nous pouvons aujourd'hui nous trouver des points communs, mon cher. En outre, j'ai l'impression piquante que notre droit germanique pourrait exercer d'ici peu une influence croissante sur le droit français, par l'intermédiaire de nos successeurs allemands qui flânent dans les arcanes européennes et y réforment le droit des obligations¹⁸... La vengeance est un plat qui se mange froid, non ? Pour le bicentenaire de notre querelle, je suis en tout cas heureux que l'état du droit français ait

⁹ Les auto-proclamés « Codes d'éthique » vantés comme arguments publicitaires par les entreprises multinationales ont-ils une portée normative ? La question se pose au regard des pratiques commerciales trompeuses de l'article L. 121-1 C. conso. : aucune sanction n'a pour l'instant été prononcée dans le cas de leur violation mais des procédures sont pendantes devant les tribunaux à ce sujet. V. <http://www.asso-shepa.org/archives/2685>.

¹⁰ V. not. D. Bureau, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », D. 1994, chron. p. 291 et les notes ; A. Lienhard et C. Rondey, « Incidences juridiques et pratiques des codifications à droit constant (à propos du nouveau Code de commerce) », D. 2000, chron. p. 521 ; N. Molfessis, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.* 2000, p. 186 ; H. Moysan, « Le droit constant n'existe pas – L'exemple du nouveau Code du travail », *JCP S* 2007, act. 185.

¹¹ Cons. const. 16 déc. 1999 : il est à noter que la saisine portait d'ailleurs sur la constitutionnalité de la codification par voie d'ordonnance... V. not. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », D. 2000 p. 361.

¹² Commission supérieure de codification, *Vingt-deuxième rapport annuel*, 2011, p. 19 s. V. déjà pour sa réponse au sujet des critiques apportées à la codification à droit constant du droit commercial dans les années 1990 (F. Terré et A. Outin-Adam, « Codifier, un art difficile (à propos d'un... code de commerce) », D. 1994, chron. p. 99), le 5^e Rapport d'activité de la Commission, 1994, p. 6-7. Sur la Commission, v. « La Commission supérieure de codification », G. Braibant, in *La codification*, dir. B. Beignier, Dalloz, 1996, p. 97.

¹³ Nos amis français.

¹⁴ Fous.

¹⁵ E. Lerminier, *Philosophie du droit*, 3^e éd., 1853, p. 447, cité par B. Oppetit, « De la codification », D. 1996, p. 33.

¹⁶ V. au début des années 2000 les débats sur l'opportunité d'un Code civil européen : C. Witz, « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », D. 2000 chron. p. 79, ou B. Fauvarque-Cosson, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002 p. 463 et « Codification et droit privé européen », in *Mélanges B. Oppetit*, LexisNexis, 2010, p. 179.

¹⁷ B. Fauvarque-Cosson, « L'apport des codifications doctrinales », D. 2007, p. 96 ; P. Deumier, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », D. 2008 p. 494, et « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », *RTD civ.* 2006 p. 63.

¹⁸ V. C. von Bar, « Le groupe d'études sur un Code civil européen », *RIDC* 2001, p. 127 ; et pour une critique, Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil de Monsieur von Bar », D. 2002, chron. p. 2202. Le Professeur von Bar et son projet sont actuellement en bonne place « pour trouver des solutions dans le domaine du droit des contrats », au service de la Commission européenne et de façon privilégiée par rapport aux travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Pour les derniers développements, Y. Lequette, « Le Code européen est de retour », sur le site de la Commission : www.ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/226_fr.pdf. V. également *RDC* 2012 p. 1393 s. pour le colloque 2012 du Master 2 droit privé général de Paris II sur le projet de droit commun européen de la vente.

permis de nous réconcilier. Il ne nous appartient pas de le mettre en partition¹⁹ mais il est plaisant que les juristes français se souviennent encore de nous... Moins de Codes, voire moins de droit²⁰, ne serait-ce pas la voie vers une véritable harmonie ?

Savigny: Sans doute mon cher Thibaut ! Sur ce, séparons-nous sur une note cordiale. Et

retrouvons-nous pour notre tricentenaire bien entendu²¹, car gageons que les juristes français ne nous auront pas oubliés d'ici là et qu'ils apprécieront toujours les anniversaires...

Thibaut: D'accord ! *Bis bald !*

Savigny: *Tschüss !*

¹⁹ Sur l'influence de Thibaut sur la redécouverte de la musique ancienne et sur la philosophie de la musique de Hegel, v. A. P. Olivier, *Hegel et la musique*, Champion, 2003 ; Janicaud, *Hegel et le destin de la Grèce*, p. 115, 1975, Vrin.

²⁰ V. J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit » in *Flexible Droit*, p. 25, 10^e éd., LGDJ, 2001.

²¹ V. RDA n° 209, févr. 2114, auteur inconnu.

Peut-on supprimer l'impôt sur le revenu ? À cœur vaillant, rien d'impôt'ssible !

Alexis Revel

À n'en pas douter, Joseph Caillaux¹ (1863-1944) aurait vu rouge à la lecture du communiqué de presse d'un mouvement de jeunes actifs² dont le dessein n'est autre que de supprimer purement et simplement son « œuvre » bientôt centenaire³ : l'impôt sur le revenu (IR). Peu rentable, décourageant sur le plan économique, cet impôt dont le produit correspond peu ou prou au montant annuel des intérêts de la dette nationale aurait largement fait son temps, à en croire le porte-parole de ce collectif.

Relevons – s'il en était besoin – qu'une mesure aussi retentissante et « clivante » a peu de chance d'aboutir à brève échéance, qui plus est en ces temps de disette budgétaire. On remarquera d'ailleurs que la pétition a trouvé peu d'écho parmi les responsables politiques de tous bords. Pourtant, la suggestion n'a rien d'une provocation dérisoire émanant de quelques agités⁴, ni même d'une chimère qui confine à la démagogie. Il suffit, pour s'en convaincre, de fureter dans les archives de la presse ; celle-ci a pu relayer des propositions du même ordre émanant d'instances aussi prestigieuses que le Conseil des prélèvements obligatoires⁵ ou la très réputée Cour des comptes.

Ouf, nous voilà rassurés, le débat qui est lancé est on ne peut plus sérieux ! Mais une question nous brûle les lèvres : est-il au moins possible de supprimer l'impôt sur le revenu ? « C'est non seulement possible, mais c'est nécessaire »⁶, assure le porte-parole. Sans prétendre trancher la question partisane de l'opportunité, le juriste circonspect s'attachera à la faisabilité et se

souviendra qu'il ne faut toucher aux lois que d'une « main tremblante »⁷. L'économiste, quant à lui, interrogera les grands théoriciens et rira du bon mot de Keynes pour qui « éviter de payer des impôts est la seule recherche intellectuelle gratifiante »⁸. A coup sûr, tous deux adresseront au collectif cet encouragement empreint de perplexité : « à cœur vaillant, rien d'impossible ! »

I. Le saut d'obstacles constitutionnels, tu devras franchir

Peut-on abroger l'impôt sur le revenu ? « Oui, naturellement ! », serait-on tenté de répondre sans ambages. Ce que le législateur a fait, le législateur peut tout aussi bien le défaire. Amis juristes, circulez, il n'y a rien à voir : laissez la place au politique ! Si la réponse à donner est effectivement positive, l'argument de droit n'est pourtant pas aussi évident que l'on voudrait bien le croire. Il est ici question d'une loi votée à l'aube de la Première guerre mondiale et dont la proclamation solennelle figurant à l'article 5 (« *il est établi un impôt général sur le revenu* »⁹) n'a jamais été remise en cause. On la devine, elle est là : la logique des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR). Mais si, vous savez, ces principes essentiels reconnus par les lois républicaines antérieures à 1946 et sur lesquels le législateur n'est pas revenu¹⁰ : ils ont valeur constitutionnelle !

L'instauration, il y a maintenant près de cent ans, d'un grand impôt personnel et progressif sur

¹ Ancien président du Conseil, ministre de l'Intérieur et ministre des finances sous la III^e République.

² <http://www.jeunesactifs-ump.fr>.

³ Il fut créé par la loi du 15 juillet 1914.

⁴ Nous espérons que le lecteur ne sera pas ému d'un terme que nous ne faisons pas nôtre, il va sans dire. <http://www.impots-locaux.net/un-maire-veut-supprimer-l-impot-sur-le-revenu/>.

⁵ Pour le Conseil des prélèvements obligatoires (CPO), « réformer l'IR est désormais une opération si complexe qu'il convient [...] de le faire dispa-

raître », *Les Échos*, 11 mai 2011. Il faut noter que le CPO est rattaché à la Cour des comptes.

⁶ <http://www.la-croix.com/Actualite/France/Une-petition-pour-supprimer-l-impot-sur-le-revenu-2013-10-22-1048900>

⁷ Montesquieu, *Lettres persanes*, lettre 79, 1721.

⁸ A. Slim, *L'Économie*, Le cavalier bleu, 2006, p. 67.

⁹ <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k61380297/f3.image>.

¹⁰ Seules les dérogations apportées avant 1946 peuvent faire échec à la reconnaissance du PFRLR. C. Const, n°88-244 DC, 20 juillet 1988.

le revenu doit-elle être vue comme un PFRLR dont la remise à plat impliquerait inéluctablement une révision de la Constitution ? C'est ce que tend à penser le professeur émérite Loïc Philip¹¹. Pour l'éminent enseignant aixois, l'adoption du projet Caillaux doit être revêtue d'une force toute particulière au regard de la longue et houleuse bataille parlementaire qui l'a précédée¹². Certes, pour être « fondamental », un principe doit normalement énoncer une règle d'une importance suffisante¹³ ; mais on remarquera avec intérêt la récente extension de la logique des PFRLR par le Conseil constitutionnel et l'assouplissement des critères traditionnels.

Ainsi, le constat d'une pratique législative née sous la V^e République a pu être considéré comme suffisant pour exiger du législateur qu'il la poursuive, y compris lorsque son application a été discontinuée¹⁴. En outre, le Conseil constitutionnel semble avoir conféré le caractère d'un PFRLR à la « conjugalisation »¹⁵, règle qui, le lecteur en conviendra, s'avère essentielle pour la vie de la nation ! *A fortiori*, on peut donc s'attendre à ce que l'existence même de l'IR bénéficie d'une telle protection. Dans ces conditions, une loi ordinaire d'abrogation ne suffirait pas. Outre la volonté politique que réclamerait le dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi constitutionnelle, une approbation référendaire ou – le cas échéant – l'acquiescement des trois cinquièmes des parlementaires serait nécessaire. Autant dire que les arguments économiques se devront d'être convaincants...

II. La bataille des arguments économiques, tu devras mener

Dès 2011, le premier président de la Cour des comptes en personne, plume à la main, se tenait prêt à signer l'acte de décès de l'IR. Les recettes de cet impôt moribond, complexe et peu efficace

ne représentent plus que 2,6 % du PIB et moins de 7 % des prélèvements obligatoires¹⁶. De plus, toujours selon le père de la LOLF (loi d'orientation relative aux lois de finances ; précision à destination des étudiants qui n'auraient pas encore goûté aux délices des Finances publiques et qui croiraient retrouver ici la fameuse interjection bien connue des utilisateurs de mobiles) cet impôt « peine à remplir l'objectif de progressivité et de redistribution » qui est normalement le sien. Ajoutez à cela la non-imposition de la moitié des foyers et la prolifération des niches fiscales et vous obtiendrez un impôt dont le rendement est parmi les plus faibles de tous les pays industrialisés.

Le collectif ne peut qu'applaudir : « la consommation et l'investissement revigorés débloquent un surplus de croissance qui augmentera d'autant les recettes globales de l'État. [Supprimer l'IR], c'est 200 euros par mois de gain de pouvoir d'achat »¹⁷. CQFD. Vraiment ? Aucun des grands responsables politiques n'a confirmé les chiffres avancés.

De plus, la réalité de l'effet redistributif de l'IR est encore sujette à d'âpres débats. Le président du collectif regrette que « des privilégiés [puissent] avoir recours à l'ingénierie fiscale pour [...] payer toujours moins d'impôt »¹⁸ mais l'argument est réversible : si les niches fiscales permettent aux ménages atteignant les plus hautes tranches du barème de réduire leur impôt, il est évident que la suppression pure et simple de l'IR les avantagera un peu plus. Enfin, l'IR a tout de même rapporté près de soixante-dix milliards d'euros en 2013¹⁹ ; Bercy est-il prêt à se séparer de cette ressource ?

La bataille des arguments économiques sera rude.

¹¹ R. Pellet, L. Philip et al., *Finances publiques et redistribution sociale*, Paris, Economica, 2006, p. 119.

¹² F. Bin, *L'influence de la pensée chrétienne sur les systèmes fiscaux d'Europe occidentale*, L'Harmattan, 2007, p. 316.

¹³ Cons. const., déc. n° 98-407 DC, 14 janv. 1999.

¹⁴ Cons. const., déc. n° 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*. Les Sages de la Rue de Montpensier ont tenu ce raisonnement à propos du mécanisme de plafonnement de l'ISF né en 1988 et interrompu en 2011 !

¹⁵ Prise en compte des ressources du foyer. Cons. const., déc. n° 2012-662 DC, 29 déc. 2012, à propos de la « taxe à 75 % » première version.

¹⁶ « L'impôt sur le revenu est mort », 3 juin 2011, *Lejournaldesentreprises.com*.

¹⁷ « UMP : les trentenaires réclament la suppression de l'impôt sur le revenu », *Le Parisien*, 14 oct. 2013.

¹⁸ F. Allisio, « Supprimons l'impôt sur le revenu ! », *Les Échos*, 14 oct. 2013.

¹⁹ « Quels sont les différents impôts perçus par l'État ? », *Vie-publique.fr*, 7 mars 2013.

L'arbitre, le code et le carton rouge

Jérémy Jourdan-Marques

Quel jeune – ou moins jeune – praticien de l'arbitrage n'a pas déjà eu le droit au regard « merlan-frit » du profane lorsque, à la question sur l'activité qu'il exerçait à titre principal, il répondait : « l'arbitrage » ? Qui eût cru, pensait alors le non-initié, que les études de droit pouvaient mener le juriste en short court à gambader dans le pré pour distribuer, au gré des faits de jeu, des cartons jaunes ou rouges et à siffler des hors-jeu ?

Détrompez-vous ! Loin d'être un parfait ignorant qui ne mérite rien d'autre qu'une profonde condescendance, cet interlocuteur est en réalité un fin connaisseur des arbitrages. Il se plaît à jouer avec vos nerfs en feignant l'incompréhension, alors qu'en réalité il maîtrise à la perfection les subtilités du régime de ces homonymes. Il a depuis bien longtemps observé ce que nous refusons d'admettre : oui, les points communs entre nos deux arbitres sont légion. Jugez plutôt.

En premier lieu, nos arbitres peuvent tous deux se prévaloir de la maxime : « le bon arbitrage est celui dont on ne parle pas ». S'il y a bien un point commun entre « l'arbitrage Tapie » ou l'expulsion de Thiago Silva par M. Castro, c'est que les répercussions de ces décisions dépassent largement le cadre du litige. Force est de constater que l'homme en noir¹ reste celui sur qui l'on tape quand le résultat ne correspond pas aux attentes. Si les amateurs de football sont souvent moins subtils que les pourfendeurs de l'arbitrage, le mépris qui en découle est souvent proportionnel à la méconnaissance de la profession objet des quolibets.

Mais les points communs vont bien au-delà d'un désamour partagé. Si les spécialistes des deux bords nous autorisent quelques raccourcis, nos deux arbitres partagent bien plus qu'un nom.

L'indépendance et l'impartialité des arbitres sont, avant même les décisions qui seront prises, l'objet de discordes. Le passé de l'arbitre est systématiquement passé à la loupe, afin de déterminer si, dans sa plus tendre enfance, celui-ci n'a pas passé quelques semaines de vacances dans la ville d'une des équipes ou, s'il y a vingt ans, il n'a pas participé à un colloque avec l'une des parties. Plus l'enjeu est important, plus la paranoïa est élevée. Et tous les moyens sont bons pour déstabiliser l'arbitre.

Il faut dire que les arbitres sont souverains pour les décisions qu'ils rendent. Ainsi, l'article 72-2° du Code disciplinaire de la FIFA prévoit que les décisions des arbitres sont définitives. La Commission de discipline n'est susceptible de rectifier les erreurs que si elles sont « manifestes »². De la même manière, une cour d'appel saisie d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale n'a pas la possibilité de réviser au fond la sentence³. Ses pouvoirs sont limités au contrôle des griefs prévus aux articles 1492⁴ et 1520⁵ du Code de procédure civile. Dans les deux cas, la contestation de la décision risque de faire « pschitt ». On comprend mieux pourquoi le choix de l'arbitre est le nerf de la guerre.

Si les décisions sont presque incontestables, qu'en est-il des « non-décisions », de ce soufflet discrètement porté à l'adversaire ou de cette pièce malencontreusement oubliée au fond d'un coffre-fort, et sur lesquels l'arbitre n'a pu se prononcer ? Quoi de mieux, pour éviter la sanction, que d'attendre que l'arbitre ait le dos tourné ? Sauf que désormais, l'arbitre a des yeux dans le dos. Ainsi, les joueurs sont régulièrement convoqués suite au visionnage des vidéos, pour répondre des actes qui auraient échappés aux

¹ Si l'arbitre ne porte pas la robe, les règles de bienséance conduisent les arbitres à éviter les couleurs vives.

² Article 77-b) du Code disciplinaire de la FIFA.

³ V., encore récemment, Civ. 1^{re}, 12 février 2014, n° 10-17.076.

⁴ En matière interne.

⁵ En matière internationale.

arbitres durant le match⁶. Les arbitres peuvent quant à eux être saisis d'un recours en révision en cas de fraude d'une des parties⁷.

Par ailleurs, les arbitres ont en commun de bénéficier d'une certaine immunité dans l'exercice de leurs fonctions. La sérénité de l'arbitrage requiert que les arbitres puissent commettre une erreur de jugement sans craindre que leur responsabilité civile soit immédiatement et systématiquement engagée. Qui accepterait encore d'être arbitre si, au moindre penalty oublié ou suite à une divergence d'appréciation sur son champ de compétence, il était contraint de répondre des conséquences financières du préjudice causé ?

Toutefois, les deux professions sont parfaitement conscientes des critiques et sont constamment à la recherche de solutions, qui ne vont pas toujours dans le même sens. Alors que l'arbitrage-justice encourage le recours à l'arbitre unique pour

diminuer les coûts, l'arbitrage-sport fait monter les enchères en passant de trois à cinq arbitres. À l'inverse, le premier arbitrage a désormais une longueur d'avance en ayant massivement recours aux nouvelles technologies, en particulier la vidéo. Le second, lui, continue de traîner les pieds sans que l'on sache très bien pourquoi.

Mais au final, ce qui unit le mieux nos arbitrages, c'est cette amnésie collective qui les entoure. L'arbitre n'est pas le mal, mais le remède au mal. S'il intervient, c'est uniquement pour trancher une contestation émergente. Pourtant les parties sont bien plus promptes à critiquer le traitement plutôt qu'à combattre le mal. Mais c'est sans aucun doute la solution de facilité. Et finalement, quel meilleur exutoire, après un sérieux revers, que de fredonner les quelques notes du tube de l'année ? Alors chantons tous en cœur : « l'arbitre, l'arbitre... ».

⁶ Article 77-a) du Code disciplinaire de la FIFA.

⁷ Article 1502 du Code de procédure civile

Petit deux du Grand B : dans les murs

Le tuteur, spécialiste de la botanique universitaire

Ludmilla Leboeuf et Antoine Touzain

« **T**ransformer notre campus en jardin d'Eden ». Tel était le vœu, selon les dires de l'un des rédacteurs de cette *Revue*¹, d'« Assas vert ». Mais ce jardin, n'existait-il pas d'ores et déjà ? Car après tout, à quoi sert un tuteur, sinon à soutenir de jeunes plantes, pour leur permettre de pousser correctement² ? Ainsi, et afin d'empêcher les jeunes pousses du droit de se faire des boutons, notre Université a mis en place un « tutorat », principalement en première année³.

Le vocabulaire ne doit pas tromper. Si le premier réflexe de l'étudiant en droit est d'aller consulter son Code civil⁴, il ne doit pas voir dans le tuteur un représentant, et dans l'étudiant en tutorat une « *personne dans l'impossibilité de pouvoir seule à ses intérêts* », à raison de ses facultés mentales ou corporelles⁵. Non. Une fois n'est pas coutume, le Code Napoléon n'est pas d'un grand secours ici, même si d'aucuns seraient tentés de rappeler que les étudiants de première année ne sont guère cultivés... Le tutorat à l'Université est plus proche de celui en entreprise, permettant la transmission d'une expérience professionnelle⁶.

Tel est bien là le rôle du tuteur : transmettre. S'il ne s'agit pas de traiter le mal à la racine, ni de renvoyer de mauvaises herbes, le tuteur doit permettre à la graine juridique de prendre forme, et ainsi l'aider à s'épanouir. Un bien grand rôle, sans vouloir lui lancer de fleurs ! Main verte de l'Université, le tuteur doit permettre aux jeunes pousses assassiennes d'aller droit (I), tout en les encourageant au droit (II).

I. Le tutorat pour pousser droit

Le tutorat vise à « lutter contre le taux d'échec en Licence »⁷. Empêcher les apprentis juristes de se planter (A), et faire éclore de grands juristes (B) : tels sont les deux mots d'ordre.

A. Empêcher de se planter

Ce parcours a été créé pour permettre la réussite de tous, c'est pourquoi tous les bourgeons de première année peuvent accéder au tutorat. Ainsi, chacun pourra prendre un pli méthodologique convenable. Mais que faire pour les encourager à choisir un terreau facultatif ? Le secret pour enrainer est simple : deux points sont offerts en guise

¹ G. Drouot, « Assas vert : là où tout n'est qu'ordre, luxe, calme et volupté », cette *Revue*, n° 6, oct. 2012, p. 26 s.

² En effet, le mot tuteur désigne une « tige, armature de bois ou de métal fixée dans le sol pour soutenir ou redresser des plantes ». V. *Le Petit Robert*, dir. J. Rey-Debove et A. Rey, 2013, V° « Tuteur, trice ».

³ Le tutorat existe également, dans certains cas particuliers, en deuxième année, notamment dans le parcours spécifique offert aux sportifs de haut niveau.

⁴ L'on ne saurait trop leur conseiller de plutôt rechercher la définition idoine en premier lieu dans le « Dictionnaire des idées reçues »

(N. Balat, G. Drouot, cette *Revue*, n° 4, oct. 2011, p. 26 s.). Malheureusement, il ne contient étonnamment aucune définition de « tuteur » ou de « tutorat ». Même les plus grandes œuvres ont leurs lacunes...

⁵ V. l'article 425 sur les conditions des mesures de protection juridique, et l'article 440, alinéa 3, sur la tutelle.

⁶ L'article L. 129-1 du code de commerce définit le tutorat rémunéré en entreprise comme une prestation fournie par le cédant d'une entreprise au cessionnaire, visant « à assurer la transmission au cessionnaire de l'expérience professionnelle acquise par le cédant en tant que chef de l'entreprise cédée ».

⁷ http://www.u-paris2.fr/1203066794431/0/fiche___article/&RH=RH.

de récompense aux plus méritants et volontaires. Oui, le tutorat relève bien du tronc commun⁸.

Que la démarche soit volontaire ou non, le traitement est le même : le tuteur devra être attentif à chacun, et inculquer les rudiments de la matière. Et tout cela, bien évidemment, avec douceur et rigueur. Tout doit être fait pour empêcher les tutorés de « repiquer » ! La tâche du tuteur n'est pas aisée : déterrer les mauvaises habitudes, prévenir toute mauvaise repousse... Tâche ardue s'il en est, mais qui est vite récompensée : ces bourgeons s'épanouiront bientôt.

B. Faire éclore de grands juristes

Si l'étude du droit est celle d'un terreau, d'un fonds de règles, elle est bien plus que cela. Tout comme la bibliothèque est complétée par une méthode⁹, les plantes doivent être assistées pour que leurs racines se plongent dans ce terreau. Or, comment inculquer cette méthode en amphithéâtre, et en une heure trente de travaux dirigés hebdomadaires, à des masses d'étudiants ? Un autre échelon est nécessaire, et c'est là qu'intervient le tuteur, pour s'attarder sur la dissertation, le commentaire d'arrêt et le cas pratique.

Mais se révèle bientôt un paradoxe. Tout comme la satisfaction du jardinier consiste dans l'éclosion et la croissance de ses plantes, celle du tuteur réside dans la réussite de ses étudiants... parfois exprimée par leur départ du tutorat ! Le tuteur reste avec un goût amer, face à l'abandon de ses jeunes pousses devenues indépendantes. Les étudiants n'ayant plus besoin de son soutien, il se sent inutile. Néanmoins, quelle joie indicible l'assailit lorsqu'il admire la réussite de ses étudiants, qui est d'ores et déjà avérée¹⁰ ! Succès qui peut se doubler d'un véritable goût pour le droit, amour de cette matière qui éclôt au contact du tuteur.

II. Le tuteur pour pousser au droit

Le tuteur de l'Université a un rôle plus grand que son homologue du jardin, puisqu'il ne se contente pas de soutenir : il arrose aussi les jeunes pousses de connaissances. Pour ce faire,

il peut leur donner des tuyaux (A), mais se retrouve parfois dans la position d'un arroseur... arrosé (B).

A. Donner des tuyaux

Le tuteur étant nommé pour donner des tuyaux, il doit avoir une certaine expérience. Ainsi, les plus belles mains vertes de notre verger universitaire sont sélectionnées pour transformer nos germes en magnifiques plantes du droit. Il s'agit principalement d'étudiants de Master¹¹ sélectionnés sur dossier. Versailles ne serait pas confié à n'importe quel jardinier ! Pour que ces tuyaux soient utiles, une adéquation de la méthode aux programmes apparaît nécessaire : c'est ainsi qu'un Le Nôtre de Paris 2 est désigné, pour encadrer les tuteurs. Et s'y ajoute un Nicolas¹², les tuteurs étant fréquemment conviés aux réunions pédagogiques !

Sélection et encadrement sont en effet nécessaires, le tuteur ne devant pas simplement être branché : une heure trente par semaine, il inculquera la méthode, répondra aux questions, prendra soin des bourgeons en se souciant de leurs angoisses... Il ne faudrait pas que notre verger se transforme en serre industrielle irrespirable ! Le tuteur sert donc de béquille, de soutien. Mieux vaut qu'il ne soit pas dur de la feuille pour aider dans la quête du graal de la réussite¹³. Graal auquel il s'abreuve aussi d'ailleurs, dans la mesure où le tuteur tire largement profit de cette expérience.

B. L'arroseur arrosé ?

Par sa fonction, complémentaire, et par son niveau d'études, le tuteur est un apprenti chargé de travaux dirigés¹⁴. Il en a le profil, et son rôle s'en rapproche, la différence tenant à ce que le tuteur est nécessairement plus sympathique, puisqu'il ne met pas de mauvaises notes, mais seulement des points bonus ! Le jardinier chargé d'arroser n'est-il pas plus agréable que celui s'occupant d'arracher les mauvaises herbes ?

⁸ Contrairement à une idée reçue, le tutorat n'est en effet pas limité au seul « parcours renforcé » : il y est obligatoire, mais reste possible, de manière facultative, dans les autres parcours.

⁹ Selon la formule de P.-Y. Gautier, rappelée par D. Mazeaud lors du colloque de cette *Revue* sur l'enseignement du droit (cette *Revue*, n° 8, « L'enseignement du droit dans l'université », p. 85 s. spéc. p. 86) : « le juriste, c'est une méthode et une bibliothèque ».

¹⁰ Le site de l'Université (v. lien note 6) précise ainsi que les « tutorés » affichent un taux de réussite de deux à quinze points supérieur à celui de l'ensemble des étudiants !

¹¹ *Ibid.*

¹² Pour ceux qui souhaiteraient prendre de ses nouvelles : <http://videos.tf1.fr/jt-13h/2011/qu-est-devenu-nicolas-le-jardinier-6216679.html>.

¹³ Pour éviter toute confusion, rappelons que si les jardiniers s'opposent parfois à cette quête du *Sacré graal*, ce n'est pas le cas des jardiniers.

¹⁴ Cher lecteur de première année de Licence, attention à la terminologie : ne pas confondre le chargé de TD et le tuteur, chargé de t'aider !

Si le jardinier apprend de son expérience des plantes, il en va de même du tuteur. Tout comme l'enseignant se nourrit des réflexions de ses étudiants, le tuteur sort grandi des séances de tutorat. En effet, outre la pédagogie, le tuteur doit vite apprendre à répondre à des questions en tout genre et dans tous les sens, lui

imposant une gymnastique intellectuelle dont il est, lui aussi, bénéficiaire. Il tisse ainsi un lien social enrichissant, de transmission du savoir, et peut-être découvre-t-il une vocation. L'arroseur se trouve lui-même arrosé : au contact des plantes, le tuteur ne sortirait-il pas aussi grandi que celles-ci ?

Spotted Assas est de retour

Diane Galbois

« **S**alut jeunesse dorée d'Assas, ici *Gossip Assas*, celui qui révèle au grand jour ce que l'élite assassienne se donne tant de mal à cacher »¹. C'est ainsi que l'on pourrait résumer le phénomène récent qui déchaîne les passions d'une bonne partie des Assassiens (3 526 très précisément, à l'heure où ces lignes sont écrites) : j'ai nommé Spotted Assas.

Petite session de rattrapage pour ceux qui seraient partis en échange au fin fond du Groenland avec pour seul réseau social une famille de pingouins (et pour les plus réfractaires à Facebook) : l'idée de départ, qui semble trouver sa source d'inspiration dans la série américaine *Gossip Girl*, est de fournir un lieu d'échange de potins en tous genres relatifs à un groupe de personnes déterminées – ou simplement déterminables... – qui ont en général en commun de fréquenter assidûment un même lieu (université, café, métro, etc.). Quiconque a déjà regardé un épisode de cette série a en tête l'expression « *spotted...* » (traduite par « aperçu... » dans la version française) qui ouvre tous les commentaires de *Gossip Girl*, personnage anonyme (du moins jusqu'au dernier épisode de la série), par lesquels elle dévoile ses commérages. Le concept a été repris et décliné par nombre d'universités et de lycées, à Paris comme en province. Même la RATP suscite ce genre d'engouement, avec des pages Facebook du type « Spotted : Métro ligne 10 ». Mais, au risque de paraître un peu chauvin, ces lignes seront exclusivement consacrées à Spotted Assas, à la fois ange (I) et démon (II)².

I. Ange

Le principe du spot. Ouvert dans le courant de l'année universitaire 2012-2013, le groupe Facebook « Spotted Assas » a repris son activité

début octobre 2013 pour la nouvelle année universitaire, avec l'accroche suivante : « *Spotted Assas est de retour... Une nouvelle année placée sous le signe de la rencontre, des gros râteaux, des petits plans culs³ et autres batifolages, pour notre plus grand plaisir ! Vous connaissez le principe, alors à vous de spotter...* ». Spotted Assas s'est en effet rapidement transformé en haut lieu de publication des billets doux des Assassiens. Le descriptif du groupe Facebook est d'ailleurs clairement en ce sens : « *Une remarque à partager sur la jolie blonde ou le beau brun qui vient d'arriver à la bibliothèque ? Envoie nous un message, on le publiera anonymement* ». Les grands timides qui n'ont pas osé aborder l'étudiant(e) croisé(e) en amphi, en TD, à la machine à café ou encore à la bibliothèque pourront ainsi le faire anonymement grâce à Spotted Assas. Le résultat risque certes de ne pas être très probant, comme l'admet d'ailleurs un « spotteur » lucide, mais peu importe⁴. Mieux encore, Spotted Assas est la solution toute trouvée pour qui a succombé au charme de son chargé de TD mais préfère se lancer dans une déclaration d'amour⁵, voire une demande en mariage⁶, anonyme et virtuelle. Comme l'indique un slogan sur Spotted Assas Melun : « *avant il y avait Meetic, maintenant il y a Spotted* ».

L'objet du spot. Ce ne sont pas seulement des personnes, sujets de droit, qui peuvent faire l'objet d'un « spot »⁷ ; un bien meuble corporel le peut aussi. On a ainsi vu fleurir des spots – photo à l'appui – montrant un imprimé-type de copie d'examen sur lequel figurent différentes rubriques à remplir par les étudiants, et notamment leur « *prénon* » (sic). De même, a été diffusée la photo d'une page d'un manuel où Dalloz semble avoir succombé à la mode du

¹ Toute ressemblance avec le générique de la série *Gossip Girl*, qui s'ouvre systématiquement par « *salut jeunesse dorée de Manhattan, ici Gossip Girl, celle qui révèle au grand jour ce que l'élite new-yorkaise se donne tant de mal à cacher* », ne serait que purement fortuite.

² Rappelons d'ailleurs que les différentes antennes d'Assas possèdent chacune un Spotted spécifique, les étudiants de Melun n'étant pas en reste.

³ Nous remercions chaleureusement la rédaction d'avoir bien voulu ne pas censurer ces pages de poésie. Par ailleurs, par souci de réalisme et d'authenticité et au prix d'un combat contre le correcteur orthographique du logiciel de traitement de texte, les fautes d'orthographe ont été respectées (elles aussi ont le droit au respect).

⁴ « *Tu es parfaite. Je suis fou de toi voilà. Il y a quelque chose d'excitant à (sic) savoir que jamais tu ne découvriras qui je suis, enfin je crois. Un LZ* ».

⁵ « *Charmant chargé de droit du crédit, charmant [**], sache que rester en cours jusqu'à 20h20 n'est pas mon truc, mais pour tes beaux yeux et ta cravate verte, les cours le soir sont agréables* ».

⁶ « *Je vais être brève et efficace : [**], chargé en droit des contrats spéciaux : Would you marry me ?* ».

⁷ Nom masculin signifiant « message publié dans Spotted Assas » (à ajouter au « Dictionnaire des idées reçues », par N. Balat et G. Drouot, RDA n° 4, p. 26).

langage texto en publiant « *les juges d'Instruction* »⁸. Ou encore celle d'un photocopié de cours à propos des « *poules bancaires* » ou une capture d'écran d'un cours sur le droit naturel mentionnant l'illustre juriste néerlandais « *Grossuce* ». Ce sont aussi les poubelles de tri sélectif d'Assas qui ont eu leur heure de gloire sur Spotted Assas.

La mise en œuvre du spot. D'une manière plus générale, Spotted Assas est ponctué par le rythme des saisons assassiennes. À l'approche du Gala d'Assas par exemple, ont soudain fleuri des petites annonces matrimoniales d'Assassiens recherchant un cavalier ou une cavalière au bras duquel (de laquelle) arriver triomphalement. La veille et le jour J, des spots désespérés de retardataires tentant frénétiquement d'acheter une place à prix d'or pour cette soirée se sont multipliés (cf. *infra*). Le bilan de la soirée n'a finalement pas tardé à être annoncé sur Spotted Assas⁹.

Les révisions de partiels ou d'examens ont également été une source intarissable d'inspiration pour les « *spotteurs* »¹⁰. Spotted Assas a alors été le réceptacle du stress exponentiel au fur et à mesure de l'avancée des révisions, jusqu'à tendre vers l'infini en pleine période de partiels, avec des messages d'une profondeur poétique rare que l'on s'abstiendra de reproduire. La partioloïde aigue n'a heureusement pas eu les mêmes effets sur tous : elle a rendu quelques étudiants poètes¹¹, a déclenché chez certains une crise mystique¹², ou encore des phases de délire¹³, et n'a même pas réussi à faire perdre le nord à d'autres, qui persistent et signent dans la drague¹⁴. Mais surtout, « *c'est fou, [on n'a] jamais vu Assas aussi soudé qu'au moment des partiels. Comme quoi... L'angoisse rassemble* ». En effet, Spotted Assas a surtout permis aux Assassiens de faire ensemble – quoique chacun derrière leur écran – une pause devant le clip de la chanson « *Dragostea Din Tei* », du groupe O-Zone, en guise de « *petite détente en cette période dif-*

ficile. Car au final : on ne sera jamais aussi talentueux que des Moldaves enregistrant sur l'aile d'un avion, en vol ».

L'actualité politico-médiatique a également donné lieu à des commentaires endiablés. Les affaires Dieudonné et Gayet-Hollande ont particulièrement déchaîné les passions – un lien de causalité avec leur coïncidence temporelle avec les révisions et les partiels peut d'ailleurs être aisément établi (note à l'attention des rédacteurs en chef de la *Revue de droit d'Assas* : ne faudrait-il pas songer à avancer la date de parution de la *RDA* afin de meubler les pauses de nos chers étudiants, pauses ô combien nécessaires à leur équilibre psychique entre deux post-itages de codes, afin de leur procurer une lecture aussi divertissante que *Closer*, mais un peu plus élaborée ?).

Mais sous ses airs angéliques, Spotted Assas cache un versant diabolique qui l'apparente davantage à un ange rebelle.

II. Démon

Les conditions du spot. Le premier risque de dérive de Spotted Assas correspond au revers de la médaille : victime de son succès, Spotted Assas a dû se déclarer incompetent pour administrer les enchères des tickets pour le Gala d'Assas (cf. *supra*) ainsi que pour publier les petites annonces d'objets perdus, renvoyant pour ces dernières à un autre groupe Facebook matériellement compétent.

Les sanctions du spot. Spotted Assas est surtout devenu un exutoire pour partager ses réflexions – plus ou moins profondes – sur la vie quotidienne dans notre université. À cet égard, les étudiants de Vaugirard ont par exemple été la cible de spots acharnés visant à leur interdire de monopoliser les rares et chères places de la bibliothèque d'Assas. Les Assassiennes un peu trop « *fashion* » ont également été gentiment

⁸ Ce n'est pas dans la *Revue de droit d'Assas* que l'on pourrait lire ceci !

⁹ « *Le combattant-concurrent : enchaîner le Gala d'Assas, jusqu'à 3h30, rentrer chez soi, essayer de pondre une dissert à rendre dans la journée, faire un footing à 6h et aller en cours à Vaugi pour 3h (idée lumineuse, mon cours ne veut rien dire, ayant capté un mot sur 3)#lovelifeinassas [...]* ».

¹⁰ Nom masculin (fém. : « *spotteuse* ») signifiant « *Assassien publiant anonymement sur Spotted Assas* » (à ajouter au « *Dictionnaire des idées reçues* », v. note 8).

¹¹ « *Comme tonton Giraudoux disait : "Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité." Alors ne doutez plus devant votre copie et dites vous simplement que nous sommes des artistes incompris de la pensée...* ».

¹² « *Chers frères, chères sœurs, à quelques heures du hara-kiri collectif prions :*

Notre Comu qui est au ciel,

Que ton dico soit énoncé,

Que notre plan de dissert tienne,

Que ta science descende pendant le partiel.

Donne-nous aujourd'hui notre 20 quotidien,

Pardonne aux chargés leur indulgence,

Comme nous implorons aussi, à ceux trop zélés,

Et ne nous soumet pas aux rattrapages,

Mais délivre-nous des annales.

Amen et merde à tous ! »

¹³ « *Je suis le seul à avoir envie de mettre l'étiquette légèrement en biais à chaque fois mais juste assez pour que ça marche quand même ? #nevrosedespartiels* ».

¹⁴ « *Ya plus aucun bogoss à la BU en période de révisions c'est désolant. Bogoss ou tai ?* ».

moquées¹⁵. Au-delà de ces remarques plus humoristiques que blessantes, Spotted Assas a quand même été contraint de rappeler des règles élémentaires de bon sens, en vue d'éviter les excès auxquels pourraient conduire ce défouloir : « *INFO SPOTTED : Les spot racistes, porno (très) trash, sans aucun rapport avec la page, ou qui visent une personne précise de façon humiliante ne seront PAS publiés. Non, on est (sic) pas en Corée du Nord mais oui, c'est un peu de la censure* ». Ce qui n'a pas empêché la publication de la photo

d'une chargée de TD sur une plage de Normandie, accompagnée d'un commentaire attentatoire à sa vie privée (qui a finalement été supprimée, suite à la remontrance d'un collègue solidaire).

Mais, si ces dérives extrêmes sont enrayées, il reste que, comme l'exprime un spotteur avisé, « *y a une ambiance bizarre a la BU. Avant on se sentait déshabillées du regard maintenant on a peur d'avoir un morceau de persil entre les dents, et de se faire spotter bêtement!!* »... Bisous bisous¹⁶ !

¹⁵ « *On ne se plaindra pas d'être dans la seule fac bien habillée de France, mais ne serait-ce pas là une pure coquetterie toute bling d'Assassienne de nous sortir en masse vos manteaux à cols de renards et autres ratons-laveurs alors qu'il fait encore en moyenne 15 degrés dehors ?* »

¹⁶ V. note 1.

Quelques règles pour devenir un juriste détestable¹

Guillaume Drouot

Chers étudiants, Puisque vous vous apprêtez à devenir avocat, huissier, magistrat, notaire, professeur, j'en passe et des meilleurs, le risque est grand pour vous, à force de servir la veuve et l'orphelin, de devenir aimable, tendre et délicat.

Afin d'éviter de tomber dans ce travers qui tendrait à faire de vous un homme du peuple, voici quelques conseils pour vous rappeler qu'un juriste, tout comme un homme riche², surtout s'il vient d'Assas, est désagréable. Une réputation, aussi infondée qu'elle soit, mérite toujours d'être entretenue assidûment.

Au cours de vos études efforcez-vous d'être un solitaire, et veillez à bannir toute salutation de votre bouche. Vous êtes un homme pressé. La faculté de droit ne mérite peu ou pas votre présence ; vous n'avez pas d'honneurs à lui rendre. Il convient ainsi de ne jamais ouvrir votre sac ou autre récipient à fournitures scolaires, et de conserver auprès de vous le plus longtemps possible votre casque de motocyclette. Il est absolument essentiel de faire comprendre à votre entourage que, tel un ange descendu du ciel pour porter un regard compatissant et miséricordieux sur l'humanité, vous êtes venus temporairement mettre votre lumineux séant sur un obscur banc d'amphithéâtre.

Lors des travaux dirigés, c'est à vous qu'il faut attirer l'attention : couper la parole de votre futur collègue est alors meilleur aloi. Demander sans cesse des précisions à votre chargé produira trois effets bénéfiques : cela vous permettra une fois de plus de monopoliser la parole, de montrer à votre chargé votre soif de science, puis, dans le meilleur des cas, de le mettre en difficulté et de vous assurer un ascendant sans borne sur lui.

Une fois installé dans la profession, l'état d'esprit est sensiblement le même. À l'égard du client, car il n'y a pas d'autre mot, la distance la plus

grande possible doit être maintenue. L'usage de formules absconses, de sentences latines, de plaisanteries inaccessibles, est chaudement recommandé, car, comme chacun le sait, *qui nescit dissimulare, nescit regnare*. Il est possible de recourir également à quelques moqueries sur la situation qui vous est présentée. Si votre client est susceptible, votre échappatoire sera de rappeler avec condescendance qu'il faut re-la-ti-vi-ser. Le rire n'est-il pas la politesse du désespoir ?

À l'égard des gens de votre profession, la pratique du commérage constituera un atout majeur. Écorner la réputation d'un ou deux collègues par jour ne peut qu'asseoir votre réputation de juriste détestable. Il faut également connaître les ficelles de votre métier pour vous faire détester des autres professions. Il importe qu'un avocat fasse traîner le dossier et interjette appel avec constance pour accéder à la rogne le magistrat. Celui-ci doit être hautain et méprisant pour se faire haïr de celui-là. Le notaire doit veiller à compliquer minutieusement ses formules et ses montages, afin de se complaire, *in fine*, dans un splendide isolement. Par un excès de zèle, l'huissier peut agacer avec brio. Quant au professeur, il lui suffira de professer : *magister dixit*.

Si malgré le suivi assidu de ces conseils, vous sentez monter en vous irrésistiblement le désir d'aider votre prochain, n'oubliez jamais au moment de succomber à la tentation qu'un juriste détestable est bien souvent un mauvais juriste. L'incompétence jointe à la suffisance finira de consolider les bases solidement jetées de votre exécration attitude. C'est de la sorte que vous rendrez services à vos collègues : l'excellent et affable juriste attire à lui la clientèle et se révèle alors peu prêteur, c'est bien là son moindre défaut ; tandis que vous, par la fuite que vous provoquerez, serez en ce domaine le plus fondamental, un modèle de générosité.

¹ Ce texte est une adaptation et un complément utile à celui de B. Franklin, « Quelques règles pour devenir un compagnon détestable », *L'art de choisir sa maîtresse et autres conseils indispensables*, Finitudes, 2011, p. 47 s.

² À en croire du moins Don Salluste, incarné par Louis de Funès, dans *La folie des grandeurs*.

Ce songe qu'est la thèse

Adrien Brochard

Quelque chose n'était pas logique. Tout a commencé lorsqu'au cours d'un dîner, debout comme il se fait dans les coins les plus chics, une jeune femme à qui je voulais plaire m'interrogea avec un sourire complice : alors, comment en es-tu venu à faire une thèse ? Désireux de maintenir l'atmosphère, je m'apprêtais à débiter un refrain usité mais efficace mêlant la figure de l'intellectuel torturé à celle de l'enseignant passionné, rongé par cette générosité qu'il ne peut contrôler et qui le contraint à transmettre du savoir, encore et encore.

L'exercice était pour moi d'une enfantine simplicité puisque s'achevait alors à peine la saison du *speed dating* universitaire. Saison encore appelée : période de recrutement des futurs enseignants-chercheurs, doctorants contractuels ou attachés temporaires d'enseignement, où chaque candidat s'ébroue pendant de brefs instants en espérant faire bonne impression devant un parterre de sélectionneurs aux positions et spécialités les plus variées.

Alors donc que je m'apprêtais à débiter, un peu adaptées pour l'occasion, mes admirables motivations, mon cerveau fut pris d'une longue convulsion. J'arborai conséquemment une mine abrutie qui rompit le flirt tout net. Tant pis, j'avais enfin compris ! « Pourquoi la thèse ? Ma chère, aurais-je pu lui répondre si elle n'avait pas détalé, je n'en sais rien du tout ». À la faveur de cette noble renonciation, tous les éléments s'articulaient enfin.

Point de départ inconnu, conditions d'espace et de temps incohérents, personnages farfelus, ça ne pouvait être que ça : la thèse est un songe.

Personne ne se souvient jamais de la façon dont il est entré dans un rêve. Or, il est une certitude absolue que j'ai entrepris de vérifier : personne ne se souvient jamais de la façon dont il est entré dans une thèse. J'en veux pour preuve tant les récits trop parfaits à la véracité rétroactive que les silences trop songeurs des cobayes que j'ai interrogés depuis. Aucun n'a d'explication logique et par là convaincante quant à son saut dans le vide. Un songe, vous-dis-je.

L'espace-temps du thésard est-il plus cohérent par la suite ? Certes non. Premier signe de dés-

orientation : l'incommensurable aversion qu'il a pour la question, pourtant banale, de l'avancée des ses travaux. Dialogue immuable : Thésard numéro 1 : « Encore un qui m'a demandé : alors la thèse, ça avance ? » Thésard numéro 2 : « Ah la vache, c'est insupportable ! » On précisera utilement que le « un » de « encore un qui m'a demandé » désigne le non-universitaire qui est à peu près au thésard ce que le civil est au militaire, c'est-à-dire une espèce nécessaire mais néanmoins repoussante. Précision utile quand on sait que le directeur de thèse du thésard, dont on reparlera, lui pose, en toute logique, systématiquement la même question de l'avancée de ses travaux... Thésard numéro 1 et Thésard numéro 2, à l'unisson : « oui, mais c'est pas pareil... » Admettons. Il n'en reste pas moins que cette incapacité à évaluer l'avancée de son travail révèle chez le thésard une quasi-disparition de la capacité de percevoir le temps.

Autre exemple frappant du décalage horaire subi par le thésard : le phénomène dit du « lever de plume ». Le thésard écrit et, tout d'un coup, son poignet heurte sa table de travail et il lève sa plume. Le rebond est tel que la plume ne reverra pas la couleur d'une feuille blanche ou d'un clavier d'ordinateur avant plusieurs semaines. Happé par ses étudiants dont il dirige les travaux sur une base hebdomadaire, le thésard imite pendant ce temps de suspension dans les airs le travail de ceux qui ont le diplôme qu'il essaye d'avoir et qui le regardent avec tendresse mais impatience étaler sa naïveté dans des corrections au stylo rouge plus développées les unes que les autres. Le thésard, durant cette période, aime à penser qu'il se forme à l'enseignement. Certes. Il est néanmoins contraint de fouler une réalité qui, à terme, relativise un peu cette croyance puisqu'il s'exerce pour une activité qu'il ne pratiquera *a priori* plus jamais sous cette forme, une fois sa formation terminée. Quoi qu'il en soit, une fois la période de formation passée, période au cours de laquelle le thésard s'est quand même bien amusé même s'il est convaincu qu'il ne s'agit là que d'un effet secondaire, le thésard se rend compte, abasourdi, qu'il a été victime du

fameux « lever de plume ». Il apostrophe alors son camarade thésard : « C'est la cata, j'ai pas touché ma thèse depuis des semaines ! ». Ce à quoi l'autre thésard, au lieu de lui répondre « Ben pourquoi, elle était juste là », répliquera « M'en parle pas, moi c'est pareil ! » Le temps ne s'écoule pas de la même façon dans une thèse qu'ailleurs. Sauf dans un rêve : « que faisait le cheval dans le salon ? Ah non, mais ça c'était bien après... même s'il est apparu au même moment... tu m'écoutes quand je raconte ? »

L'espace n'est pas non plus le même pour qui évolue dans une thèse. Ainsi, dès qu'il entre dans une salle de cours, le thésard se met à déambuler curieusement autour du bureau et à pivoter hasardeusement au bout de chaque rangée, jamais à l'abri d'un fil d'ordinateur branché entre lui et son chemin. Il parle trop fort, signe aussi de son incapacité à appréhender l'espace. Mais le thésard a ses raisons. Quiconque a arpenté les sous-sols de telle ou telle bibliothèque de droit comprend que la numérotation des ouvrages est un facteur majeur de déstabilisation spatiale du thésard. Passer de « 32 457 » à « 999 999 999 et s. » en l'espace d'une demi-étagère a en effet de quoi perturber même les plus doués en course d'orientation.

Désaxé dans le temps et l'espace, le thésard rencontre enfin, dans sa thèse, des personnages incongrus soit par eux-mêmes, soit par le rôle que le thésard leur donne. Le directeur de thèse est par exemple affecté par le thésard à une mission prophético-psychologique à caractère divin. Chacun de ses mots aura ainsi d'abord des vertus curatives – effet immédiat sur le sommeil, la tension artérielle et parfois les articulations – puis ensuite des sonorités incantatoires – ses paroles seront notées à la main, retranscrites sur fichier Word puis répétées à soi-même inlassablement avant chaque nouvelle lecture ou ligne

d'écriture. Le directeur de thèse devra rassurer mais maintenir l'état minimum d'angoisse nécessaire (dosage qu'il appartiendra au directeur de thèse d'opérer) et donner la direction de la réflexion tout en laissant le thésard libre d'aller là où il veut au risque sinon de le frustrer (il appartiendra là encore au directeur de thèse de réaliser les conditions de possibilité de cette contradiction manifeste). En d'autres termes, le directeur de thèse devra, grâce à ses aptitudes métaphysiques, être le phare dans une nuit qu'il a pourtant quittée il y a fort longtemps.

Le thésard croise par ailleurs d'autres personnages incongrus qui ne contribuent nullement à rationaliser son univers. Ces derniers se présentent au contraire bien souvent comme des preuves du caractère onirique de l'univers de la thèse. Le thésard rencontre en effet certains thésards qui n'arrivent pas à enlever leur déguisement de professeurs pleins de certitudes une fois sortis des salles de travaux dirigés. Si le thésard est naturellement amené (il faut bien trouver son ton professoral), par une éphémère métamorphose, à se faire un peu passer devant les étudiants pour quelqu'un qui a le diplôme qu'il essaye d'avoir, il ne saurait, sans incohérence, conserver ce ton devant ses comparses procédant exactement à la même métamorphose devant leurs propres étudiants. De deux choses l'une, soit ces thésards déguisés en professeurs sont des artistes contemporains d'avant-garde en happening permanent réalisant une sublime mise en abîme de la situation du thésard, soit ces thésards ont un peu perdu le sens commun, ce qui semble *in fine* parfaitement sensé dans le système ici présenté.

Quelque chose n'était pas logique mais désormais tout est clair. La thèse est un songe dont il faut se réveiller avant d'espérer l'interpréter.

Grand Deux

Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Les standards juridiques

Petit un

Sur les standards p. 35

Petit deux

Les standards doctrinaux p. 36

Petit trois

De l'usage du standard
en procédure pénale p. 43

Petit quatre

Le standard du raisonnable p. 61

Petit cinq

Le jeu des standards
en matière contractuelle :
Variation sur le contrôle des
clauses abusives dans les
contrats standardisés p. 67

Petit six

Les standards juridiques
en droit des sûretés p. 75

Petit sept

Les standards en droit
d'auteur p. 83

Petit huit

Les standards en droit
de l'arbitrage p. 89

Grand B

Offre de droit

La procréation pour tous ?

Petit un

La procréation pour tous ? p. 95

Petit deux

Pour en finir avec la
ségrégation qui frappe
les enfants nés dans le cadre
d'une gestation pour autrui
à l'étranger p. 100

Petit trois

La réception en France
des gestations pour autrui
réalisées à l'étranger p. 104

Petit quatre

L'extension de la PMA
et l'autorisation de la GPA
en questions p. 108

Petit cinq

Réformer l'assistance
à la procréation (et la filiation
subséquente) p. 114

Petit un du Grand A :

avant-propos

Sur les standards

Denis Mazeaud

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Depuis des lustres, en France, la création du droit est restituée de façon immuable ou presque. On enseigne avec assurance que la loi constitue la source essentielle, sinon exclusive, des règles du droit objectif. On prend un air dubitatif quand on évoque le rôle créateur de la jurisprudence. On prend à peine le temps d'évoquer le sort de la doctrine et de la pratique qui sont relégués au rang de simples figurants.

On est en droit de se demander pourquoi, générations après générations, on s'échine à donner cette image si peu fidèle et sincère du processus de création du droit, pourquoi avec tant de constance on s'emploie à succomber au charme du droit savant, dont on ne peut pourtant raisonnablement ignorer l'inexactitude, et à escamoter le droit vivant des forces créatrices du droit objectif.

Chaque observateur un tant soit peu attentif et perspicace sait en effet que le processus de création du droit est le fruit d'une coproduction, au sein de laquelle la répartition des rôles entre le législateur, le juge, les penseurs et les praticiens n'a rien à voir avec la présentation académique qui règne sans partage depuis des décennies.

Il ne saurait évidemment être question, dans un modeste avant-propos consacré aux standards, de se risquer à une présentation, sinon nouvelle du moins réaliste des forces créatrices du droit français, dans laquelle on s'efforcera

de démontrer que, pour un nombre extrêmement important de règles, le processus de création est à cent lieues de celui que l'on décrit doctement à longueur d'ouvrages et de cours.

On se bornera donc à évoquer l'exemple des standards pour valider l'idée simple que les instruments du droit objectif sont, la plupart du temps, l'expression d'une pluralité de forces créatrices. L'intégration de notions standards dans la règle élaborée par le législateur incarne, en effet, parfaitement le processus de coproduction des règles du droit objectif. En tant que tel, le standard n'est qu'un mot de la loi, une simple empreinte légale qu'il appartient au juge de doter d'une charge normative, en s'appuyant souvent sur les propositions doctrinales qui en identifient les contours et en appréhendent les évolutions. En somme, le juge crée du droit à partir d'une loi, sinon muette du moins éthérée, et puise aux sources de la pensée doctrinale dans cette perspective. Et grâce à ce système de production normative qu'incarnent parfaitement les standards, le droit est opportunément soumis au mouvement perpétuel que lui imprime le juge, éclairé par la doctrine.

En somme, le mérite des études qui suivent sera, entre autres, d'illustrer concrètement combien la fabrication du droit objectif répond à d'autres processus que ceux qui nous sont racontés ici et là.

Petit deux du Grand A : les standards doctrinaux

Les standards doctrinaux

Nicolas Dissaux

Professeur à l'Université Lille II

« Avec les mots on ne se méfie jamais suffisamment »
Céline, *Voyage au bout de la nuit*¹

Ça a débuté comme ça... Un étonnement : « par quelle mystérieuse alchimie, par quelle transmutation occulte, le fer du langage quotidien pouvait-il devenir l'or des concepts juridiques »². Le premier, Stéphane Rials a clairement posé la question, dans sa thèse sur *Le juge administratif et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité* (LGDJ, 1980). Sans doute cet auteur n'a-t-il pas inventé la notion de standard. En France³, celle-ci remonte essentiellement aux travaux de Gény consacrés au renouvellement de la pensée juridique. Aucun autre travail doctrinal n'avait pourtant si bien mis au jour la dimension critique de ces petits mots courants qui soutiennent bon nombre de raisonnements judiciaires sans même bénéficier d'une délimitation précise : le raisonnable, la faute, l'urgence, l'irrésistible, le légitime, le proportionné, l'injurieux, l'utile et autres sujets de leçon de vingt-quatre heures...

D'un étonnement, l'autre, il semble néanmoins que les standards n'aient guère été envisagés qu'à propos des textes législatifs ou jurisprudentiels. Comme si le discours doctrinal,

lui, ne recourait pas à ces notions insaisissables. Certes, les standards poseraient problème aux auteurs. Mais ceux-ci s'évertueraient précisément à débroussailler ceux-là ; leur travail consisterait justement à en cerner davantage les contours. N'est-ce pas un peu court ? Après tout, la notion même de standard est devenue un standard de la pensée juridique⁴. Il serait dès lors étonnant que le discours doctrinal n'en contint pas d'autres. Les standards doctrinaux : un sujet à tenter donc ! Encore faut-il commencer par s'entendre sur les mots...

Et d'abord, qu'est-ce qu'un standard ? Il déjà difficile de répondre à cette première question générale. Deux éléments concourent cependant à une définition. Le premier insiste sur la texture floue du standard ; le second, sur l'idée de normalité qu'il véhicule. D'un côté, il s'agirait d'un concept à contenu indéterminé⁵. De l'autre, le standard serait une « référence, celle qui délimite le champ du souhaitable et de l'admissible »⁶. Le tout permet de présenter le standard comme une « technique de formulation de la règle qui a pour effet une certaine indétermina-

¹ L.-F. Céline, *Voyage au bout de la nuit*, in *Romans*, t. 1, Gallimard, éd. La pléiade, 1981, p. 487.

² S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39 s., spéc. p. 39.

³ Pour une approche plus globale, notamment sur l'Angleterre et les États-Unis, v. S. Néron, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G* 2011, doct. 1003.

⁴ De manière plus générale, il faut d'ailleurs s'en étonner : le discours doctrinal a beau constituer un discours du droit, il n'est pas souvent étudié en tant que

tel. Ainsi le manuel de linguistique juridique de Cornu ne s'emploie-t-il qu'à l'étude des discours législatif, juridictionnel et coutumier (G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 3^e éd., 2005). Le discours doctrinal, quoique juridique (*ibid.*, n° 6, p. 22), ne fait pas l'objet d'une étude particulière. Comme s'il était transparent, ne faisant que rendre compte des autres types de discours, sans y apposer son propre filtre...

⁵ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001, p. 117.

⁶ B. Teyssié (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, coll. Études juridiques, vol. 35, 2011, n° 1, p. 1.

tion *a priori* de celle-ci »⁷. Une référence floue donc : c'est l'idée.

Mais ensuite ? Un standard doctrinal ? Qu'est-ce à dire ? S'agit-il d'un standard dont la source gît dans l'œuvre ou l'opinion d'un auteur ? Cela peut arriver bien sûr. L'hypothèse appelle toutefois de patientes archéologies du savoir qui ne se conçoivent qu'à propos de tel ou tel standard en particulier, non du phénomène en général. S'agit-il alors d'un standard dont la nature revêt une nature doctrinale ? L'expression friserait la tautologie : le standard présente immanquablement une nature doctrinale si l'on entend par là qu'il est formulé de manière générale et abstraite. Mieux vaut dès lors se borner à une dernière acception : le standard doctrinal est celui qui a pour objet le discours de ceux qui tâchent de comprendre et de critiquer l'état du droit. Il serait ainsi un instrument de formulation d'une règle ou d'un état de droit ayant pour objet ou pour effet d'exprimer une certaine normalité.

Une certaine normalité ; mais quelle normalité ? Car il y a deux manières de l'entendre : « la normalité, ce peut être *ce qui est statistiquement* ou *ce qui doit être*. À la *normalité descriptive* s'oppose la *normalité dogmatique* »⁸. De fait, lorsque la doctrine recourt au concept de *nature juridique*, de *régime juridique* ou lorsqu'elle roule sur une *théorie générale*, elle ne porte pas la même *normalité* que lorsqu'elle brandit la *liberté contractuelle* ou le *solidarisme*. Dans un cas, le standard se veut scientifique, descriptif ; dans l'autre, activiste, militant. Mais peu importe à vrai dire : toujours, il tend à charpenter le discours doctrinal. Les standards doctrinaux existent ; tout juriste en a rencontrés !

Interroger les standards doctrinaux, c'est ainsi se demander ce que la doctrine tient pour normal dans la manière d'appréhender le droit. La question ouvre un abysse épistémologique qu'il est vain de prétendre combler. Elle suggère à tout le moins une hypothèse. Si toute détermination est aussi une négation, le recours à des notions floues afin d'exprimer une certaine normalité implique en effet la relégation d'autres éléments du discours juridique.

De sorte que les standards doctrinaux seraient prisés non seulement pour ce qu'ils révèlent (I), mais aussi pour ce qu'ils dissimulent (II).

I. Ce que les standards doctrinaux

révèlent : tout dépend ! Même si la frontière est difficile à tracer, on l'a vu : certains prétendent décrire ; d'autres, prescrire. Là, le standard entend mettre de l'ordre dans les mots (A) ; ici, il cristallise un véritable mot d'ordre (B).

A. L'ordre des mots est le fantasme de nombreux standards doctrinaux. Ceux-ci traduisent alors un désir de cohérence ; ils procèdent d'un effort de systématisation. Il s'agit de comprendre. Du latin *cum* (« avec ») et *prehendere* (« prendre, saisir »). D'où littéralement saisir ensemble, embrasser quelque chose. Et telle est bien la première fonction doctrinale. Le dicton revient comme un leitmotiv de la littérature juridique, une obsession : « Qui trop embrasse mal étreint ».

À cet égard, deux standards tiennent le haut du pavé : la *nature juridique* et la *théorie générale*. Bien d'autres pourraient être évoqués. Ces deux-là semblent toutefois devenus si communs qu'il paraît presque hérétique de dégrader ces mots au rang de simples standards. Et pourtant... À bien y réfléchir, la référence à une *nature juridique* et l'exigence de *théories générales* s'avèrent rien moins qu'évidentes.

Qu'est-ce au juste que la nature juridique de telle ou telle institution ? De la novation ? De la lettre de change ? De la stipulation pour autrui ? Que veut-on dire par là ? Les étudiants se le demandent souvent. Ils n'ont pas tort. Car les notions juridiques ont-elles une *nature* ? Ne sont-elles pas artificielles... par nature ? Contradiction difficile à débrouiller... C'est la vieille querelle des universaux⁹. Dans un fameux débat sur la cession de contrat, Messieurs Ghestin, Jamin et Billiau le soutenaient ainsi clairement : « il suffit simplement de s'entendre sur le sens des mots et retenir que la cession est translatrice quand il s'agit de cession de créances et qu'elle ne l'est pas en ce qui concerne la cession de contrat... Le terme cession peut en effet recouvrir des acceptions différentes selon les

⁷ S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p. 120.

⁸ S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », art. préc., p. 44.

⁹ Comp. Monsieur Libchaber relève très justement à propos du concept de droit que l'une des raisons en gênant l'appréhension réside dans cette

tendance à postuler une essence du droit. V. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, spéc. n° 8, p. 8 : « rien ne permet d'être certain que la notion de droit existe, en tant que catégorie générale. A coup sûr, l'emploi d'un mot unique et simple participe d'une commodité de langage dont il ne faut pas être dupe ».

questions spécifiques que l'on entend traiter. Il n'existe pas de cession en soi ou de prétendue réalité de la cession dont on ne saurait s'écarter. Autrement dit, toute cession n'est pas translatrice par essence. Il s'agit d'une construction intellectuelle qui tire son intérêt et son existence de ses avantages pratiques »¹⁰.

L'utilisation du mot de *nature* révèle simplement le besoin d'ordre et de clarification du discours doctrinal. Il est vrai qu'elle peut verser dans d'abusives simplifications. La catégorie du *sui generis* en atteste : y recourir « n'est souvent qu'un refus paresseux de l'analyse »¹¹. Néanmoins Valéry l'a fort bien relevé : « tout ce qui est simple est faux, mais tout ce qui ne l'est pas est inutilisable »¹². Et la doctrine a besoin de notions pratiques, opératoires.

La notion de *théorie générale* n'est pas moins révélatrice. Que le droit doive se réduire en théories générales, voilà en effet qui ne va nullement de soi¹³. Qu'une théorie reflète un droit commun, la confusion est peut-être courante ; elle n'en est pas moins trompeuse¹⁴. Cependant, la doctrine française s'est largement vouée à l'édification de telles théories depuis la fin du XIX^e siècle. Et le pli est pris : combien de thèses qui, aujourd'hui encore, ambitionnent en sous-titre d'esquisser une théorie générale ?

Alors ? Pourquoi parler de théories générales ? La réponse est simple : mettre de l'ordre dans les mots ! Pour enseigner bien sûr, didactisme oblige. Mais pour éviter l'anarchie du vocabulaire surtout ; policer le discours. Hantée par l'arbitraire auquel l'inadaptation du Code était susceptible de donner cours, la doctrine s'est réfugiée derrière les théories générales pour leur apparence de scientificité¹⁵. Plus fondamentalement, le juriste essaie toujours de juguler le désordre du

droit en tentant de lui opposer « une volonté organisatrice »¹⁶.

La recherche de théories générales procède de la même démarche essentialiste que celle expliquant le recours à la nature juridique. Les deux expressions sont liées. Ainsi par exemple lorsque Thaller s'enquiert de la nature juridique de l'acte de commerce, il tâche précisément d'aller au-delà de la litanie des actes égrenés par le Code de 1807. Sa « courte étude sur les actes de commerce » dévoile son penchant pour une certaine conception de la science du droit : « peut-être y a-t-il dans cette dissertation une conception dogmatique du sujet exagérée. Mais il se peut qu'ici, comme ailleurs, le législateur ait, sans s'en rendre nettement compte, obéi à une idée directrice, et qu'il entre dans le rôle de l'homme de lois de la dégager »¹⁷. Après avoir exposé les données du problème, à savoir l'énumération des articles 632 et 633 du Code de commerce et la jurisprudence sur l'accessoire, Thaller déplore un certain désordre : « l'étude de la commercialité s'égrène, part dans tous les sens, manque d'une idée dirigeante. Elle est obligée de sacrifier aux exigences d'un commentaire scolastique, souvent puéril ; ou bien ce sont des litanies à réciter par cœur. On convient indirectement que le droit commercial s'élève sur un terrain mouvant, sans substraction rationnelle, car une énumération d'actes sans lien entre eux n'a jamais été la base d'une science »¹⁸. Il faut de l'ordre dans les mots ! En effet, selon Thaller, « ne pas définir, c'est avouer un état de droit inachevé »¹⁹.

Où l'on voit au passage que même les standards prétendument descriptifs sont portés par des jugements de valeur et partant, revêtent une dimension prescriptive²⁰. Il est vrai qu'ils ne

¹⁰ J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 1053, p. 1139-1140.

¹¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2004, n° 19, p. 17.

¹² P. Valéry, *Mauvaises pensées et autres*, Les Cahiers du Sud et Librairie José Corti, 1941.

¹³ S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat », *RTD civ.* 2009, p. 417 s.

¹⁴ V. en particulier, E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, LGDJ, coll. BDP, t. 264, 1997, où l'auteur démontre parfaitement que la théorie générale du contrat qui prétend décrire le droit positif applicable à toutes les conventions procède d'une démarche essentialiste qui confond la théorie avec l'objet qu'elle se donne, à savoir le droit commun des contrats.

¹⁵ N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, LGDJ, coll. BDP, t. 381, 2002. Adde, Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 120 s. V. aussi E. Savaux, th. préc.

¹⁶ R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n° 21, p. 25. V. d'ailleurs du

même auteur, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 505 s., spéc. n° 19, p. 528 : « une description rationnelle du droit positif » relève de la « mythologie »...

¹⁷ E. Thaller, *Courte étude sur les actes de commerce*, *Annales de droit commercial français, étranger et international*, Paris, LGDJ, 1895, p. 177-203, spéc. n° 1, p. 177.

¹⁸ *Ibid.*, n° 8, p. 180.

¹⁹ *Ibid.*, n° 8, p. 181.

²⁰ Sur ce point, v. la célèbre leçon inaugurale que M. Foucault donna au Collège de France le 2 décembre 1970 et consacrée à l'ordre du discours. V. d'ailleurs le parti pris, nettement revendiqué, de la théorie générale du contrat de MM. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 2013, spéc. n° 5, p. 5 : « Il s'agit de présenter une théorie générale du contrat, qui, sans se confondre avec un simple exposé du droit commun positif des contrats, a vocation à inspirer l'interprétation des éléments de ce dernier, spécialement celle de la jurisprudence et, de *lege feranda*, à favoriser son évolution dans le sens des guides choisis, ce qui est le rôle naturel de la doctrine ».

le montrent pas. D'autres, en revanche, se donnent ostensiblement pour ce qu'ils sont : de véritables mots d'ordre.

B. Les mots d'ordre lancés par la doctrine sont fréquemment portés par des standards. Des étendards plutôt : le mot sonnerait mieux.

Le droit des contrats est sur ce point l'un des plus beaux champs de bataille, l'un des plus minés du moins²¹. Les auteurs y brandissent qui l'utile, qui le juste, qui l'équité, qui l'équilibre ou l'économie générale : autant de notions floues qui visent une certaine normalité. Difficile d'échapper aux standards doctrinaux donc ! Mais comment ne pas insister sur celui qui les coiffe tous ? Le « super standard » des années 2000 : « le solidarisme contractuel » ! Sans doute a-t-il fait trop de bruit²². À tel point qu'il faudrait presque commencer par demander pardon... Pardon d'y revenir²³ ! Depuis qu'il a quitté « les feux de la rampe »²⁴, le solidarisme connaît toutefois l'heure des bilans²⁵. Au reste, la littérature qu'il suscite semble avoir changé de statut : hier, un combat idéologique²⁶ ; désormais, une discussion plus méthodologique²⁷. Ce qui en fait un merveilleux exemple pour l'analyse des standards doctrinaux.

D'aucuns nieront peut-être qu'il faille ranger le solidarisme dans cette catégorie. Les deux éléments constitutifs de celle-ci se retrouvent pourtant nettement. Que le solidarisme soit un mot flou, personne ne le contestera. M. Philippe Stoffel-Munck a d'ailleurs montré qu'il abritait deux variantes : l'une à consonance sociale ; l'autre, à connotation morale²⁸. Et comment ne pas reconnaître que le solidarisme a normalisé le discours ? De l'aveu même de l'un de ses plus grands hérauts, « les années passant, comme Nicolas Molfessis l'a très justement relevé, s'est développé en doctrine, partisans et opposants confondus, une nette tendance à voir l'ombre

du solidarisme partout, notamment dans la plupart des décisions de la Cour de cassation, un tant soit peu importantes, rendues au cours de ces quinze dernières années. Que ce soit le sort des clauses de responsabilité abusives, le rejet de la bonne foi post-contractuelle, l'exclusion d'une obligation d'information sur la valeur du bien vendu à la charge de l'acquéreur, l'influence de la mauvaise foi du créancier contractuel sur ses droits, ses obligations et ses prérogatives, tous les arrêts rendus de la Cour de cassation sur ces questions ont été commentés à l'aune du courant solidariste. Or, à la réflexion, aucune des questions tranchées dans ces diverses décisions par la cour ne nous paraît toucher de près ou même de loin au mouvement solidariste »²⁹. « Partisans et opposants confondus » : il faut y insister. Voici en effet un label qui a largement contribué à donner du droit positif une lecture déformante.

Ce qui montre au moins deux choses. *Primo* : « qu'on le veuille ou non, le choix même du vocabulaire influence la lecture du juriste »³⁰. *Secundo* : le solidarisme visait avant tout à agir, à transformer le droit. C'est d'ailleurs sur ce dernier point que le solidarisme soulève une question essentielle, la seule qui importe : a-t-il été efficace ? A-t-il réussi à changer quoi que ce soit ?

Évidemment, il a considérablement revigoré les débats³¹. Les résultats, pourtant, demeurent fort maigres. Toujours pas d'obligation de motivation d'une rupture contractuelle ; toujours pas d'indemnisation de la clause de non-concurrence à effet post-contractuel stipulée dans un contrat de distribution ; toujours pas d'imprévision ! Et l'article L. 442-6, 2° du Code de commerce introduit par la loi de modernisation de l'économie de 2008 n'est pas devenu la machine à broyer le droit que certains craignaient.

²¹ On pourrait toutefois aussi évoquer la notion de « droit naturel ». Une auberge espagnole de la philosophie juridique, soit ! Il n'empêche : le fait d'arc-bouter le droit sur une telle référence à la nature repose bien sur une certaine idée de la normalité : normalité des choses ou de la raison, pour s'en tenir aux deux plus importantes versions de ce standard. Et l'on sait par ailleurs que le droit naturel, sous couvert de respecter un ordre des choses, peut avoir une fonction subversive.

²² N. Molfessis, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *RDA* n° 3, févr. 2011, p. 51 s., spéc. n° 4.

²³ V. par ex. Y. Lequette, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mél. J. Hauser, LexisNexis-Dalloz*, 2012, p. 877 s., spéc. n° 1.

²⁴ D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des brâises... », in *Mél. J. Hauser, op. cit.*, p. 905 s.

²⁵ Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Études de droit privé : Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 247 s., et dans

le même volume, D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des brâises... », p. 905 s.

²⁶ Porté par deux principaux articles dont les titres suffisent à rappeler cette dimension combative : C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Mél. J. Ghestin, Litec*, 2004, p. 441 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, Litec, PUF, 1999, p. 603 s.

²⁷ V. surtout Y. Lequette, « Retour sur le solidarisme », art. préc.

²⁸ Ph. Stoffel-Munck, note in D. 2002, p. 1979.

²⁹ D. Mazeaud, « La bataille du solidarisme contractuel », art. préc., n° 7, p. 909-910.

³⁰ Y. Chaput, « De quelques mots engendrés par la faillite », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 914.

³¹ N. Molfessis, art. préc., n° 4.

Une question : pourquoi ? Cela tient-il aux carences dogmatiques du discours solidariste³² ? Le reproche semble excessif : le solidarisme n'était pas l'anarchie de la méthode et ne négligeait pas les arguments techniques. Le fait de réduire ce mouvement à une simple politique juridique permet toutefois de suggérer une hypothèse qui serait un désaveu encore plus gênant.

Et si le solidarisme, par sa charge idéologique, avait contribué à freiner les avancées qu'il s'employait à défendre ? Non seulement il n'aurait pas eu d'effet positif, mais, par une espèce d'effet pervers, il aurait desservi sa propre cause. Car le propre de ces standards très connotés n'est-il pas justement de grossir, de travestir et, finalement, de durcir les débats ? Supposez que l'obligation faite au franchiseur de motiver sa décision de ne pas renouveler un contrat de franchise n'ait jamais été associée au solidarisme. Supposez que la question n'ait guère été abordée sous cet angle. La Cour de cassation n'y aurait-elle pas cédé plus volontiers ? Jurisprudence fiction, dirait-on ! D'accord. Si les juges se préoccupent de la réception de leur décision, nul doute pourtant que la consécration d'une solution susceptible d'être récupérée ne leur répugne plus qu'une autre. À bien des égards, le solidarisme fut un épouvantail. Caricaturé, il est devenu une thèse théologique dans sa version morale ; un appel irréflecti à l'interventionnisme du juge dans sa version sociale. Mais n'est-ce pas le risque de ces standards/étendards : la caricature ?

Leur mobilisation démontre à tout le moins que les débats doctrinaux n'obéissent pas qu'à des considérations rationnelles. Ils masquent aussi parfois de véritables luttes de pouvoir.

II. Ce que les standards doctrinaux dissimulent, il ne faudrait pas en effet le négliger. Car sous couvert de clarifier ou de rationaliser le discours, ils masquent en réalité au moins deux choses : un certain choix de questions d'une part (A) ; une simple question de choix d'autre part (B).

A. Un choix de questions : qu'est-ce à dire ? Tout simplement ceci que de nombreux standards doctrinaux ont sinon pour objet, du moins pour effet d'opérer un tri dans les questions susceptibles de relever du discours juridique. Comme s'ils opéraient à la manière de discrets garde-fous... Pour éviter que le droit ne se perde, ne se dissolve dans des considérations jugées « extra juridiques »³³.

Quelques métaphores doctrinales sont ainsi devenues si banales qu'elles participent de la « normalité » de bon nombre de raisonnements juridiques³⁴. Quel juriste français ne recourt aux *sources du droit* afin de justifier son argumentaire ? Qui n'évoque une *pyramide* afin d'agencer un magma de règles ? Ces images sont toutefois de véritables écrans ; elles orientent la manière de formuler les questions qu'elles contribuent donc logiquement à trier, à choisir.

Monsieur Atias l'a magistralement démontré à propos de la notion de *sources*³⁵ : « la théorie des sources du droit tend à évacuer le défi, le débat crucial qui porte sur la légitimité du droit, et accuse ainsi son apparence de "colosse aux pieds d'argile". La possibilité de dresser une liste officielle exhaustive de sources institutionnelles présuppose que toutes les règles se valent et peuvent ainsi prendre sagement place dans ce catalogue, dans une hiérarchie »³⁶. Au demeurant, la notion de sources aboutit également à limiter la recherche des fondements réels de la création ou de l'application d'une règle. Sans doute Gény nous a-t-il légué une grande distinction entre les sources réelles et les sources formelles, les premières renvoyant aux données sociales, économiques, morales ou religieuses qui constituent le terreau des secondes, désignant plus techniquement les divers processus d'édiction du droit. Les sources réelles sont toutefois généralement reléguées à l'arrière-plan. Ce qui revient à escamoter de nombreuses questions essentielles en pratique. Croit-on qu'un juge se borne à glaner des textes et des arrêts pour trancher un litige ? Qu'il n'est pas sensible à une

³² V. Y. Lequette, « Retour sur le solidarisme », art. préc.

³³ En ce sens, ils participeraient directement de ce que Monsieur Libchaber appelle dans un essai récent « la juridicité », celle-ci désignant précisément une frontière entre ce qui relève du discours juridique et le reste (V. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, op. cit., spéc. n° 13, p. 15).

³⁴ Sans doute la métaphore n'est-elle pas, en théorie, un raisonnement juridique mais plutôt une figure de style (V. M.-L. Mathieu Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé,

2001, p. 422). En pratique, il arrive toutefois fréquemment qu'elle en tienne lieu.

³⁵ Sur la notion de sources, v. not. J.-L. Vuillierme, « Les anastomoses du droit », in *Sources du droit*, Sirey, coll. *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, spéc. p. 6 s. V. aussi C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519 s.

³⁶ C. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2009, spéc. n° 224, p. 148.

histoire, à la manière dont celle-ci lui est racontée ? À la rhétorique ? À ses humeurs ? Rien de plus juridique que ses décisions pourtant !

Distinguer les sources réelles des sources formelles, c'est encore accréditer la séparation de l'être et du devoir-être. En pratique, celle-ci est néanmoins des plus poreuses. Ce qui, derechef, ouvre une série de questions passionnantes. Un seul exemple : la littérature. Trop souvent, l'analyse juridique de la littérature est vue comme une forme d'érudition plaisante mais seulement distractive. Il n'est pas jusqu'au pionnier français en la matière, Philippe Malaurie donc, qui ne revendique cette démarche : « non, je n'ai aucune thèse à proposer sur les relations du droit et de la littérature, disait-il dans une conférence en 2006. Uniquement, le libre plaisir de lire, un plaisir plein de fantaisie, comme la littérature et non comme le droit, qui n'en a guère »³⁷. En somme, l'analyse juridique de la littérature n'aurait pas grand intérêt. Les deux mondes gagneraient à rester séparés : le Droit serait le « comme ça » ; la Littérature, le « comme si ». Prescription d'un côté ; fiction de l'autre³⁸. En réalité, il faut sérieusement nuancer : le droit aussi se nourrit de fiction ; et les poètes aussi se donnent des règles. Discours juridiques et discours littéraires ne sont donc pas imperméables l'un à l'autre. Un auteur, américain il est vrai, a même récemment montré le rôle capital que les romans du XVIII^e siècle ont joué dans l'invention des droits de l'Homme³⁹. Quelle théorie des *sources* aurait pu accoucher d'une thèse si stimulante ?

Et la *pyramide des normes* ? Sa valeur explicative s'effrite, certes⁴⁰. Elle n'en reste pas moins une image prégnante qui obnubile l'attention au détriment d'autres formes d'articulation des normes. À normes de rang égal, il faut cependant bien choisir lorsque celles-ci se contredisent. La question devient urgente en matière de droits fondamentaux⁴¹.

Enfin, la notion de standard même : ce standard doctrinal cache bien quelque chose... Car la chose a toujours existé ; le vocabulaire juridique a toujours été truffé de ces notions molles. La certitude vaut au moins pour l'utile et le juste. Pour-

quoi donc un mot nouveau ? Pourquoi étiqueter ainsi la marge d'interprétation laissée au juge pour appliquer telle ou telle règle ? La réponse tient peut-être dans une question : ne serait-ce pas pour l'étiquette justement ? Le standard serait le nom donné à l'innommable ; une manière d'appivoiser un pouvoir souverain d'appréciation dont il ne deviendrait ainsi pas question de rendre compte autrement ; pouvoir souverain d'appréciation dont il serait pourtant fondamental de connaître les tenants. Il est vrai cependant que, tôt ou tard, l'étude des standards bute sur l'indicible.

B. Une question de choix : ce serait en effet l'ultime ressort des standards doctrinaux. À s'en tenir aux quelques exemples choisis ci-dessus, la référence à la nature juridique, l'allégeance aux théories générales, la défense du solidarisme, la révérence aux sources, la contemplation d'une pyramide ou même l'invocation de standards : tout cela ne relève-t-il pas de l'incantation ? L'orthodoxie juridique est d'ailleurs un autre standard qui émaille le discours doctrinal. Question de choix donc ; question de foi. À chaque fois, le standard postule une croyance rebelle à toute rationalisation ; son contenu est plus riche de disponibilités que de contenu.

De ce point de vue, le standard doctrinal représente évidemment un risque : celui de favoriser les arguments d'autorité et de n'être en somme qu'un cache-misère de la pensée. Il suffit néanmoins de s'en aviser pour qu'il devienne une chance : celle de sonder les limites du discours juridique. Comme tous les autres, celui-ci s'inscrit en effet dans un cadre référentiel qui le charpente d'autant plus solidement qu'il est inconscient⁴². Les standards doctrinaux contribuent à former ce cadre. Ils montrent et masquent tout à la fois ce qui ne peut pas ou ce qui ne doit pas en relever ; manifestent toujours un je-ne-sais-quoi que la doctrine ne peut réduire rationnellement, un presque-rien qui explique pourtant souvent presque tout d'un raisonnement juridique. Jankélévitch l'a écrit mieux que quiconque : « ce "résidu" de mystère est la seule chose qui vaille

³⁷ Ph. Malaurie, « Droit et Littérature », conférence donnée le 15 juin 2006 devant l'association des juristes franco-britanniques, www.franco-british-law.org.

³⁸ F. Ost, *Raconter la loi*, éd. Odile Jacob, 2004, spéc. Introduction.

³⁹ L. Hunt, *L'invention des droits de l'Homme, Histoire, psychologie et politique*, Markus Haller, 2013.

⁴⁰ P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749 s.

⁴¹ V. not. Ph. Gérard, *L'esprit des droits – Philosophie des droits de l'homme*, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2007, spéc. p. 201 s.

⁴² Pour un exemple technique, v. l'histoire passionnante de l'action directe par Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, coll. BDP, 1991, t. 215.

la peine, la seule qu'il importerait de connaître, et qui, comme exprès, demeure inconnaissable »⁴³.

Par ce qu'ils révèlent et ce qu'ils dissimulent, les standards doctrinaux « obligent à s'aventurer

dans les zones difficiles où le droit "craque" »⁴⁴, à voyager au bout de la nuit qui tombe nécessairement sur certains fragments du discours doctrinal.

⁴³ V. Jankélévitch, *Le je-ne-sais-quoi et le Presque-Rien*, t. 1, *La manière et l'occasion*, Seuil, Paris, 1980, p. 12.

⁴⁴ Pour reprendre la formule très suggestive de S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », art. préc., spéc. p. 45.

Petit trois du Grand A : standards et procédure pénale

De l'usage du standard en procédure pénale

Pauline Le Monnier de Gouville

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

De prime abord, l'association du standard à la matière pénale recèle une antinomie dirimante. Le principe de légalité des délits et des peines, si cher à Beccaria¹, commande une loi claire, précise, d'interprétation stricte, et ne saurait se contenter de notions « floues », « élastiques », « flexibles », autant de qualificatifs que la doctrine se plaît à cumuler². Le champ pénal n'échappe pourtant pas à la tentation d'élaborer un thésaurus des notions employées, et l'étude de la procédure, plus particulièrement, invite à y céder. La simple consultation d'un Code de procédure pénale permettra de s'assurer que l'usage du standard n'est pas l'apanage du juge civil et autres bons pères de famille. À de multiples reprises, le législateur recourt à des notions fuyantes de façon récurrente, en diverses occurrences, devant conduire à s'interroger sur le fil directeur et le but recherchés.

Mais avant cela, encore faut-il définir la notion de standard, à tout le moins tenter d'en préciser les contours. C'est qu'en effet, d'un avis doctrinal

unanime³, le standard peine à faire l'objet d'une définition précise, certains auteurs se refusant d'ailleurs délibérément à un tel défi⁴. C'est toute l'ambivalence de l'exercice, que d'envisager le standard comme un contenant, tout en cherchant à en déterminer le contenu. Un contenant, en effet, dans la mesure où le standard aura vocation à fixer un cadre de référence, le juge devant l'interpréter, puis le transposer. Un contenu également, chaque standard correspondant à « une mesure moyenne de conduite sociale correcte »⁵. Au demeurant, plusieurs pistes peuvent être explorées, et il semble bien que celle d'une définition fonctionnelle doive l'emporter. Toute tentative de définition organique apparaît d'abord vaine, tant il est vrai que de multiples organes sont en mesure de forger un standard⁶ : sans l'identification d'un unique organe chargé d'un tel pouvoir, il devient impossible d'extraire une quelconque logique. Une définition formelle, ensuite, apparaît compromise : la démarche supposerait de lister *a priori* tous les mots qui relèvent du standard, ce qui est, par défi-

¹ C. Beccaria, *Des délits et des peines* (1764), Flammarion, 2006.

² Pour une énumération, v. not. : É. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, thèse, Strasbourg III, 2006, n° 3 et 62 (publ. Bruxelles, Bruylant, 2010); A. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* 1970, p. 247, sp. p. 260.

³ V. not. A.-A. Al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*, Paris, M. Giard, 1925, *id.*, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 154; É. Bernard, *op. cit.* n° 8; M. Hauriou, « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926, p. 265; J. Maury, « Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. 1, Paris, Sirey, LDGJ, 1938,

p. 421; Ch. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984; S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980; M.-O. Stati, *Le standard juridique*, Paris, Chauny et Quinsac, 1927.

⁴ V. par ex. S. Leturcq, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2005, p. 335.

⁵ R. Pound, *An Introduction to the philosophy of the law*, New Haven, 1925, p. 118. R. Pound est le premier à avoir dégagé la notion de standard.

⁶ Que ce soient le législateur, le juge de différents ordres juridictionnels, les organes européens, etc.

dition, impossible. Tout au plus, certains termes (« bon », « équité », « raisonnable », etc.) pourront servir d'indices à l'identification très probable d'un standard. L'élaboration d'une définition matérielle, encore, a pu animer la réflexion d'éminents auteurs, qui se sont attelés à dégager plusieurs critères de qualification. Le premier, avancé par R. Pound et reconnu de façon unanime⁷, tient au caractère indéterminé du standard. Son contenu imprécis *a priori* supposera que l'interprète qui l'applique confronte la notion aux faits, circonstances, temps, lieux, époques. En cela, la technique est dépourvue d'effectivité directe, le contenu normatif du standard n'étant précisé qu'à l'occasion de son application concrète. Le second réside dans l'interprétation nécessaire du standard en termes de « normalité ». Les travaux de S. Rials à cet égard offrent un éclairage opportun, l'auteur s'attachant à en démontrer la complexité intrinsèque⁸. La référence à la normalité s'envisage, en effet, de nature descriptive ou dogmatique. La normalité descriptive correspond à ce qui est « conforme à la norme, à l'état le plus fréquent, habituel, qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel »⁹. Elle se manifeste par référence au sentiment collectif, au consensus social, et plus simplement à l'idée de moyenne : est normal ce qui est. À l'inverse, la normalité dogmatique recouvre un idéal, ne résulte pas de réalités tangibles mais de valeurs, dogmes de nature à atteindre un modèle recherché : est normal ce qui devrait être. Toute la difficulté étant alors de savoir si le juge devra appliquer le standard sur la base d'une moyenne de comportements observables, ou sur le fondement de son propre idéal¹⁰. Le troisième critère avancé tient à l'exogénéité du standard : en se référant à la « normalité », l'interprète chargé de l'appliquer se délie nécessairement du dispositif juridique pour s'imprégner d'autres considérations, qu'elles soient sociales, culturelles, économiques, psychologiques, etc.¹¹ Là est l'ambivalence, qui consiste à imposer au juge un comportement de droit tout en faisant

appel à un état non juridique. Le dernier critère, enfin, réside dans l'intention de l'auteur du standard d'y associer un espace indéterminé. La preuve de cette intention n'est cependant pas toujours évidente, et l'absence de précision, *a posteriori*, du contenu par l'auteur de la norme permettra alors de la présumer¹².

Si l'ensemble de ces critères forge une définition matérielle du standard, l'ambivalence de chacun rend l'entreprise pour le moins périlleuse. En réalité, c'est davantage à travers ses fonctions et ses finalités que la technique doit s'envisager. Indéterminé *a priori*, le standard offre en effet un outil de nature à anticiper, adapter, plier la norme juridique aux circonstances variables et autres mutations sociales. Son champ est par définition libre, dès lors que l'application qui en est faite suit la ligne de conduite fixée par son auteur. L'instrument est plastique, insaisissable parce qu'évolutif, et en cela nécessaire : de Saleilles à Al Sanhoury, en passant par Gény et Hauriou, tous insistent sur l'importance de s'affranchir de syllogismes rigides et stériles pour mieux prôner l'adaptabilité du droit¹³. L'indétermination, d'apparence problématique, en ce qu'elle ouvre un champ d'évaluation préjudiciable à l'impératif de sécurité juridique, se révèle paradoxalement opportune : c'est bien une soupape de sécurité qui s'offre à l'interprète, à même d'appliquer une règle abstraite et éthérée à une réalité pratique et perceptible.

À ce stade de la réflexion, la question qui se pose est alors de savoir si un tel usage a vocation à prospérer au sein de notre procédure pénale. À première vue, le standard revêt une connotation positive : technique de formulation de la règle de droit¹⁴, l'outil permet de moduler la norme juridique par référence à une ligne de conduite considérée comme « normale » par la majeure partie de la société, ou érigée en idéal-type. La procédure pénale offre pourtant un autre angle d'approche, qu'il est possible d'expliquer par référence aux objectifs qui lui sont assignés. La matière, qui

⁷ R. Pound, *op. cit.* En ce sens, v. not. : S. Rials, *op. cit.*, p. 120 ; M.-O. Stati, *op. cit.*, p. 37 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e éd., 1999, n° 185 ; M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 123 ; P. Oriante, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud et al. (Ed.), Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, v° « Standard juridique ».

⁸ S. Rials, *op. cit.*, p. 187. V. également É. Bernard, *op. cit.*, n° 33. C'est à G. Canguilhem que l'on doit la description de l'ambivalence inhérente à la normalité (G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 10^e éd., 2006).

⁹ Petit Robert, 2014.

¹⁰ En ce sens, v. É. Bernard, *op. cit.*, n° 36. L'auteur emploie le terme de « normalité dogmatique subjective ».

¹¹ En ce sens, v. M. Taruffo, « La justification des décisions fondées sur les standards », in *Les standards dans les différents systèmes juridiques, RJD - Droit prospectif 1988-4*, p. 1123.

¹² V. not. : É. Bernard, *op. cit.*, n° 27 ; G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 2004, p. 853.

¹³ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris, 3^e éd., 1927, p. 4 ; A.-A. Al Sanhoury, « Le standard juridique », *préc.*, p. 145 ; F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1919, p. 129 ; M. Hauriou, *op. cit.*

¹⁴ S. Rials, *op. cit.*, p. 120.

recouvre l'ensemble des règles processuelles organisant la répression d'une infraction, œuvre en effet pour la conciliation d'intérêts antagonistes : la protection des libertés individuelles, l'efficacité de la répression¹⁵. Le cadre n'est pas celui d'un modèle juridique qui donne des droits aux hommes à l'encontre d'autres hommes, comme l'entend largement le droit privé¹⁶, mais celui d'un dispositif qui impose, en outre, des atteintes aux libertés individuelles et ce, au nom des intérêts de la société. Toute mesure de contrainte passe alors nécessairement par l'appréciation de notions négatives, qui justifie la mise en œuvre de certaines procédures. Le « trouble à l'ordre public » ou « la dangerosité » en sont deux illustrations : c'est bien leur constatation qui entraîne l'application d'une mesure juridique de nature procédurale. Le standard ne consiste plus ici en une ligne de conduite normale à laquelle le juge doit se référer lorsqu'il applique la loi, mais davantage en un état de fait importun qui rend alors « normale » et légitime l'application de tel dispositif légal. Le standard devient critère, tandis que les finalités de la procédure pénale invitent en définitive à faire état de standards « négatifs ». Pareille conception n'est, du reste, pas exclusive des différentes pensées relatives au standard juridique. Certains auteurs, en effet, ont pu assimiler l'outil à un « criterium »¹⁷ ou à une « directive »¹⁸, le standard servant alors de témoin à la démarche du juge. S. Rials, quant à lui, souligne la référence explicite ou implicite de la normalité exprimée à travers chaque standard. Il relève notamment ce qu'il appelle des « standards substituables », distinguant ceux qui y font ouvertement référence¹⁹ et ceux qui emploient un substitut du terme « normalement », tel l'« exceptionnel » et le « particulier », qui renvoie à une anormalité²⁰. Ce revers de la normalité ouvre un champ d'appréciation qui trouve écho en procédure pénale à travers des notions négatives qui sont, intrinsèquement, des atteintes à la normalité. C'est précisément le rôle de la procédure pénale que de les réguler.

Au regard de ce qui précède, la définition fonctionnelle du standard offre alors sans nul doute l'angle d'approche le plus percutant du point de

vue de la procédure pénale. En tant qu'instrument juridique, comment mieux le définir, en effet, qu'en expliquant la façon dont il est employé ? Si l'étude ne peut prétendre à l'exhaustivité, l'analyse de certains standards permet de s'assurer d'un usage bien déterminé. Au demeurant, l'antagonisme inhérent à la matière pénale invite à déceler une double dynamique du législateur comme du juge, le standard juridique se révélant tantôt un instrument de prévention (I), tantôt un instrument de régulation (II).

I. Un outil de prévention

Sous un premier angle, l'emploi du standard sert une logique préventive. En conformité avec les objectifs assignés à la procédure pénale, l'outil cristallise l'antagonisme inhérent à la matière à travers la protection d'intérêts divergents. La technique a ainsi vocation à préserver tout aussi bien les intérêts des parties privées (A) que ceux de la société (B).

A. La protection d'intérêts privés

Certains standards juridiques ne poursuivent d'autre finalité que de prémunir les parties privées contre toute atteinte à leurs droits et à leurs libertés. Dans le cadre précis de la procédure pénale, cette finalité trouve inévitablement un point d'ancrage à travers les standards européens issus du procès équitable, qui fonctionnent comme autant d'armes de nature à garantir à chaque justiciable un processus respectueux de ses intérêts. La technique s'apprécie ici en termes de normalité positive et dogmatique : le procès équitable vise à recouvrir un certain nombre de valeurs auxquelles l'interprète se référera, sinon à proposer un idéal-type de procès que chaque modèle de justice tentera de mettre en œuvre. « Notion-ambition »²¹ par excellence, la consécration textuelle du standard de procès équitable est à la mesure de cette prétention. La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 le proclame en son article 10, tandis que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en date du 16 décembre 1966, s'inspire directement de ce texte pour l'énoncer

¹⁵ V. F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, H. Plon, 2^e éd., 1866, p. 4.

¹⁶ En ce sens, v. A. Tunc, *op. cit.*, p. 251.

¹⁷ A.-A. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, préc., p. 23, cité par E. Bernard, in *op. cit.*, n° 3 ; Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, 1968, p. 245.

¹⁸ A. A. Al Sanhoury, « Le standard juridique », préc., p. 145.

¹⁹ Comme « l'usage normal d'un ouvrage public ».

²⁰ S. Rials, *op. cit.*, p. 65-66.

²¹ L'expression est de J. Robert, in « La bonne administration de la justice », *AJDA* juill. 1995, p. 117.

en son article 14. Le Code de procédure pénale français lui-même prévoit, depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, que la « procédure pénale doit être équitable »²². L'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, enfin, demeure assurément le texte de référence, adoptant une présentation duale : ce n'est en effet que si les contestations en jeu portent, en matière pénale, sur le bien-fondé d'une accusation qu'alors, dans un second temps, les garanties afférentes trouvent à s'appliquer. Le standard européen de l'équité s'envisage précisément comme un « standard de justice », régissant la procédure et l'organisation judiciaires, mais aussi les conditions de leur application en pratique, les garanties de leur réalisation et leur efficacité dans le droit national. Le cadre ainsi offert comprend différentes normes, au nombre desquelles figurent l'indépendance et l'impartialité, la publicité des débats, la motivation des décisions de justice, le caractère raisonnable du délai de procédure, l'accès aux autorités judiciaires nationales et la participation à la procédure, l'égalité des armes et le droit de bénéficier d'une procédure contradictoire. L'ensemble de ces garanties caractérise l'équité de la justice et insuffle au déroulement du procès une dynamique de nature à protéger les intérêts de parties en les préservant de toute dérive processuelle. Le standard ainsi défini fonctionne en somme comme un référent, chaque État-membre du Conseil de l'Europe demeurant libre de choisir les voies et les moyens d'action pour la protection des personnes qui ressortent de sa juridiction. La dynamique est d'autant plus active que la Convention européenne trouve directement à s'appliquer en droit interne, soumise au regard du juge national qui s'assure de son respect par le biais du contrôle de conventionnalité²³. Référent donc, mais surtout, corrélativement, outil de prévention : il s'agit là de prévoir des garanties pour mieux prévenir toute atteinte aux droits et libertés des justiciables dans le déroulement du procès. La perspective d'une sanction par la Cour européenne des droits de l'homme ou par la Cour de cassation française achève alors d'ériger le standard de l'équité en épée de Damoclès, dans le plus grand respect des intérêts des parties.

Partant, le standard de procès équitable offre une matrice d'idéal processuel de nature à guider l'interprète, juge ou législateur. La quête n'est cependant pas sans revers ; plusieurs remarques permettent de s'en assurer. La première tient au caractère particulièrement vague et malléable du standard employé. Paradoxalement, en effet, si l'article 6 de la Convention offre des termes relativement précis, la notion d'« équité » laisse perplexe ; « incertaine et équivoque » pour les uns²⁴, « nuage très obscur » pour d'autres²⁵. La singularité du standard de procès équitable tient au fait qu'il s'appréhende lui-même par le recours à d'autres standards. Le paragraphe 1 de l'article 6, qui offre une présentation de ce procès de façon générale, renvoie ainsi en son propre sein à des standards juridiques relatifs à une cause entendue « équitablement », au « délai raisonnable », à « l'intérêt de la moralité », à l'« ordre public », à la « société démocratique ». À cela s'ajoute le paragraphe 3, qui énumère les droits offerts à la défense, au nombre desquels figurent, entre autres, le droit pour l'accusé d'être informé dans une langue qu'il comprend, de se défendre lui-même ou d'être assisté d'un défenseur de son choix, de bénéficier gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle la langue employée à l'audience. L'originalité de cette énumération tient à son caractère non limitatif – en témoigne l'adverbe « notamment ». Bien plus, le standard de procès équitable offre la possibilité de découvrir de nouveaux droits, selon les aspirations, les idéaux, la conception que se feront ses interprètes d'un procès juste. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même en use de façon extensive. Ainsi, par exemple, du droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination, qui fut consacré en matière pénale par les juges européens, y voyant là l'une des manifestations du procès équitable²⁶. Ainsi encore de décisions par lesquelles la Cour rappelle, alors même que trouvent à s'appliquer les règles précises prévues par les paragraphes 2 et 3 (relatifs aux droits à la présomption d'innocence et de la défense), que ces éléments concrets ne sont que des « exemples » du procès équitable²⁷. Sans doute faut-il y voir par là une volonté de la part des rédacteurs de la Convention – en conformité avec le critère

²² C. proc. pén., art. préliminaire.

²³ Art. 55 de la Constitution française.

²⁴ F. Gény, *op. cit.*, p. 109.

²⁵ Ph. Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. IV, Paris, 1808, « Équité », p. 732.

²⁶ CEDH 25 févr. 1993, n° 10588/83, *Funkel c/ France*, § 44.

d'une délégation intentionnelle de pouvoir caractéristique de la technique du standard – de faire de ce procès équitable une notion vaste et indéterminée, offrant « à la Cour une base solide sur quoi bâtir toutes les exigences auxquelles doit répondre, dans un État de droit, une procédure [...] pénale »²⁸. Indépendamment des éléments précis de définition du procès équitable, les juges peuvent dès lors l'enrichir au fur et à mesure, selon la conception qu'ils se feront de la normalité dogmatique. Ce standard processuel s'envisage ainsi comme un outil à géométrie variable : c'est moins sa définition que le potentiel de son contenu qui en fait un instrument particulièrement flexible. La seconde remarque, qui est aussi la conséquence de la précédente, tient alors aux dérives liées à son utilisation. Si en effet, le standard de procès équitable représente une base dont peuvent s'inspirer les juges européens et nationaux en l'exploitant selon leurs propres interprétations, la porte s'ouvre alors aux appréciations de fait, aux tempéraments et portées divergentes. C'est là tout le paradoxe d'un standard dont la prétention vise une justice quasi-universelle mais dont l'application revêt des formes potentiellement diverses. Deux exemples appuieront, ici, le propos. Celui de l'exigence de « délai raisonnable », d'abord, l'un des standards juridiques qui s'envisage, pour rappel, comme l'une des déclinaisons du procès équitable²⁹ et dont on sait que la définition suscite indéfiniment discussion³⁰. N'y a-t-il pas plus subjectif que le terme même de « raisonnable » ? Raisonnable pour qui, et par rapport à quoi ? La « raison » ne commande-t-elle pas de s'en remettre à d'autres standards juridiques, tel un « ordre public » établi, ou encore aux exigences d'une « société démocratique » ? La notion renferme l'ambivalence de la normalité, dogmatique ou descriptive, préalablement décrite. Si l'exigence d'un caractère « raisonnable » vise à éviter de trop longues procédures, elle trouve en réalité rapidement ses

limites dans l'application qu'en fera le juge national, de façon casuistique. L'observation se vérifie particulièrement dans le cadre du contentieux de la détention provisoire, au sein duquel le législateur impose, dans le sillage du droit européen, de prononcer cette privation de liberté pour une « durée raisonnable »³¹. Cette référence, d'ordre général, se combine avec des délais dits « butoir », variables selon le profil du prévenu sujet à la mesure³² (il est, au passage, assez singulier de souligner la possibilité de prononcer pour une durée de quatre années une mesure de détention dénommée « provisoire »). Malgré ce cadre légal, directement influencé par le standard de procès équitable, la Cour de cassation affirme que l'estimation du caractère raisonnable du temps de détention demeure une question de fait, qui échappe en conséquence à son contrôle³³. Pareille solution se heurte insidieusement à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, laquelle veille, au contraire, au strict respect de cette exigence. Certaines détentions pourtant validées en droit interne seront ainsi sanctionnées par les juges européens³⁴. La portée de l'exigence de délai raisonnable est, en outre, d'autant plus aléatoire que la chambre criminelle refuse, encore récemment, d'en sanctionner la violation par l'ouverture d'un droit à annulation de la procédure, la victime devant se contenter du droit d'obtenir une indemnisation³⁵. L'application est ici contestable, dès lors que les violations des garanties offertes par la Convention européenne paraissent pouvoir, en principe, constituer une source de nullité *per se*³⁶. Précisément, l'article 171 du Code de procédure pénale dispose qu'« il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». L'origine conventionnelle de l'exigence de délai raisonnable lui confère sans nul doute un caractère substantiel qui pourrait justi-

²⁷ V., par ex., CEDH 6 mai 1985, n° 8658/79, *Bönisch c/ Autriche*, § 28 et 29.

²⁸ F. Matscher, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit à un procès équitable, Commission européenne pour la démocratie par le droit*, Éd. du Conseil de l'Europe, 2000, p. 10, sp. p. 23.

²⁹ CEDH 28 juin 1978, n° 6232/73, *König c/ RFA*. Selon la Cour, le caractère raisonnable de la procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et selon trois critères que sont la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, l'attitude des autorités nationales.

³⁰ V. not. : « Le délai raisonnable », *RTDH* 1991, numéro sp. ; F. de la Vaissière, « Dernières nouvelles du délai raisonnable d'une Cour suprême à l'autre... », *Gaz. Pal.* 13 et 15 oct. 2002, II, doctr. p. 1470 ; A. Valéry, « Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurispru-

dence de la CEDH ? », in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Actes du Colloque de Bordeaux sur le 50^e anniversaire de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, septembre 2000, Bruylant, 2001, p. 91.

³¹ C. proc. pén., art. 144-1.

³² C. proc. pén., art. 145-1 et 145-2.

³³ En ce sens, v. not. : *Crim.*, 14 mars 2006, *Bull. crim.*, n° 68 ; 17 déc. 2002, n° 02-86533, inédit ; 3 juin 2003, *Bull. crim.*, n° 111.

³⁴ Pour un ex. récent, v. CEDH 3 oct. 2013, n° 12430/11, *Vosgien c/ France*.

³⁵ *Crim.*, 24 avr. 2013, *Bull. crim.*, n° 100 ; 26 sept. 2001, *Bull. crim.*, n° 190 ; 3 févr. 1993, *Bull. crim.*, n° 57.

³⁶ En ce sens, v. not. F. Fourment, *Procédure pénale*, Larcier, coll. « Paradigme », 14^e éd., 2013, n° 84.

fier que sa violation constitue une cause de nullité. Toujours est-il que la chambre criminelle en décide autrement. C'est dire comme l'utilisation d'un tel standard dépend étroitement de la conception de la portée à lui donner que chaque autorité forgera selon ses propres convictions, son environnement, sa culture. Le second exemple vise à présent les exigences d'indépendance et d'impartialité, qui se comprennent l'une et l'autre, là encore, comme des manifestations du standard de procès équitable. Si le dispositif français a pendant longtemps évincé toute empreinte d'équité dans le cadre des expertises judiciaires, l'évolution récente témoigne d'un changement de perspective. La loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 donne en effet un premier coup d'élan en permettant aux parties, informées par le juge d'instruction d'une expertise à venir, de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert, voire d'adjoindre à l'expert déjà désigné un expert de leur choix figurant sur une liste prédéfinie³⁷. Une telle disposition, en plus de renforcer le caractère contradictoire de l'expertise³⁸, permet de prévenir les soupçons de connivence et de partialité. Première empreinte du procès équitable sous l'angle de l'impartialité et de l'indépendance requises en filigrane, la seconde interviendra quelques années plus tard, à la suite d'un arrêt par lequel, pour la première fois, la Cour de cassation affirme nettement – et en opposition avec sa jurisprudence antérieure³⁹ – que les exigences du procès équitable en termes d'indépendance et d'impartialité s'appliquent désormais aux experts judiciaires⁴⁰. La technique est remarquable. Le standard de procès équitable est ainsi suffisamment vaste et in(dé)fini pour que les juges l'exploitent à diverses fins et en de nouvelles occurrences. Si l'extension ainsi réalisée n'appelle pas en soi de contestation particulière, la question se pose néanmoins des limites existant ou non à l'emploi de ce standard. À trop en étendre la portée, le risque est celui d'en faire un usage galvaudé, d'en perdre très simplement le fil de son contenu. Plus qu'un standard, c'est bien l'architecture processuelle qui est ici en jeu. Un contenu potentiel,

oui, une portée progressiste, oui encore, un usage excessif, et c'est la surenchère.

Quoi qu'il en soit, la protection des intérêts des parties, qui passe par la prévention de toute atteinte à leurs droits et libertés dans l'exercice de leur action, s'impose comme le principal objectif poursuivi à travers l'emploi de ce premier standard, majeur, de procès équitable. D'autres standards témoignent d'une logique inversée, commandée par des intérêts collectifs et publics.

B. La protection d'intérêts publics

La démonstration qui suit rejoint la précédente, en ce qu'elle consiste à déceler une dynamique similaire dans l'emploi de standards juridiques, au service d'une prévention accrue. Le champ diverge cependant, dès lors que les outils étudiés participent de la protection, cette fois, des intérêts de la société. Le premier standard qui s'impose à l'esprit est celui de l'« ordre public », dont la mention, erratique, au sein du Code de procédure pénale fait expressément référence à cette finalité préventive – même si l'on verra plus tard que le standard en question s'emploie également à des fins de régulation. Délibérément indéterminé et empreint d'exogénéité, le trouble ou l'atteinte à cet ordre public fonctionne comme un référent négatif à la normalité qui justifiera que, par souci de prévention, la procédure s'adapte en conséquence. L'on songe ici principalement aux opérations de police administrative, dont la mission même réside dans la prévention⁴¹. Les contrôles d'identité de police judiciaire, également, offrent un parfait exemple : la loi permet en effet de contrôler « l'identité de toute personne, quel que soit son comportement [...] pour *prévenir* une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens »⁴². C'est bien l'enjeu de prévention au service d'un intérêt public qui autorise de telles mesures, le législateur n'hésitant d'ailleurs pas à confier le cas échéant aux forces de police un certain pouvoir de contrainte⁴³. D'autres prévisions, encore, peuvent être sollicitées, que l'on songe à la perquisition au domicile d'une personne gardée à vue dont le transport doit être

³⁷ C. proc. pén., art. 161-1.

³⁸ Lequel résulte de l'article 167, qui permet aux parties de formuler des observations sur le rapport d'expertise.

³⁹ Crim., 18 août 1987, n° 87-83084, inédit. Par suite, la Cour avait pris l'habitude de tempérer l'exigence d'impartialité dans le cadre des expertises judiciaires par le fait que les parties ont la possibilité de discuter contradictoirement le rapport d'expertise (cf. Crim., 9 juill. 2003, *Bull. crim.*, n° 137 ; 6 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 172).

⁴⁰ Crim., 25 sept. 2012, *Bull. crim.*, n° 197.

⁴¹ Sur la notion de police administrative et sa distinction avec la police judiciaire, v. not. B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 23^e éd., 2013, n° 360.

⁴² C. proc. pén., art. 78-2, al. 7.

⁴³ C. proc. pén., art. 78-3, al. 1 : l'intéressé qui ne peut ou refuse de justifier son identité peut être retenu le temps de procéder aux vérifications nécessaires.

évitée « en raison de risques graves [...] de troubles à l'ordre public » et qui justifient une opération réalisée sans sa présence⁴⁴, au renfort de l'escorte pénitentiaire lors d'un déplacement d'une personne « présentant un risque d'atteinte très grave à l'ordre public »⁴⁵, ou encore au refus d'une libération conditionnelle d'un individu susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public⁴⁶. La publicité des débats, également, peut être écartée dès lors qu'elle apparaît dangereuse pour cet ordre, mais également pour les « mœurs »⁴⁷, référence suffisamment rare pour être soulignée⁴⁸. Au-delà de l'objectif préventif qui permet de caractériser la finalité du standard, on notera que la notion n'est guère pour autant définie, ni par la loi, ni par les juges. L'ambivalence de la normalité surgit de nouveau ici, toute la question étant de savoir sur quelle base le juge devra-t-il se fonder, à titre préventif : la réalité de comportements observables, un idéal-type, ou son propre idéal de l'ordre ? Il y a, formellement, une certaine contradiction à apprécier concrètement ce standard alors même que cet ordre n'a pas été atteint. Dans la pratique, la prévention à outrance conduira alors intellectuellement à imaginer quelles seraient les conséquences d'une absence de mesure préventive plus qu'à se fonder sur une normalité concrète. C'est donc une *possible* anormalité qui rend la mesure légitime, et à vrai dire, derrière cela, davantage une question de politique criminelle. La confusion est d'autant plus permise que la loi brouille la terminologie, mentionnant ici et là le trouble, l'atteinte, le risque, grave, très grave. Parfois même, une fois au demeurant, elle s'en remet à la « sûreté publique » afin de permettre le renvoi d'une affaire devant une autre juridiction de jugement⁴⁹, le risque d'une atteinte justifiant là encore la mesure, sans que l'on ne sache véritablement quelle nuance en déduire. La confusion gagne les esprits, et si l'indétermination de la notion participe assurément d'une volonté de prévenir au maximum les atteintes à l'ordre établi, l'on ne peut que rester dubitatif face à l'ab-

sence de critère tangible de définition de cet ordre.

Mais, peut-être plus encore que tout autre standard intrinsèquement préventif, la référence à la « dangerosité » requiert à présent une particulière attention. Apparue dès la fin du XIX^e siècle au sein de la sphère pénale, la notion génère des mesures spéciales adaptées aux individus jugés dangereux ou à risque⁵⁰ et peut se définir, du moins se rattacher à « la forte probabilité que présente un individu de commettre une nouvelle infraction empreinte d'une certaine gravité »⁵¹. Indéterminé, là encore exogène et faisant négativement référence à la normalité, le standard s'impose délibérément aux premières loges de différentes réformes comme une pierre angulaire de l'architecture processuelle pénale. Une série de lois sont ainsi adoptées, à échéances rapprochées, toutes tournées vers un même objectif : appréhender la dangerosité, pour mieux lutter contre la récidive. Les mesures de sûreté en sont sans nul doute l'exemple le plus saillant, marquant véritablement rupture avec la pensée pénale classique. L'équation n'est en effet plus celle de la faute morale et du châtement inévitable, mais bien celle de l'identification du risque et de son traitement, dans la lignée des enseignements de l'École positiviste, mais aussi de la Défense sociale nouvelle⁵². L'objectif exclusif des mesures de sûreté est assurément préventif : il s'agit de défendre la société contre un individu potentiellement dangereux. Que l'on évoque la loi n° 98-468 du 17 juin 1998, qui institue le suivi socio-judiciaire⁵³, ou celle n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, qui met en place la surveillance électronique mobile⁵⁴ ainsi que la surveillance judiciaire pour les personnes dangereuses⁵⁵ « à titre de mesure de sûreté » ; que l'on cite, également, la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive et qui généralise le recours à l'injonction de soin, les mesures sont ici fonction de la dangerosité de l'individu, à laquelle la loi fait expressément référence. Le régime de détention lui-même tient compte de cette dangerosité, nécessitant le cas échéant la

⁴⁴ C. proc. pén., art. 706-94.

⁴⁵ C. proc. pén., art. D. 57.

⁴⁶ C. proc. pén., art. 729.

⁴⁷ C. proc. pén., art. 306 et 400.

⁴⁸ L'étude de la référence aux « bonnes mœurs » ne présente guère d'intérêt, le Code de procédure pénale n'y faisant mention qu'au sein de sa partie réglementaire dans le cadre de procédures d'habilitation et d'agrément.

⁴⁹ C. proc. pén., art. 665.

⁵⁰ Pour une analyse de cette évolution, v. not. : J. Pratt, « Dangerosité, risque et technologie du pouvoir », *Criminologie* 2001, 34, 1, p. 101 ;

J. Danet, « La dangerosité, une notion criminologique séculaire et mutante », *Champ pénal* 2008, vol. 5, www.champpenal.revues.org.

⁵¹ Rapport annexé définissant les objectifs de la politique d'exécution des peines, *Projet de loi de programmation relatif à l'exécution des peines*, 12 janv. 2012, n° 106.

⁵² V. not. J.-H. Robert, « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Dr. pén.* 2008, repère 2 ; J. Danet, *op. cit.*

⁵³ C. proc. pén., art. 763-1 à 763-9.

⁵⁴ C. pén., art. 132-24, al. 2, C. proc. pén., art. 763-10.

⁵⁵ C. proc. pén., art. 723-29 s., sp. art. 723-31.

prise de mesures d'isolement⁵⁶. La libération conditionnelle, aussi bien, suppose une appréciation préalable de cet état potentiellement dangereux⁵⁷. Mesures phare de ces dernières années, la surveillance et la rétention de sûreté⁵⁸, instituées par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, marquent sans conteste le point culminant de cette évolution et le glissement d'une « justice de responsabilité à une justice de sûreté »⁵⁹. Autant de réformes engagées, qui n'effacent pourtant pas le malaise suscité. Il s'agit bien, par le biais des mesures de sûreté, de prononcer un suivi ou un enfermement sans aucun terme prévisible, à l'égard d'un individu qui présente un risque de récidive, à l'encontre duquel, à tout le moins, une hésitation demeure. Le risque mène la cadence, l'aléa contente le législateur comme le juge, et la seule perspective d'un avenir, par définition incertain, suffit à fonder ces mesures. La rétention de sûreté, par exemple, se justifie exclusivement par la dangerosité supposée d'un individu, soumise à une évaluation concrète. Or, le caractère aléatoire de ce standard dérange, et de nombreuses études s'attèlent à en dénoncer les revers. La Commission nationale consultative des droits de l'homme s'évertue ainsi à rappeler que « le système judiciaire français se base sur un fait prouvé et non pas sur la prédiction aléatoire d'un comportement futur, et [s'inquiète] de la mise en place des mesures restrictives de liberté sur une base aussi incertaine »⁶⁰. En pratique, les associations professionnelles de psychiatres refusent de s'adonner à l'évaluation de cette dangerosité, « concept incertain s'appuyant sur des bases plus politiques que scientifiques »⁶¹. Certains praticiens n'hésitent pas à la stigmatiser, l'assimilant à une « notion pratique dont les "pénologues" se sont emparés pour protéger le social »⁶². Les expertises psychiatriques de dangerosité⁶³ sont

particulièrement pointées du doigt : « non seulement [elles] ne sont pas fiables, mais elles ne peuvent le devenir. Elles créent donc l'illusion, sans cesse déçue, d'une appréciation qui serait scientifique de la dangerosité »⁶⁴. Les critiques affluent, les juristes s'en emparent⁶⁵. Or, malgré toutes ces objections, les pouvoirs publics persistent, bercés par l'illusion que de nouveaux outils d'évaluation de la dangerosité sont nécessairement à venir. Dans cette perspective, différents instruments s'agrègent au dispositif scientifique. La loi n° 2012-409 du 27 mars 2012, notamment, crée le diagnostic à visée criminologique (DAVC), l'objectif poursuivi étant d'intégrer les données ainsi recueillies dans l'application « Cassiopée », consultée par les parquets et les services d'application des peines. Celle n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, précitée, instaure des commissions pluridisciplinaires des mesures de sûreté afin d'évaluer la dangerosité criminologique à tous les stades de la procédure pénale⁶⁶. De façon générale, deux méthodes de prédiction de la dangerosité sont employées : une méthode clinique et une méthode statistique ou actuarielle. La première, privilégiée par les professionnels français, s'appuie sur des entretiens, anamnèses et tests psychologiques. La seconde use d'« échelles », de « tables de prédiction » de délinquance ou de récidive. Or, en tout état de cause, la pratique démontre que les prédictions demeurent aléatoires – si tant est que cela ne relève pas du pléonasme ; d'aucuns décriront là un art presque « divinatoire »⁶⁷. Les erreurs, d'abord, sont fréquentes, qu'elles consistent en des « faux négatifs » (l'individu est diagnostiqué non dangereux, puis en fin de compte récidive) ou des « faux positifs » (l'individu est perçu comme dangereux, puis respecte finalement la loi)⁶⁸. Même lorsqu'il s'agit d'évaluer des délinquants présentant des

⁵⁶ C. proc. pén., art. 717-1 et R. 57-73.

⁵⁷ C. proc. pén., art. 730-2.

⁵⁸ C. proc. pén., art. 706-53-13 s., 706-53-19.

⁵⁹ R. Badinter, *Le Monde*, 25 févr. 2008. V. not. H. Matsopoulou, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 », *Dr. pén.* 2008, n° 4, ét. 5.

⁶⁰ Note de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Paris, 10 janv. 2007.

⁶¹ J.-L. Senon, « La psychiatrie à l'épreuve de l'insécurité sociale : la dangerosité ou plutôt la prédiction du risque de violence en toile de fond du débat psychiatrie-justice », *L'Information psychiatrique*, vol. 88, 2012, p. 407.

⁶² G. Pariente, « Dangerosité », *Journal français de psychiatrie*, 2004/3, n° 23, p. 18.

⁶³ C. proc. pén., art. 712-21. Cet article impose l'expertise psychiatrique de dangerosité avant toute mesure de sûreté décidée par les juridictions d'application des peines (réduction ou suspension de peine, placement à l'extérieur ou sous surveillance électronique, libération conditionnelle...).

⁶⁴ A. Coche, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *Rev. sc. crim.* 2011, p. 21. V. également P. Poncela, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, p. 93.

⁶⁵ En ce sens, v. not. : M. Herzog-Evans, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pén.* 2012, p. 75 ; C. Saas, « Avis d'orage sur l'interne à durée illimitée des délinquants », *ibid.* 2011, p. 462 ; F. Fiechter-Boulevard, « Des liens entre la criminologie et le droit pénal : propos autour de la notion de « dangerosité » », *Arch. po. crim.* 2009, n° 31, p. 265.

⁶⁶ C. proc. pén., art. R. 61-8 s.

⁶⁷ P. Morvan, *Criminologie*, Lexisnexis, 2013, n° 277.

⁶⁸ La distinction résulte d'études sur des individus ayant été libérés par des tribunaux contre l'avis des experts cliniciens. V. P. Landreville, M. Petrunik, « Le délinquant dangereux dans les législations nord-américaines », in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, C. Debuyst (dir.), Genève, Médecine et Hygiène, Masson, 1981, p. 213.

antécédents de violence et des risques élevés de récidive (multirécidivistes, délinquants sexuels, malades mentaux criminels), le pourcentage de prédictions valables n'est que de 30 %⁶⁹. La dangerosité, ensuite, varie nécessairement selon les situations auxquelles un individu se trouve confronté : il n'est pas dit qu'un délinquant dangereux en prison ne puisse pas se montrer respectueux hors les murs. User valablement du standard de la dangerosité supposerait ainsi de la prédire en toutes situations, ce qui est, par définition, impossible. À cela, il faut bien ajouter que, dans un contexte sécuritaire ambiant, le professionnel prendra beaucoup moins de risques à déclarer l'individu dangereux, que l'inverse. Assurément, si le sujet demeure enfermé, celui-ci ne pourra en principe récidiver ; il est en revanche beaucoup plus délicat de démontrer qu'une fois libre, l'individu n'aurait pas enfreint la loi. La peur de s'attirer les foudres de la vindicte populaire et politique, voire du sujet lui-même, achèvera, dans une logique préventive accrue, de conduire l'expert vers une appréciation excessive de la dangerosité, celle-là même qui influencera le raisonnement des juges⁷⁰. Les méthodes employées dans l'appréciation de ce standard montrent ainsi rapidement leurs limites et c'est en définitive une double difficulté qui se rencontre ici : non seulement l'objet même de l'évaluation, la dangerosité, demeure aléatoire, mais en outre les instruments techniques de sa mesure ne sont pas toujours les plus performants. La dangerosité, intrinsèquement aléatoire, extrinsèquement mal évaluée, devient le fondement de lois et mesures audacieuses, commande l'appréciation du juge dans la fixation de la sanction. Le paradoxe est là : alors que l'assise scientifique de l'évaluation de la dangerosité laisse à désirer, ce standard s'impose avec ferveur au cœur de nouvelles mesures légales. Il est bien quelques tentatives qui consistent à explorer de nouvelles pistes. À titre d'exemple, l'on a pu proposer de remédier à la difficulté des expertises actuelles en élaborant une théorie générale de la preuve de la dangerosité, qui supposerait de renoncer à ces expertises pour préférer l'outil probatoire, en quête de « vérité criminologique »⁷¹. La proposition, intéressante, se heurte toutefois à des obs-

tales similaires à ceux rencontrés par les experts : celui à qui incombera la charge de la preuve sera confronté à la même difficulté, qui demeure de savoir ce qu'est la « dangerosité ». À ce stade de la réflexion, il faut bien reconnaître que ce standard de nature à engranger des dispositions attentatoires aux libertés souffre d'une absence cruelle de définition. Le standard, indéfinissable en soi, n'existe ainsi qu'à travers sa finalité : la prévention.

L'ensemble de ces notions ouvrent en définitive des espaces volontairement indéterminés, supposent l'appui de considérations exogènes sociales, sécuritaires, culturelles, et l'appréciation d'une normalité complexe, qu'elle soit positive ou négative. Le thésaurus ainsi réalisé permet dès lors de distinguer l'emploi de « standards préventifs », inhérents à la finalité même de la procédure pénale. Dans une perspective toute autre, la technique juridique étudiée offre un outil de nature à réguler la norme pénale.

II. Un outil de régulation

C'est à présent le côté face qu'il faut envisager. Le standard ne sert plus des finalités préventives, mais bien la régulation de la norme juridique : qu'il s'agisse, pour le législateur, de l'incorporer afin de mettre la législation en conformité avec l'idéal véhiculé (A), ou que le juge lui-même l'exploite afin d'avaliser certaines procédures (B).

A. Par le législateur

La technique du standard se révèle sous un autre angle, moins comme un instrument de prévention qu'un outil direct de sanction. Le législateur se trouve parfois contraint d'incorporer les normes d'un standard qui s'impose à lui. En réalité, le standard n'acquiert en ce cas de force juridique qu'en vertu du principe de la hiérarchie des normes et des différents engagements pris par les autorités internes. Ce n'est donc plus un objectif de prévention, mais bien le respect de ce principe qui fonde l'application du standard, laquelle passe nécessairement par un organe de sanction. Référent notable, on l'a dit, c'est encore le procès équitable qui sert ici la démonstration. En certaines hypothèses, en effet,

⁶⁹ G. Parent, J.-P. Guay, R.-A. Knight, « Evaluation de la validité prédictive de neuf instruments chez les agresseurs sexuels adultes », *Criminologie* 2009, vol. 2, p. 223 s.

⁷⁰ En ce sens, v. M. Petrunik, « Modèles de dangerosité : les contrevenants sexuels et la loi », *Criminologie* 1994, p. 96 ; A. Coche, *op.cit.*

⁷¹ En ce sens, v. A. Coche, *op.cit.* ; « Prévenir la récidive, évaluer la dangerosité », dossier, *AJ pén.* 2012, p. 63 s.

celui-ci n'anime plus simplement la jurisprudence ou le législateur d'un esprit volontaire et soucieux de prévenir les atteintes aux droits et libertés des justiciables. Bien plus, il contraint les esprits réfractaires à se plier à sa normativité. Les exemples de procédure pénale affluent en la matière, et l'actualité de ces dernières années en offre une panacée remarquable. Le plus spectaculaire demeure sans aucun doute celui de la réforme de la garde à vue française. Le dispositif en cause, souvent présenté comme archaïque au regard des autres systèmes de droit étranger, a fait l'objet d'un débat particulièrement houleux entre 2010 et 2011, alors même que s'engageait, à l'époque, le projet de réforme du Code de procédure pénale⁷². Deux questions ont pu soulever – et il n'est pas dit que l'ensemble soit aujourd'hui résolu⁷³ – difficulté. La première a trait au statut du Ministère public, dépourvu de garanties suffisantes d'indépendance aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, depuis la fameuse affaire *Medvedyev et a. c/ France*⁷⁴. La seconde, qui sert la présente réflexion, porte sur les droits offerts au gardé à vue, et notamment le droit à l'assistance d'un avocat. On se souvient en effet de l'engrenage jurisprudentiel provoqué par la sentence de différentes juridictions délivrées à échéances rapprochées. La difficulté résultait de la seule révision par le Code de procédure pénale d'un premier entretien de trente minutes entre la personne gardée à vue et son conseil. Or, la Cour européenne exige que le prévenu bénéficie de l'« assistance » d'un conseil dès les premiers stades de l'interrogatoire de police⁷⁵, ou dès le moment du placement en garde à vue⁷⁶. Hasards du calendrier, les regards jurisprudentiels se multiplieront sur le dispositif français en l'espace de quelques mois, provoquant la réforme que l'on connaît⁷⁷. Le Conseil constitutionnel, d'abord, estima que les dispositions relatives au régime de garde à vue de droit commun jusqu'alors applicables ne permettent pas à la personne visée de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat et contre-

viennent aux exigences européennes⁷⁸. La Cour de cassation, ensuite, conforta cette décision en déclarant, par trois arrêts rendus en Assemblée plénière, l'inconventionnalité des règles de la garde à vue⁷⁹. La Cour européenne des droits de l'homme, enfin, s'immisça dans le débat peu de temps après, par son arrêt *Brusco c/ France*, sanctionnant pour la première fois la France en raison de l'incompatibilité du dispositif de droit interne avec le droit de garder le silence et le droit à l'assistance d'un avocat⁸⁰. Elle confirmera d'ailleurs sa position dans un intervalle très court⁸¹. Ces trois regards convergent ainsi dans le même sens : l'application des standards européens commande la sanction du dispositif français. Le constat ne suffit guère, le Conseil constitutionnel va plus loin : non seulement il sanctionne les dispositions litigieuses, mais en outre, il en impose la refonte. C'est qu'en effet, si le législateur n'avait pas pris acte de cette sentence, alors toutes les mesures de garde à vue prononcées à compter du 1^{er} juillet 2011 auraient été déclarées nulles, date de l'abrogation des dispositions décidée par les Sages. La technique est audacieuse et a pu appuyer l'idée d'une constitutionnalisation de la procédure en général⁸². Pour ce qui nous intéresse, elle est l'expression directe de l'influence normative du standard de procès équitable. Le législateur ainsi contraint doit tirer les conséquences de ces invectives et régulariser, *a posteriori*, un dispositif en pleine conformité avec les standards européens. L'opération passe nécessairement par une sanction si elle n'est volontaire : la sanction devient une condition de l'effectivité du standard. Après tout, le régime contesté de la garde à vue aurait pu perdurer un temps encore, si les juridictions n'avaient pas pris position, de façon retentissante, sur la question des droits du gardé à vue. Faut-il rappeler que les règles applicables en la matière résultaient de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 et que, durant près d'une vingtaine d'années, ce dispositif s'est ainsi appliqué sans que l'on – les pouvoirs publics – s'en émeuve vérita-

⁷² V. not. Ph. Conte, « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén* 2009, n° 6, ét. 11.

⁷³ La question relative à l'indépendance du Ministère public n'est en effet pas résolue, bien que s'engagent des réflexions à son endroit. V. not. J.-L. Nadal (prés.), *Refonder le Ministère public*, nov. 2013, www.justice.gouv.fr.

⁷⁴ CEDH Grande ch., 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev et a. c/ France*, § 124 ; D. Rebut, « L'arrêt Medvedyev et la réforme de la procédure pénale », D. 2010, point de vue p. 970.

⁷⁵ CEDH Grande ch., 27 nov. 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie*, § 50.

⁷⁶ CEDH 13 oct. 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*.

⁷⁷ Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011, relative à la garde à vue, JO du 15 avr. 2011, p. 6610.

⁷⁸ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC, *Daniel W et a.*, 30 juill. 2010, JO du 31 juill. p. 14198, consid. n° 9 et 28.

⁷⁹ Ass. plén., 19 oct. 2010, *Bull. crim.* n° 163, 164, 165.

⁸⁰ CEDH 14 oct. 2010, n° 1466/07, *Brusco c/ France*.

⁸¹ CEDH 4 nov. 2010, n° 22575/08, *Katrich c/ France*.

⁸² En ce sens, v. not. A. Capello, *La constitutionnalisation du droit pénal*, thèse, Paris 2, 2011, n° 200 s.

blement ? Dans une perspective similaire, c'est encore la sanction de la Cour européenne des droits de l'homme, résultant du même arrêt *Brusco c/ France* et approuvée par le Conseil constitutionnel comme par la Cour de cassation⁸³, qui conduisit le législateur à prévoir expressément le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Pour rappel, ce droit avait été consacré par la Cour de Strasbourg, dans son arrêt précité *Funke c/ France*, le droit étant couvert, selon elle, par les prévisions de l'article 6. Or, le dispositif français demeurerait très en-deçà de ces exigences, témoignant d'une certaine ambivalence sur la question. À l'origine, la loi du 4 janvier 1993 obligeait en effet le gardé à vue à déposer⁸⁴. Par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, le législateur imposait au contraire une notification immédiate de ce droit⁸⁵. Les diverses protestations des syndicats de police l'avaient toutefois conduit, le 4 mars 2002, à proposer une nouvelle rédaction, prévoyant d'informer le gardé à vue de son « choix », et non plus de son « droit », de « faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire »⁸⁶. Plus encore, le législateur supprimait purement et simplement, par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, l'information sur le droit au silence. Ce droit essentiel existait donc sans que la personne ne puisse en être avertie. C'était sans compter la sentence prononcée par la Cour de Strasbourg, dans son arrêt *Brusco c/ France*, approuvée par les juridictions internes. Comme pour le droit à l'assistance d'un avocat, les sanctions prononcées sur la base du standard européen de procès équitable imposent au législateur de mettre la loi en conformité, *a posteriori*, avec les exigences qui en résultent. La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 introduit ainsi au sein du Code de procédure pénale un nouvel alinéa à l'article préliminaire consacrant le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, tandis que l'article 63-1 prévoit désormais l'obligation pour l'officier de police judiciaire d'informer la personne placée en garde à vue « du droit, lors des auditions, [...],

de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ».

Un dernier exemple atteste, encore, de la fonction de régulation du standard de procès équitable. Il vise cette fois la divergence de solutions entre le droit européen et les autorités internes à propos du droit d'accès par l'avocat au dossier de son client au cours d'une mesure de garde à vue. En l'état actuel du droit français, le conseil n'a la possibilité de demander à consulter qu'un nombre limité de pièces, dont il ne peut en outre réaliser copie⁸⁷. Le degré d'information assuré à l'avocat dans ce cadre demeure à cet égard très inférieur à celui dont bénéficie le conseil qui assiste une personne mise en examen⁸⁸, la seule explication à cela résidant dans la nécessité de préserver le secret des investigations policières. Interrogé sur la question, le Conseil constitutionnel affirma que l'accès restreint au dossier ne remet pas en cause l'équilibre entre le respect des droits de la défense et l'objectif de recherche d'auteurs d'infractions⁸⁹. C'est la même solution que reprendra la chambre criminelle de la Cour de cassation, à diverses reprises⁹⁰. Usant d'une méthode casuelle, les juges dénie l'atteinte au droit à un procès équitable, dès lors que l'accès à l'intégralité du dossier est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement. À cela, l'on peut toutefois répondre que l'instruction demeure très marginale, mise en œuvre dans près de 3 % des affaires seulement⁹¹. Surtout, la généralisation du traitement en temps réel des procédures pénales par le biais de procédures accélérées ou simplifiées est telle que, très souvent, la personne est jugée sur la base des éléments recueillis lors de la garde à vue. En réalité, cette décision illustre l'opposition entre la Convention européenne des droits de l'homme, marquée par le droit anglo-saxon, de type accusatoire, et une procédure française encore empreinte, dans sa phase préparatoire, d'influences inquisitoires. Les juges excluent la garde à vue de la pleine application du standard de procès équitable, minimisant la place accordée à la mesure en question et, subséquemment, à

⁸³ Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC, *Daniel W et a.*, préc. ; Crim., 19 oct. 2010, trois arrêts, préc.

⁸⁴ C. proc. pén., art. 62, dans sa version issue de la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993.

⁸⁵ C. proc. pén., art. 63-2, dans sa version issue de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000.

⁸⁶ C. proc. pén., art. 63-1, dans sa version issue de la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002.

⁸⁷ C. proc. pén., art. 63-4-1.

⁸⁸ C. proc. pén., art. 114.

⁸⁹ Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 nov. 2011, *Mme Élise A. et a.*, J.O du 19 nov. 2011, p. 1948.

⁹⁰ V. not. : Crim., 26 juin 2013, *Bull. crim.*, n° 164 ; 19 sept. 2012, *Bull. crim.*, n° 194 ; 11 juill. 2012, *Bull. crim.*, n° 167.

⁹¹ *Les chiffres clés de la justice 2013*, p. 14, www.justice.gouv.fr. Le pourcentage est calculé sur la base des affaires ayant donné lieu à des poursuites.

l'exercice des droits de la défense à ce stade de la procédure. Pareille solution atteste, une nouvelle fois, de la malléabilité de l'outil juridique, dont l'emploi varie selon la conception que se forge chaque État du procès équitable. C'est pourtant cette conception qu'il faudra revoir, au regard de la position européenne adoptée sur la question. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg insiste en effet sur la nécessité d'accorder à l'avocat un accès au dossier de son client, condition de l'effectivité du droit à l'assistance d'un défenseur⁹². Mais c'est surtout la directive 2012/13/UE du Parlement et du Conseil européens relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, en date du 22 mai 2012 et dont la date butoir de transposition est prévue au 2 juin 2014⁹³, qui devrait contraindre les pouvoirs publics français à se résigner. L'article 7 de ce texte prévoit en effet que les documents essentiels pour contester de manière effective la légalité de l'arrestation ou de la détention doivent être mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat. Les suspects et les personnes poursuivies, ou leur avocat, doivent pour cela avoir accès, au minimum, à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge, afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense. L'accès à ces pièces doit en outre être gratuit et accordé en temps utile afin de permettre l'exercice effectif des droits de la défense. Certains avocats ont d'ailleurs déjà, depuis, saisi l'argument de cette directive⁹⁴. La dynamique est telle : les exigences du standard européen imposent, encore une fois, au législateur de se conformer à l'idéal-type qu'il renferme.

La matière est riche et les exemples nombreux. Ceux ainsi relevés permettent de souligner un usage nuancé du standard de procès équitable. Il ne s'agit plus pour ce dernier de suggérer une ligne malléable de conduite processuelle aux autorités françaises qui l'exploiteront selon leur propre politique de prévention et de protection des intérêts du justiciable. Le standard n'est plus la caution

d'un dispositif légal interne délibérément choisi, mais bien le prétexte impératif à la modification par le législateur de dispositions contraires. L'instrument s'impose comme un outil de régulation, entre la conception européenne de la procédure et celle des pouvoirs publics français. Au législateur, alors, d'en prendre la mesure. Encore faut-il ajouter, précisément, que cette régulation ne s'opère pas sans résistance. Le régime de garde à vue, par exemple, ainsi modifié, comporte sa part d'ombre à travers l'audition libre⁹⁵, période pendant laquelle la personne entendue ne bénéficie pas de droit à l'assistance d'un avocat, sans que les juridictions n'y voient là une atteinte au procès équitable⁹⁶; la sanction prochaine des juges européens demeure sur ce point plausible⁹⁷. Le droit de ne pas s'auto-incriminer, également, se révèle dans la pratique tempéré par la chambre criminelle de la Cour de cassation, jugeant que si le seul aveu obtenu dans le cadre d'une mesure de garde à vue ne peut fonder une condamnation, tel n'est pas le cas lorsque ces déclarations corroborent d'autres éléments de preuves⁹⁸; là encore, le risque d'une condamnation européenne pour non-respect de ce droit demeure. L'indépendance du Ministère public, toujours, remise en cause par la Cour de Strasbourg qui refuse de lui accorder la qualité d'autorité judiciaire, n'a pas entraîné une réforme du statut de ses membres, bien que des projets s'engagent en ce sens⁹⁹. Quoi qu'il en soit, abstraction faite de ces zones obscures inhérentes à la marge de manœuvre laissée aux États-membres jusqu'à la prochaine sanction, le législateur marche au pas du standard européen de procès équitable, qui s'impose comme un instrument de mesure, sinon de rappel à l'ordre du dispositif légal interne.

La technique ainsi décrite permet en définitive de distinguer l'usage d'un « standard-sanction », commandant au législateur de se plier à sa normativité. Sous un autre angle, c'est à présent le juge qui, parfois, use de standards de façon à réguler la procédure applicable.

⁹² CEDH 13 oct. 2009, *Dayanan c/ Turquie*, préc.; CEDH 20 sept. 2011, n° 42102/04, *Sapan c/ Turquie*.

⁹³ Art. 11 de la directive.

⁹⁴ V. par ex. : TGI Paris, 30 déc. 2013, n° 13333000493; TGI Paris, 23^e ch. corr., 3 janv. 2014, texte non disponible à l'heure de la présente publication; pour cette dernière affaire, l'argument fut écarté.

⁹⁵ C. proc. pén., art. 73 et 78.

⁹⁶ Crim., 3 avr. 2013, *Bull. crim.*, n° 72; Cons. const., déc. 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC, *Société Olanò Carla et autre*, JO du 19 juin 2012, p. 10181; Cons. const., déc. n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 nov. 2011 QPC, préc.

⁹⁷ En ce sens, un projet de loi est en cours en vue d'étendre les droits de la défense accordés dans le cadre de l'audition libre (Sénat, *Projet de loi n° 303, portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*, 22 janv. 2014).

⁹⁸ Crim., 6 déc. 2011, *Bull. crim.*, n° 247. Il s'agit là d'un revirement de position (cf. Crim., 11 mai 2011, *Bull. crim.*, n° 97).

⁹⁹ J.-L. Nadal (prés.), *op. cit.*

B. Par le juge

Certains standards offrent au juge la possibilité d'adopter toute une série de mesures, dès lors que l'objectif poursuivi apparaît légitime. La technique assure une régulation de la norme appliquée, et le standard ainsi employé devient instrument de justification. Deux standards retiendront l'attention : l'ordre public d'abord, la bonne administration de la justice, ensuite. Ces deux notions s'avèrent communes aux différents ordres juridictionnels¹⁰⁰, le droit public y offrant une tribune évidente. Leur usage revêt pourtant au sein de la procédure pénale une forme particulière, dès lors que la matière a vocation à assurer l'efficacité de la répression. Partant, ces deux standards vont s'imposer comme un outil dont dispose le juge pour légitimer la mesure qu'il estime nécessaire. Le standard devient ainsi à la fois objectif et caution de la procédure engagée.

L'ordre public, d'abord, préalablement abordé dans une perspective préventive, dévoile ici sa seconde facette. Bon nombre de dispositions pénales y font en effet référence, toutes orientées vers un même objectif : non plus prévenir une atteinte mais bien mettre un terme au trouble causé. L'ordre public est atteint, il s'agit d'y mettre fin, et le juge dispose alors de certains pouvoirs afin de parvenir à cet objectif. La mesure procédurale se trouve contrôlée, régulée, par référence à l'ordre public qui l'emporte ici sur les libertés individuelles. Le standard de l'ordre public s'impose alors à la fois comme une fin et un moyen, un « standard-justification » aux fins de régulation sociale. Plusieurs dispositions peuvent à ce titre être mobilisées. Qu'il s'agisse par exemple, au nom de l'ordre public, de restreindre les droits des personnes retenues dans un centre socio-médico-judiciaire¹⁰¹, de prononcer des mesures de sûreté pour « mettre fin au trouble à l'ordre public » résultant de la commission de l'infraction¹⁰², ou bien de décider d'une hospitalisation complète dans un établissement spécialisé lorsque les troubles

mentaux d'un individu « portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public »¹⁰³. On songe également à l'article 11 du Code de procédure pénale, qui permet au procureur de la République, d'office ou à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, de lever le secret de l'enquête ou de l'instruction sur des éléments objectifs tirés de la procédure afin de « mettre fin à un trouble à l'ordre public ». Autant de mesures, donc, qui se justifient par la nécessité d'apaiser la vie sociale ainsi troublée. La difficulté résulte du fait que, là encore, nulle définition n'est véritablement donnée, l'ordre public se révélant extrêmement malléable. Peut-être plus que tout autre dispositif, le contentieux de la détention provisoire permet de le vérifier. C'est en effet la prévision majeure à souligner ici, que la possibilité pour le juge de prononcer une mesure de détention provisoire afin de « mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé »¹⁰⁴. Souvent décrié, le critère évoqué est dénoncé pour son imprécision, sa fonction « fourre-tout »¹⁰⁵. La défiance est d'ailleurs telle que la plupart des systèmes juridiques proches du modèle français l'écartent comme condition de la détention¹⁰⁶. La Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, autorise de façon timorée le prononcé d'une telle mesure sur le fondement de l'ordre public dès lors qu'elle demeure, effectivement, provisoire¹⁰⁷. Elle affirme ainsi que « la poursuite de l'incarcération ne se justifie [...] que si des indices concrets révèlent une véritable exigence d'intérêt public prévalant nonobstant la présomption d'innocence sur la règle du respect de la liberté individuelle »¹⁰⁸, admettant le prononcé d'une mesure de détention provisoire « lorsque l'élargissement du détenu troublerait réellement l'ordre public »¹⁰⁹. Elle reconnaît précisément que, « par leur gravité particulière et la réaction du public à leur accomplissement », certaines infractions peuvent susciter un trouble à l'ordre public

¹⁰⁰ Le Conseil constitutionnel reconnaît lui-même que la bonne administration de la justice est une « exigence, qui peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative » (cf. Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, *JO* du 1^{er} août 1989, p. 9679).

¹⁰¹ C. proc. pén., art. 706-53-22.

¹⁰² C. proc. pén., art. D47-29-6, qui renvoie à l'art. 706-36, relatif aux mesures de sûreté.

¹⁰³ C. proc. pén., art. 706-135.

¹⁰⁴ C. proc. pén., art. 144, 7°.

¹⁰⁵ G. Geoffroy, *Rapport au nom de la Commission des lois sur le projet de loi (n° 3393), tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale française*, n° 3505, 6 déc. 2006, p. 178.

¹⁰⁶ A. Vallini et Ph. Houillon, *Rapport au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes et les dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement*, n° 3125, 6 juin 2006, p. 334.

¹⁰⁷ CEDH 27 août 1992, n° 12850/87, *Tomasi c/ France*, § 90 et 91.

¹⁰⁸ CEDH 26 janv. 1993, n° 14379/88, *W. c/ Suisse*, 26 janv. 1993, § 30.

¹⁰⁹ CEDH 26 janv. 1991, n° 13369/86, *Letellier c/ France*, § 51.

social de nature à justifier une telle mesure¹¹⁰. En France, les débats successifs relatifs à la suppression de ce critère comme motif de détention témoignent d'un embarras certain¹¹¹. La loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 introduit la notion d'un trouble « exceptionnel et persistant », tandis que celle n° 2000-516 du 15 juin 2000 l'exclut dans le cadre de la prolongation de la mesure, sauf en matière criminelle ou lorsque la peine correctionnelle est supérieure ou égale à dix ans d'emprisonnement. L'effort entrepris est toutefois de courte durée, puisque la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 abroge cette disposition. La véritable réforme résulte de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, par laquelle le législateur met tout simplement fin à l'utilisation de ce motif en matière correctionnelle¹¹². Ce trouble ne peut en outre « résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire » – référence implicite à l'affaire d'Outreau et à l'emportement médiatique provoqué¹¹³ –, précision qui n'en est pas vraiment une, tant il est vrai que la portée de cette disposition est susceptible de varier en fonction de l'interprétation que s'en feront les juges. Après la parenthèse régressive de 2002, la référence à l'ordre public ne s'impose ainsi plus qu'en matière criminelle. Autant de tergiversations législatives, qui soulignent en réalité l'ambivalence de la notion. La difficulté résulte précisément du fait que, derrière la restriction apparente des termes de « trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public », se cache une faille qui permet d'étendre le champ de la détention provisoire. Bon nombre de détentions puisent en effet leur légitimité dans le respect de l'ordre public, derrière lequel se profile en réalité la gravité de l'infraction. La mesure revient alors à sanctionner immédiatement le délinquant à raison de cette gravité, plus qu'à faire cesser le « trouble » en tant que tel. Très récemment, la Cour de Strasbourg sanctionnait encore les juges français pour s'être bornés à faire référence à la gravité des faits reprochés et au trouble à l'ordre public, sans étayer le caractère certain et actuel de l'atteinte à un tel ordre¹¹⁴. C'est en

définitive un exercice d'équilibrisme auquel se livrera le juge, pressé par l'impératif de répression et la nécessaire protection des libertés individuelles. On perçoit là le conflit d'intérêts généré, entre l'opinion toujours prompte à dénoncer le recours abusif à la détention provisoire et celle qui, dans le même temps, s'insurge contre le choix de laisser un individu en liberté. L'usage de ce standard, à cet égard, cristallise à lui seul l'antagonisme de la procédure pénale. Confronté à cette notion indéfinie, le juge devra alors la préciser, s'appuyant pour cela sur des circonstances exogènes : de fait, naturellement, mais également, plus subjectivement, liées à « l'air du temps » et à la politique criminelle du moment. Ce désaveu est le fait du Ministère de la justice lui-même, qui reconnaît ne pouvoir délivrer une définition unique et intangible : « La notion d'ordre public au sens du Code de procédure pénale est [...] contingente, dans la mesure où un même événement, la commission d'une infraction pénale sanctionnée plus ou moins gravement par le Code pénal, constitue en droit et en fait à la fois une atteinte aux règles normales de la vie sociale et un bouleversement d'un équilibre local de tranquillité publique. Ce trouble à l'ordre public sera donc mesuré non seulement à la lumière de la perception particulière qu'une population donnée (de telle ville, de tel quartier dans tel contexte) peut avoir de l'infraction pénale commise mais également à partir de l'appréciation que les autorités judiciaires compétentes se doivent de porter sur cet événement, en fonction de l'intérêt général »¹¹⁵. La méthode est explicitement subjective : le standard de l'ordre public s'adapte aux diverses réalités par le biais d'une appréciation de la normalité descriptive et dogmatique ; comptera ce qui est, et ce qui devrait être. Les pratiques sont dès lors nécessairement variables et leur portée douteuse. Non seulement l'emploi multiple de ce standard empêche un rayonnement cohérent des pratiques juridiques, mais en outre sa malléabilité génère des inégalités entre les prévenus, relayées par un profond sentiment d'in-

¹¹⁰ CEDH 3 oct. 2013, *Vosgien c/ France*, préc., § 55.

¹¹¹ V. not. : Commission Justice pénale et droits de l'homme, M. Delmas-Marty (prés.), *La mise en état des affaires pénales*, La documentation française, 1991, p. 208 ; G. Geoffroy, *op. cit.*, p. 178.

¹¹² C. proc. pén., art. 144, 7°.

¹¹³ F. Zochetto, *Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*, n° 177, 24 janv. 2007, p. 61.

¹¹⁴ CEDH 3 oct. 2013, *Vosgien c/ France*, préc., § 57.

¹¹⁵ Question écrite n° 27189 de M. Hubert Haenel (Haut-Rhin – UMP), JO du 3 août 2000, p. 2698 ; Réponse du Ministère de la Justice, JO Sénat du 11 janv. 2001, p. 92.

compréhension de la part des justiciables. Que l'on songe, par exemple, à l'affaire du Casino d'Uriage, dans laquelle un homme soupçonné d'un braquage avait été placé par le juge sous contrôle judiciaire, alors qu'un mandat de dépôt avait été requis contre lui par le procureur de la République. Cette remise en liberté avait suscité une vive indignation, certains y voyant là une provocation de la justice¹¹⁶. En l'espèce, l'individu était en fuite et son casier comportait déjà une condamnation criminelle. L'ordre public aurait alors pu justifier un placement en détention provisoire. Que l'on rappelle, encore, les reproches subis par le magistrat X. Lameyre, surnommé « Libérateur » (pour « libère à tort »), s'étant attiré les avanies de la police, de la presse et de l'opinion publique pour avoir pris plusieurs décisions polémiques¹¹⁷. Ces exemples stigmatisent l'ambivalence du standard étudié. Que le juge estime que l'ordre a été atteint, alors sa décision laissera présager, aux yeux de la société, de la culpabilité de l'individu. À l'inverse, le choix de laisser celui-ci en liberté pourra s'interpréter comme la négation de tout trouble à cet ordre et de sa culpabilité. Le risque est alors de deux types, selon la politique adoptée par le magistrat. Sous couvert d'une interprétation stricte, le premier est d'aboutir à des décisions stériles, vides de toute considération sociale et vouées à subir les saillies d'une vindicte particulièrement sévère¹¹⁸. Au-delà de la question de la responsabilité des magistrats dans leur prise de décisions, c'est alors la crédibilité de la justice qui se trouve en jeu. À l'inverse, le second risque est de sortir du cadre de la loi et de dévier vers une appréciation à la fois excessive du contexte social et des indices de culpabilité, faisant du débat contradictoire préalable à la détention le théâtre d'un pré-procès, nuisible à la présomption d'innocence. L'ordre public ainsi laissé à libre appréciation ne devient alors ni plus ni moins que le vecteur d'une politique criminelle, variable selon les velléités du moment. Que l'heure soit à la répression ? Le standard du trouble à l'ordre public offre au juge un instrument parfait de nature à justifier une mesure, que l'on jugera, à

un moment donné et en des temps opportuns, nécessaire. La détention n'est plus préventive, elle devient répressive. La technique s'envisage comme un instrument de paix sociale et de régulation, tandis que la détention provisoire revêt le visage d'une sanction. Faustin Hélie, s'interrogeant sur la notion d'ordre public, le prédisait d'ailleurs en ces termes : « Quand l'agent a jeté le désordre dans la cité [...], la rumeur publique le désigne comme auteur du crime ; serait-il possible, si ce crime est grave, s'il a fortement ému la population, de le remettre en liberté ? L'arrestation provisoire, dans ce cas, n'est-elle pas en quelque sorte une première satisfaction donnée à la conscience générale, une condition de paix publique ? »¹¹⁹. Standard critère de détention provisoire, cautère du trouble ainsi causé.

Paix sociale, régulation de la justice, dans la même perspective, l'intérêt de la « bonne administration de la justice » offre au juge un instrument malléable de mise en œuvre de sa politique juridique. Tantôt prévue par le législateur, tantôt directement par la jurisprudence, la notion s'envisage comme un véritable standard juridique¹²⁰, dont le contenu est susceptible de varier en fonction des circonstances de temps, de lieu, de mœurs, mais aussi d'opportunités. Entendue largement, elle désigne l'ensemble des critères qui font la justice idéale des hommes¹²¹. « Notion-ambition » pour les uns¹²², terme « gigogne »¹²³ pour d'autres, elle appelle à l'exercice d'une justice sereine, rapide, efficace. En cela, elle révèle une utilité fonctionnelle, qui explique que les juges s'en emparent. La qualification de standard se justifie d'autant plus que la notion puise son fondement dans la normalité : c'est bien un idéal de justice qu'elle véhicule et qui doit inspirer, sinon guider l'action des juges. La singularité de la notion tient toutefois moins à sa finalité qu'à ses conséquences : les nécessités de la bonne administration de la justice s'imposent en effet comme une technique juridique de nature à permettre l'aménagement de règles juridictionnelles. Là encore, le standard renferme une dualité qui consiste à le définir à la fois comme un objectif

¹¹⁶ En ce sens, v. Ph. Bilger, « Le peuple, la police et nous », www.philippebilger.com, 4 sept. 2010.

¹¹⁷ Syndicat de la magistrature, « Lettre ouverte au garde des Sceaux concernant la mise en cause des décisions d'un magistrat de Créteil », 9 juin 2010, www.syndicat-magistrature.org.

¹¹⁸ V., par. ex., les propos virulents de Ph. Bilger (*op. cit.*).

¹¹⁹ F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. IV, H. Plon, 2^e éd., 1866, p. 606-607.

¹²⁰ En ce sens, v. not. : J. Robert., *op. cit.* ; S. Rials, *op. cit.* ; H. Apchain, « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », *AJDA* 2012, p. 587, O. Gabarda, « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP* 2006, p. 153.

¹²¹ J. Robert, *op. cit.*, p. 117.

¹²² *Ibid.*, p. 118.

¹²³ N. Laval, « La bonne administration de la justice », *LPA* 1999, n° 160, p. 12.

– l’ambition d’une justice sereine –, et un moyen, permettant au demeurant de s’affranchir de certaines contraintes normatives. Le standard sert alors de caution, aux éventuelles entorses ou dérogations à la loi. La procédure pénale en comporte plusieurs illustrations. C’est d’abord le législateur qui offre au juge la possibilité d’adapter la justice au nom de sa bonne administration. À titre d’exemple, le Code de procédure pénale pose le principe de la compétence territoriale, tout en confiant au Ministère public le pouvoir d’infléchir la norme initiale. Ainsi, invoquant expressément l’intérêt de la bonne administration de la justice, l’article 657 permet à la chambre criminelle, à la demande du parquet, de renvoyer la connaissance de l’affaire à une juridiction autre que celle territorialement compétente lorsque deux collèges de l’instruction se trouvent simultanément saisis de la même infraction sans que l’un ne souhaite se dessaisir au profit de l’autre. Il en va de même lorsque les deux collèges se trouvent saisis d’infractions connexes ou d’infractions différentes en raison desquelles une même personne est mise en examen¹²⁴. Le souci de veiller à ce qu’un juge compétent prenne en charge l’affaire participe ici de la bonne administration de la justice et justifie pareil aménagement. Dans le cadre de l’instruction, le président de la chambre de l’instruction a la possibilité de saisir cette juridiction lorsqu’un délai de quatre mois s’est écoulé depuis la date du dernier acte d’instruction : la juridiction pourra alors, dans l’intérêt d’une bonne administration de la justice, soit évoquer l’affaire, soit la renvoyer devant le magistrat instructeur compétent¹²⁵. Les articles 570 et 571, encore, prévoient l’hypothèse dans laquelle le tribunal ou la cour d’appel statue par jugement ou arrêt distinct de l’arrêt au fond, auquel cas le pourvoi en cassation est immédiatement recevable et met fin à la procédure. Il est alors précisé que le président de la chambre criminelle apprécie si le pourvoi doit être reçu et ce, toujours, dans l’intérêt d’une bonne administration de la justice. C’est bien un souci de cohérence, de rigueur et de rationalisation qui commande l’ensemble de ces prévisions légales. La jurisprudence, prenant acte de ces

possibles aménagements, peut en outre se montrer audacieuse. La Cour de cassation a ainsi décidé que la simple divergence d’analyse des circonstances entre le procureur de la République et le juge suffit à justifier un dessaisissement et ce, dans l’intérêt de la bonne administration de la justice. La chambre criminelle étend de la sorte la portée de ce standard en faveur du Ministère public qui pourra, par ce biais, requérir l’un des juges de se dessaisir au profit de l’autre¹²⁶.

Plus encore, lorsque la loi n’évoque pas expressément l’intérêt d’une bonne administration de la justice, c’est alors le juge lui-même qui choisit d’y avoir librement recours. Malgré l’absence de référence à la notion au sein d’une disposition légale, il statuera de façon prétorienne sur le contenu de celle-ci, légitimant les mesures adoptées par le biais du standard en question. D’aucuns diront que cet opportunisme en fait un outil juridique particulièrement « fumeux »¹²⁷. La Cour de cassation a, par exemple, exigé que toute juridiction d’instruction qui constaterait la connexité entre un crime et un délit apprécie la nécessité ou la simple convenance de la jonction des poursuites dans l’intérêt d’une bonne administration de la justice¹²⁸. S’agissant du tirage au sort des jurés avant le débat en Cour d’assises, également, la Haute juridiction non seulement précise que le tirage au sort supplémentaire a pour objet une bonne administration de la justice, ce qui n’est nullement indiqué dans le texte¹²⁹, mais a pu décider, en outre, que la Cour d’assises qui se prononce sur cette décision n’a pas à entendre les observations du Ministère public ni celles de l’accusé, cela, au mépris du principe du contradictoire¹³⁰. De même, l’intérêt de la bonne administration de la justice investit ladite Cour d’un pouvoir souverain d’appréciation qui la dispense de mentionner, dans son arrêt, la cause de l’empêchement du juré remplacé et ce, en pleine contradiction avec l’obligation de motivation prévue par l’article 290¹³¹. C’est enfin et toujours en référence à la bonne administration de la justice que la chambre criminelle a pu fonder le report de l’abrogation des dispositions relatives à la garde

¹²⁴ C. proc. pén., art. 663.

¹²⁵ C. proc. pén., art. 221-1.

¹²⁶ Crim., 29 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 222.

¹²⁷ W. Jeandidier, note sous Crim., 10 déc. 1987, *JCP G* 1988, II, 20988.

¹²⁸ Crim., 11 juin 1992, n° 92-81606, inédit.

¹²⁹ C. proc. pén., art. 296 ; v., par ex. : Crim., 2 sept. 2009, n° 09-80066, inédit ; 26 sept. 1996, *Bull. crim.*, n° 334.

¹³⁰ Crim., 26 sept. 1996, préc. (contra : Crim., 5 nov. 1997, *Bull. crim.*, n° 376).

¹³¹ Crim., 15 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 228.

à vue censurées par les juges de la rue Montpensier¹³² : la référence à ce standard lui a ainsi permis d'appliquer des dispositions jugées pourtant inconstitutionnelles. Ces quelques exemples appuient en définitive la même idée, celle d'un instrument juridique, qui au nom d'un consensus processuel, permet au juge de sortir du cadre traditionnel fixé par la loi tout en légitimant sa pratique. Le standard, là encore, vient réguler la procédure : condition de mise en œuvre de la dérogation, il rationalise la justice pénale et garantit l'acceptabilité sociale et juridique de la décision adoptée. D'un côté, la loi pose la règle applicable, de l'autre le standard représente le double moyen d'en corriger les excès et de légitimer les aménagements effectués. Ordre public ou bonne administration de la justice – que la loi juxtapose d'ailleurs parfois au mépris d'une certaine clarté¹³³ –, le standard fait ainsi œuvre de conciliation, entre une loi parfois trop rigide et des faits nécessairement uniques. Apaisement louable, procédure rationnelle, l'impact est pour-

tant redoutable : il s'agit bien, au nom d'un but « labellisé » comme étant légitime, de bouleverser la norme juridique.

Élément d'inspiration, de sanction, prétexte, caution : l'étude aura permis de démontrer que si la définition du standard est intrinsèquement malléable, son usage l'apparaît tout autant. C'est donc la question de la sécurité juridique, qui à ce stade de la réflexion se pose, elle aussi de façon légitime. Que l'on songe au flou des définitions, à l'audace des juges, aux divergences d'interprétations, voire aux résistances, c'est alors la norme juridique que le standard prend parfois en otage. La méthode juridique s'inverse, dénuée de tout automatisme abstrait pour s'ancrer dans la réalité tangible. Si un tel pragmatisme doit assurément être salué, la prudence commande de s'interroger, perpétuellement, sur l'objectif poursuivi derrière chaque standard, n'oubliant jamais pour cela le précepte de F. Bacon : ce qui en théorie a valeur de cause, en pratique a valeur de règle¹³⁴.

¹³² Ass. plén., 19 oct. 2010, *Bull. crim.*, n° 164, préc. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, avait invoqué l'ordre public pour justifier le report de cette abrogation (cf. Cons. const., 30 juill. 2010, préc.).

¹³³ V. par ex. : C. proc. pén., art. 570, 612-1. Sur ce point, v. P. Buffeteau, « Réflexions sur l'intérêt d'une bonne administration de la justice en matière pénale », *Rev. pénit.* 1998, n° 3-4, p. 168.

¹³⁴ F. Bacon, *Novum Organum*, Nouv. trad. de A. Lorquet, Hachette, 1857, p. 7.

Petit quatre du Grand A : le raisonnable

Le standard du raisonnable

Charles Bahurel

Maître de conférences à l'Université de Nantes

Faut-il être raisonnable en toutes circonstances ? Toute une tradition littéraire voit dans l'existence raisonnable une vie perdue et recommande la fantaisie comme joie de vivre : comme l'a résumé La Rochefoucauld, « celui qui vit sans folie n'est pas si sage qu'il croit »¹. À tort ou à raison, pareil langage n'a jamais inspiré le législateur et encore moins le législateur contemporain. En effet, une multitude de textes et d'arrêtés demande au citoyen de se conduire, en toute chose, en homme raisonnable et de bannir de sa vie et de ses activités, tout comportement déraisonnable. Le mot est à tel point répété dans les lois que d'adjectif, il a été promu substantif et que de standard, il est en passe de se proclamer principe de notre droit.

D'origine anglaise², importé en France par le biais de plusieurs conventions internationales puis repris par le législateur français³, le standard du

raisonnable résonne dans tous les domaines de notre droit⁴. En droit processuel, le principe du délai raisonnable règne sur toutes les procédures civiles, pénales et administratives⁵. En droit commercial, le raisonnable est également vu comme une règle de portée générale pour encadrer les relations d'affaires⁶. En droit du travail, le raisonnable connaît de multiples applications pour protéger les salariés⁷. En droit des contrats, le standard du raisonnable est de plus en plus utilisé par la jurisprudence et certains corpus de droit prospectif, comme les Principes du droit européen des contrats, en font un principe directeur⁸. Si l'on ajoute que le droit des personnes peut être concerné⁹ et que le juge administratif¹⁰ et même le Conseil constitutionnel se prennent au jeu du raisonnable¹¹, il est peu de secteurs de notre droit qui ne soient happés par cette règle. Aussi, il n'est pas inutile d'essayer de dresser un bilan et de faire

¹ Plus abrupt, Paul Valéry écrit : « Nous vivons bien à l'aise, chacun dans son absurdité, comme poissons dans l'eau, et nous ne percevons jamais que par un accident tout ce que contient de stupidités l'existence d'une personne raisonnable. »

² H. A. Schwarz-Liebermann, « Les notions de *right reason* et de *reasonable man* en droit anglais », in *Les formes de rationalité en droit*, APD, t. 23, 1978, p. 43.

³ À noter que le raisonnable fleurit essentiellement en dehors du Code civil, qui actuellement n'emploie le terme qu'à l'article 1112.

⁴ La référence demeure l'étude de G. Khairallah, « Le raisonnable en droit privé français – Développements récents », *RTD civ.* 1984, p. 439 s.

⁵ S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2013, n° 421.

⁶ D. Mainguy, « Le "raisonnable" en droit (des affaires) », in *Les concepts émergents en droit des affaires*, dir. E. Le Dolly, LGDJ, Collection Droit et économie, juin 2010, p. 307 ; G. Weiszberg, *Le raisonnable en droit du commerce international*, th. Paris II, 2003 ; L.-M. Duong, *Le raisonnable en droit économique*, th. Nice, 2004 ; V. Fortier, « Le contrat du commerce international à l'aune du raisonnable », *JDJ* 1996, p. 315 ; F. Diesse, « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations

Unies à la vente internationale de marchandises (CVM) », *JDJ* 2002, p. 55 ; Ch. Chappuis, « Les clauses de *Best Efforts*, *reasonable care*, *due diligence* et les règles de l'art dans les contrats internationaux », *RDAL* 2002, p. 281 ; M. Fontaine, « *Best Efforts*, *Reasonable Care*, *Due diligence* et règles de l'art dans les contrats internationaux », *RDAL* 1988, p. 983.

⁷ L. Flament, « Le raisonnable en droit du travail », *Dr. soc.* 2007/1, p. 16. Sur la notion d'aménagement raisonnable en droit du travail, V. not. D. Martin et M. Mercat-Bruns, « Approche comparative du droit de la non-discrimination », *Rev. dr. travail* 2009 p. 58.

⁸ L. Duong, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *RIDC* 2008, p. 701. Les Principes Unidroit recourent également beaucoup à ce standard (V. Fortier, art. préc.).

⁹ Ex. : sur le délai raisonnable pour changer de nom, Cour EDH 17 juin 2003, 2^e sect., *Mustafa c/ France*, *BICC* n° 587, p. 3 ; *RTD civ.* 2004 p. 61.

¹⁰ Ex. : à propos du délai raisonnable pour prendre un décret d'application d'une loi, CE 30 déc. 2009, *AJDA* 2010, p. 389.

¹¹ Par ex., sa décision n° 2013-671 du 6 juin 2013, qui fait référence « au principe selon lequel les électeurs doivent être appelés à exercer leurs suffrages selon une périodicité raisonnable ».

le point sur l'usage et sur l'utilité du raisonnable¹². En d'autres termes, il convient de chercher ce que recouvre l'art du raisonnable (I) et quelles sont ses vertus pour notre droit (II).

I. L'art du raisonnable

Le raisonnable est un art. C'est l'œuvre d'un artisanat judiciaire : le juge, au lieu d'appliquer une loi précise, part à la recherche d'une solution raisonnable (A). Mais dans cette recherche, le juge n'est pas livré à lui-même et doit suivre des critères (B).

A. La recherche du raisonnable

Que faut-il entendre, au juste, par ce mot de raisonnable ? Inutile d'espérer l'enfermer dans une définition précise : le terme est équivoque et cette polysémie est recherchée¹³. En optant pour le raisonnable, le législateur veut en effet que le juge soit le plus libre possible pour déterminer une solution adéquate. Au juge revient alors la mission de définir, selon les circonstances, le sens à donner au raisonnable. En droit international, les signataires des conventions internationales s'arrêtent souvent sur cette notion confuse, faute d'accord sur un terme plus précis¹⁴. En droit interne, le raisonnable traduit davantage un retrait du législateur, une certaine démission de sa fonction normative. À moins qu'il s'agisse d'un signe d'humilité, le législateur moderne, selon Cornu, doutant de lui-même, de ses lois et de ses réformes et préférant s'en remettre au juge¹⁵.

De signification variable selon les cas¹⁶, le raisonnable peut toutefois être défini en tant que méthode. En effet, le juge procède toujours selon le même schéma. Pour élaborer le modèle

du raisonnable, qui lui servira à évaluer les faits litigieux, le juge s'appuie sur deux considérations : la prise en compte des intérêts de la société et l'attention aux circonstances concrètes de la cause. Le juge se demande à la fois ce qu'il est bon d'exiger pour la société et ce qu'il est possible d'exiger concrètement. D'où la référence aux usages, au bon sens, à l'opportun et au possible, selon le *Vocabulaire Cornu*¹⁷. Ces références reviennent dans les Principes de droit européen des contrats : « *doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées* »¹⁸. Cette méthode, évidemment, rappelle la figure du bon père de famille, bien connue du droit français. La personne raisonnable et le bon père de famille sont-ils équivalents ? Certains jugent que le bon père de famille comporte un aspect plus humain que la personne raisonnable, qui serait davantage une notion économique¹⁹. D'autres pensent que le bon père de famille est une figure plus exigeante que celle de personne raisonnable : le premier, parce qu'il est père, devrait se dévouer sans compter tandis que le second, sans attache particulière, serait seulement l'homme de la situation²⁰. La différence réside, à notre sens, surtout dans la portée de ces techniques : alors que la technique du bon père de famille reste discrète et purement fonctionnelle, le raisonnable prend toujours l'allure d'un principe fondamental et porte en lui toute une conception du droit. Car pour l'essentiel, la méthode, qui laisse un grand pouvoir d'appréciation au juge, reste comparable.

¹² Pour une approche jurisprudentielle de cette question, v. P. Sargos, « Le principe du raisonnable – Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *JCP* 2009, 442, p. 60.

¹³ Raisonnable renvoie à normal, commun, utile, suffisant, diligent, sage, sérieux, possible, légitime, régulier, proportionné, ordinaire, juste, etc. Déraisonnable renvoie à excessif, déloyal, imprévisible, improbable, abusif, négligent, fou, exagéré, etc.

¹⁴ Ce qui ne va pas sans risque. Comme l'écrivait Perelman, « Les signataires se sont mis d'accord sur des textes contenant des notions confuses, susceptibles d'interprétations variées, chacun se réservant le droit de les interpréter à sa façon. Mais le jour où un tribunal [...] sera chargé d'appliquer de tels textes, les intentions individuelles des signataires devront s'effacer devant l'interprétation autorisée, qui sera donnée par la Cour. » (« L'usage et l'abus des notions confuses », in *Le raisonnable et le déraisonnable, Au-delà du positivisme*, LGDJ, 1984, p. 156).

¹⁵ G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, cours de doctorat, 1970-1971, Les cours de droit, p. 124.

¹⁶ À titre d'exemple, un auteur (L. Duong, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », art. préc.) observe que dans les

Principes de droit européen des contrats, le mot raisonnable est synonyme, tantôt de possible, tantôt d'utile.

¹⁷ V° « Raisonnable » : le raisonnable « répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible) ».

¹⁸ PDEC, art. 1 : 302. En *Common Law*, on retrouve également ces deux éléments de référence entremêlés. H. A. Schwarz-Liebermann (art. préc.) résumait ainsi la question que doit se poser le juge anglais : « est-il raisonnable (ou déraisonnable), à la lumière des exigences de la société, du bien-être des hommes pris individuellement et considérés dans leur situation concrète, mais des hommes à la fois membres de la société et se trouvant dans des situations qui s'insèrent dans un ensemble plus large, est-il raisonnable (ou déraisonnable) d'exiger de la part de ces hommes, dans telles ou telles circonstances, tel ou tel degré de prévision, de circonspection et d'attention, en un mot de diligence ? »

¹⁹ S. Darnasin, « À la recherche du bon père de famille », in *Mélanges de Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 297.

²⁰ H. Ramparany-Ravalolomiarana, *Le raisonnable en droit des contrats*, Univ. Poitiers, LGDJ, 2009, n° 176.

B. Les critères du raisonnable

Doit-on craindre que le juge n'abuse de sa liberté et que ce standard dégénère en arbitraire et insécurité juridique ? En réalité, dans sa recherche du raisonnable, le juge n'est pas livré à lui-même, il a des repères.

Tout d'abord, l'expérience permet de fournir des critères pour déterminer plus facilement ce qui est raisonnable ou déraisonnable. En d'autres termes, si le raisonnable n'est pas prédéterminé, il peut être déterminable. La loi fournit parfois elle-même ces critères : ainsi, par exemple, pour déterminer la durée raisonnable de la détention provisoire, l'article 144-1 du Code de procédure pénale précise que cette durée s'apprécie « *au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité* ». D'elle même, la jurisprudence recourt abondamment à la technique des critères : on connaît les critères de la Cour européenne des droits de l'Homme pour apprécier le délai raisonnable de jugement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (l'enjeu et la nature du litige pour l'intéressé, la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités nationales²¹). Pour le juge, ces critères sont des repères précieux et pour les parties, ce sont des moyens pour anticiper la décision du tribunal. Ensuite, il faut préciser que la qualification du raisonnable n'a rien de discrétionnaire pour les juges du fond. *A priori*, cette qualification relève de l'appréciation souveraine des juges du fond puisqu'elle est ancrée dans les faits. Mais les juridictions supérieures, Cour de cassation et Cour européenne des droits de l'Homme, contrôlent la réalité de la motivation des juges du fond²². Le juge ne peut se contenter d'évoquer les critères du raisonnable, il doit les vérifier précisément²³. Ce qui est justifié parce que la légitimité du raisonnable repose entièrement sur l'argumentation et la force de conviction du juge.

Enfin, il faut lever une ambiguïté : le raisonnable est bien une règle de droit. On pourrait

penser que le raisonnable se réduit à des questions de détail et à des appréciations de pur fait dans lesquelles la loi, générale et abstraite, se refuse à entrer. Le raisonnable serait alors une règle de fait, puisée dans l'appréciation des circonstances et dans le bon sens, sans véritable considération juridique. En réalité, il y a bien une règle de droit derrière le raisonnable. En effet, toutes les définitions précitées indiquent que le raisonnable est une référence objective : le juge définit ce qui est raisonnable, non pas au regard de ce qu'en pensent les parties, mais au regard de ce que la société, à travers les usages, les pratiques et le bon sens, estime raisonnable²⁴. Si le juge est très attentif aux circonstances de la cause, il n'en demeure pas moins que l'exigence du raisonnable le conduit à prendre de la hauteur par rapport aux faits et à poser un jugement de valeur sur ceux-ci. Il faut maintenant se demander si le standard du raisonnable est réellement efficace pour résoudre des litiges.

II. Les vertus du raisonnable

Le standard du raisonnable est-il efficace ? Permet-il réellement une meilleure adaptation du droit aux réalités sociales ? Le constat est mitigé : si le raisonnable apporte en effet de la souplesse au droit positif (A), cette souplesse a un prix, car le mécanisme, lourd à manier et contentieux, a aussi ses pesanteurs (B).

A. La souplesse du raisonnable

La principale vertu attribuée au standard du raisonnable est sa grande souplesse. Cette souplesse n'est pas une mollesse : le juge a en effet pour mission d'imposer le modèle de la personne raisonnable et peut ainsi sanctionner tous les comportements qui y sont contraires. En quelque sorte, le raisonnable a la souplesse du fouet qui frappe fort et précis²⁵. Pour imposer le modèle du raisonnable, le juge peut intervenir de deux façons, négativement ou positivement. Négativement, il sanctionne ce qui contredit le modèle, c'est-à-dire les comportements déraisonnables. Positivement, il impose directement ce modèle en instaurant ou

²¹ Sur ces critères, v. S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, Dalloz, 7^e éd., 2013, n° 422 s.

²² G. Khairallah, art. préc., n° 36.

²³ Ex. : la Cour de cassation, à propos de la récusation d'un arbitre qui avait travaillé antérieurement pour une partie, a sanctionné une motivation sommaire des juges du fond qui n'expliquaient pas « en quoi ces éléments étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de M. X et à son indépendance,

la Cour d'appel n'ayant pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur la décision » (Civ. 1^{re}, 10 oct. 2012, *Bull. civ. I*, n° 193 ; D. 2012, 2291).

²⁴ L. Duong parle de règle « *in abstracto* concrète », pour dire que cette objectivité prend en compte toutes les circonstances de la cause (th. préc., n° 315).

²⁵ D'après la belle image de Gérard Cornu pour désigner la flexibilité des mesures d'urgence en droit civil (G. Cornu, art. préc., p. 124).

en restaurant des situations raisonnables²⁶. Que le juge interdise au nom du déraisonnable ou qu'il intervienne au nom du raisonnable, son action est toujours toute en souplesse.

1. L'interdiction au nom du déraisonnable

Dans la plupart des cas, le juge impose le modèle du raisonnable indirectement, en sanctionnant les comportements qui lui semblent déraisonnables. C'est surtout par son aspect négatif du déraisonnable que le standard est alors employé. Comme l'observe très finement Daniel Mainguy, « l'important est moins de savoir si un délai est raisonnable que de savoir si, en imposant un délai, on ne risque pas qu'il soit considéré comme "déraisonnable" »²⁷. La souplesse du standard est ici très efficace. En effet, au lieu d'une loi rigide qui fixerait une liste d'interdits forcément lacunaire, le standard met le juge en mesure de contrer tous les actes nuisibles, même les plus imprévisibles. Frontière mouvante, l'imprévisibilité du standard se révèle être un atout pour limiter et encadrer des pouvoirs. Par exemple, le pouvoir de sanction de l'Autorité des marchés financiers est encadré, à de multiples reprises, par le raisonnable : pour prononcer une sanction ou interdire une opération financière, cette autorité doit justifier de motifs raisonnables²⁸. En droit du travail, le standard du raisonnable est un outil très efficace pour sanctionner les abus et modérer les prétentions des employeurs : dans une décision importante, la Cour de cassation a décidé qu'une période d'essai d'une durée d'une année était déraisonnable au regard de la Convention n° 158 OIT²⁹. La sanction du déraisonnable peut aussi servir à inciter et stimuler des bonnes pratiques : en droit processuel, la règle du délai raisonnable,

qui sanctionne les négligences et l'inertie des magistrats et des États, vise à promouvoir le modèle du procès équitable.

2. L'intervention au nom du raisonnable

Le juge peut parfois imposer directement le modèle du raisonnable. Certains textes donnent en effet un pouvoir créateur au juge, qui ne doit pas seulement sanctionner des actions déraisonnables, mais aussi établir des situations raisonnables. Illustré d'une certaine façon en matière d'interprétation de la loi³⁰, cet interventionnisme se manifeste essentiellement en droit des contrats et ceci, de deux façons³¹. Dans une première approche, le juge peut compléter le contrat en se fondant sur le raisonnable, notamment en cas de silence des parties. Par exemple, en droit positif, pour éviter des blocages, la jurisprudence impose un délai raisonnable lorsque l'offre est émise sans délai³² ou lorsqu'un contrat d'entreprise n'a pas fixé de délai de livraison³³. En droit prospectif, la notion d'attente raisonnable, souvent sollicitée par les projets et comprise comme « l'objectif contractuel global poursuivi par les parties »³⁴ justifie cette intervention du juge pour combler les lacunes du contrat, en vue de rapprocher le contrat conclu d'un modèle contractuel raisonnable. Dans une seconde approche plus radicale, le juge a parfois pour mission de corriger le contrat au nom du raisonnable. Par exemple, dans les Principes de droit européen des contrats, l'article 6 : 105 prévoit que si un prix fixé unilatéralement par une partie est « manifestement déraisonnable », le juge peut intervenir pour lui substituer un « prix raisonnable ». Comme le montre ce dernier exemple, qui est réglé en droit français par la notion d'abus, le raisonnable, par ses fonctions,

²⁶ Georges Khairallah, dans son article magistral précité, distingue deux emplois du raisonnable en droit privé : le raisonnable de modulation et le raisonnable de conformité. Selon cet auteur, le raisonnable serait de modulation lorsqu'il vise à permettre de moduler une règle en fonction des circonstances. Il prend l'exemple du délai raisonnable qui, dans un souci de protection, évite la fixation rigide d'un délai. En revanche, le raisonnable serait de conformité lorsqu'un modèle de référence est postulé et que le raisonnable sert à vérifier la conformité du sujet à ce modèle. Il prend alors l'exemple du prix raisonnable, du motif raisonnable ou encore de la personne raisonnable. Cette distinction, dont il ne fait toutefois pas un absolu (n° 8), se traduirait dans une différence de régime : tandis que le raisonnable de modulation serait apprécié subjectivement, en tenant compte des données personnelles, le raisonnable de conformité serait apprécié plus objectivement, en faisant abstraction des données concernant les parties.

²⁷ D. Mainguy, art. préc., n° 15.

²⁸ Ex. : art. L. 621-8-1 CMF qui prévoit notamment que « L'Autorité des marchés financiers peut interdire l'opération : 1° Lorsqu'elle a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une émission ou une cession est contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables. »

²⁹ Soc. 4 juin 2009, n° 08-41.359, *Bull. civ. V*, n° 146 ; D. 2010, 342 ; *RDT* 2009, 579, obs. S. Tournaux ; *JCP S* 2009, 1335, note J. Mouly ; *Dr.*

ouvrier 2009, 607, note N. Bizot – Soc. 11 janv. 2012, n° 10-17.945, *Bull. civ. V*, n° 11 ; D. 2012, 226 ; *Dr. soc.* 2012, 321, obs. J. Mouly ; *RDT* 2012, 150, obs. S. Tournaux ; *JCP S* 2012, 1429, note L. Drai.

³⁰ La jurisprudence, de longue date, tient une interprétation raisonnable des lois. Lors de la Restauration, les juges ne pouvaient en effet se fonder sur la volonté du législateur pour appliquer le Code civil (politiquement, se référer aux juristes de Napoléon aurait été un outrage au Roi) et préféraient se fonder sur la raisonnable, selon Carbonnier (*Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 218). Le Code civil fait référence à cette idée par divers articles qui laissent le juge restreindre ou étendre le domaine d'application de la loi « en tant que de raison » (art. 815-6, 724-1, 1578, 1871-1 C. civ.). Maître de l'étendue de la loi, le juge est ainsi doté d'un certain pouvoir normatif.

³¹ H. Ramparany-Ravalolomiarana, th. préc., n° 279.

³² *Civ. 3^e*, 20 mai 2009, *Bull. civ. III*, n° 118 ; D. 2009, *AJ*, p. 1537 ; *CCC* 2009, n° 214, obs. L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 2009, p. 2604, obs. A. Dumery ; *RLDC* 2009/62, n° 3486, obs. V. Maugeri ; *RDC* 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Lathier ; *RTD civ.* 2009, p. 524, obs. B. Fages.

³³ CA Paris, 23^e ch. B, 21 janv. 1994, *RDI* 1994 p. 248.

³⁴ H. Ramparany-Ravalolomiarana, th. préc., n° 38.

entre en concurrence avec d'autres standards connus en droit français : la bonne foi, l'excès, la proportion, l'abus, le significatif³⁵... Il semble toutefois que le raisonnable, par l'ampleur de ses références, balaye un spectre plus large et qu'à lui seul, il pourrait recouvrir l'ensemble de ces contrôles. En ce sens, un auteur, partant de la notion d'attente raisonnable, propose un nouvel alinéa second à l'article 1134 du Code civil : « les différents éléments de la convention doivent être corrigés dès lors qu'ils ne sont pas en adéquation avec le résultat attendu. Dans le cas où leur correction est impossible, ils doivent être supprimés »³⁶.

B. Les pesanteurs du raisonnable

Comme les gens raisonnables, qui sont toujours un peu ennuyeux, le standard du raisonnable a ses pesanteurs : assez lourd à manier, le mécanisme est très contentieux. D'abord, le système est difficile à manier et il n'est pas sûr que le juge soit ravi de l'utiliser³⁷. En effet, dans les cas simples, lorsque l'objet du litige est très raisonnable ou très déraisonnable, le jeu de critères indique alors clairement une solution³⁸. Mais lorsque la situation est ambiguë c'est-à-dire lorsque certains critères penchent pour le raisonnable tandis que d'autres désignent le déraisonnable, le standard devient quasiment impraticable. Comme l'écrit Daniel Mainguy, les situations qui posent difficulté sont « celles qui sont à la frontière du raisonnable et du déraisonnable : le fil du rasoir »³⁹. Puisqu'il existe autant d'arguments dans un sens que dans l'autre, le juge sera bien forcé de trancher le litige par un acte d'autorité. C'est dire que, dans ces hypothèses inextricables, là où pourtant la souplesse et l'adaptabilité prétendues du raisonnable devraient être performantes, le standard montre vite ses limites. Aussi doit-on relativiser la pré-

tendue élasticité du raisonnable : devant une situation très complexe, il n'est pas certain que la méthode du raisonnable soit la solution miracle. En somme, le raisonnable est davantage une manière de poser les questions que de les résoudre. Ensuite, ce standard a un coût : il charrie avec lui un contentieux impressionnant, qui pèse sur le fonctionnement de la justice. L'exemple du délai raisonnable en droit processuel est édifiant à ce propos. Les juges ont beau essayer de contrôler le phénomène en attribuant des réparations faibles voire dérisoires, l'accumulation des condamnations représente un véritable budget pour l'État. S'il serait excessif de nier l'intérêt à agir des justiciables négligés, on peut se demander si ces sommes ne seraient pas mieux utilisées pour augmenter les moyens de la justice et lui permettre de traiter ses affaires plus rapidement⁴⁰. Ne serait-il pas bénéfique que la Cour européenne des droits de l'Homme juge elle-même les conséquences de sa jurisprudence à l'aune du raisonnable ? Inutile d'en rêver puisque les juges de Strasbourg, eux-mêmes débordés par les recours, ne respectent pas le délai raisonnable pour leurs propres arrêts⁴¹.

En dernière analyse, il ressort de cette brève étude que si le raisonnable a bien acquis la force d'un principe dans notre droit positif, il n'en demeure pas moins d'une efficacité limitée. Sa souplesse est parfois très relative et conduit à des résultats parfois inverses de ceux qu'elle permettait d'espérer. Mais cette constatation a quelque chose de rassurant, au fond. Cela prouve en effet que le standard du raisonnable n'a eu raison, ni de la passion qui, comme le notait Carbonnier⁴², caractérise le droit en France, ni de la fantaisie qui, comme le suggérait La Rochefoucauld, fait toute la saveur de la vie...

³⁵ L. Duong (art. préc., p. 703 s.) propose des combinaisons entre ces notions : la proportion viendrait corriger les excès que le raisonnable repère, l'usage déraisonnable d'un droit révélerait l'abus de droit et la bonne foi serait un préalable au raisonnable...

³⁶ H. Ramparany-Ravalolomiarana, th. préc., n° 280.

³⁷ Un auteur a proposé une procédure d'utilisation du principe du raisonnable, en quatorze étapes (L.-M. Duong, thèse préc., p. 376), très détaillées et un peu laborieuses.

³⁸ Durée de dix-huit mois d'une procédure d'indemnisation d'un hémophile contaminé par le virus du Sida à la suite de transfusions sanguines, durée due à l'attente de la publication d'un décret et de graves négligences des juges administratifs (CEDH, 26 avr. 1994, aff. 2/1994/449/528 ; *Justices* 1995, n° 1, p. 169, obs. Cohen-Jonathan et Flauss) ; délai de cinq ans pour rédiger le jugement après son prononcé (CEDH, 28 mars 1990 : *JD* 1991, 784, note P. T.).

³⁹ D. Mainguy, art. préc., p. 325.

⁴⁰ À ce propos, les exemples de l'Italie et de l'Espagne sont riches d'enseignements (v. S. Guinchard et *alii*, *op. cit.*, n° 434). Fréquemment condamnée par la CEDH, l'Italie a finalement adopté en 2001 une loi

Pinto qui permet aux Cours d'appel de vérifier le respect du délai raisonnable et de condamner l'État si la durée de la procédure est déraisonnable. Mais cette loi a eu des effets pervers : censée réduire la durée des procédures, elle a en réalité favorisé un développement exponentiel du contentieux relatif au délai raisonnable (le nombre d'affaires a quintuplé devant les Cours d'appel depuis la loi *Pinto*). Corrélativement, l'État italien, déjà très endetté, doit affecter des sommes importantes à la réparation de ces préjudices : on évalue à 71 millions d'euros les sommes dépensées par l'État au titre de la loi *Pinto* de 2002 à 2007. Pour faire face, l'État n'a d'autres solutions que d'augmenter les effectifs de la magistrature : ce qu'a fait l'Espagne dans les années 1990 suite à une condamnation par la CEDH, en créant 1 600 postes de juges en trois ans et en réorganisant la compétence territoriale des juridictions. Curieusement, la principale conséquence du délai raisonnable est de multiplier le nombre de juges : le procès équitable serait-il une machine à fabriquer des juges ?

⁴¹ S. Guinchard et *alii*, *op. cit.*, n° 421.

⁴² J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Champs, Flammarion, 2006.

Petit cinq du Grand A : standards et contrats

Le jeu des standards en matière contractuelle : Variation sur le contrôle des clauses abusives dans les contrats standardisés*

Magali Jaouen

Professeur à l'Université de Valenciennes

1. Cette réflexion part d'un jeu sur la polysémie du terme « standard » en droit et du constat de la coexistence, en matière de contrôle des clauses contractuelles abusives, de deux sens distincts de cette notion. Loin d'être purement spéculatif, ce petit jeu permet de nourrir le débat sur le rôle et les pouvoirs du juge en matière contractuelle.

2. **Une conception ouverte du standard.** Si l'on demande à un juriste ce qu'il entend par « standard », il répondra très certainement que le standard désigne une notion floue, à contenu variable et indéterminé, insérée par l'auteur d'une norme en vue de donner à celle-ci un contenu souple et évolutif¹. En ce sens, le standard juridique désigne en effet, non pas une

norme en tant que telle, mais une notion contenue dans une norme juridique². C'est la notion de « bon père de famille », héritage du droit romain qui irrigue notre droit mais dont les heures sont aujourd'hui comptées³. En matière contractuelle sont généralement considérés comme des standards, la bonne foi, l'abus, la proportionnalité, les bonnes mœurs, l'ordre public... Le standard juridique désigne donc ces notions souples et malléables qui confèrent à la règle⁴ qui les contient une texture ouverte laissant un large pouvoir d'interprétation à l'autorité chargée de l'appliquer. Avec le standard juridique, on dote le juge d'un outil très souple qu'il pourra faire évoluer au fil du temps et qu'il devra mettre en œuvre en tenant compte des circonstances concrètes de la situation soumise

* Janvier 2014.

¹ V. not. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, LGDJ, 1993, V° « Standard juridique » par P. Ourliac ; *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, coll. Quadrige, 2003, V° « Standard », par C. Bloud-Rey. L'ouvrage de référence en la matière est la thèse de M. Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. P. Weill, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, T. 35, 1980. Adde C. Perelman, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

² S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, th. préc., spéc. n° 93 : « Le standard est une technique de formulation de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci ».

³ Amendement adopté par l'assemblée nationale à l'occasion des discussions sur le projet de loi relatif à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes. Qualifiée d'« expression désuète qui remonte au système patriarcal », la notion de « bon père de famille » sera remplacée par celle, jugée plus neutre, de « raisonnable ».

⁴ Cette règle peut être d'origine légale ou jurisprudentielle (S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, op. cit.).

à son examen. Instrument de mesure des situations et des comportements en termes de normalité⁵, le standard juridique se présente ainsi comme un moyen, placé entre les mains du juge, d'individualiser et, partant, d'humaniser la règle de droit⁶. C'est pourquoi, fréquemment, l'évocation du standard juridique va de pair avec une mise en garde contre le risque d'arbitraire judiciaire. C'est le spectre du gouvernement des juges qui ressurgit souvent avec la question du standard ! C'est notamment en matière contractuelle que l'utilisation des standards juridiques, telle la bonne foi ou le « déséquilibre significatif », est régulièrement stigmatisée comme facteur d'insécurité juridique⁷. La crainte est que, par ce biais, le juge ne soit en possession d'un outil de réécriture des contrats après coup⁸. Tel est donc le sens qui vient immédiatement à l'esprit du juriste confronté à la notion de standard.

3. Une conception fermée du standard.

Telle n'est toutefois pas la seule signification du terme « standard » qui peut intéresser le juriste. Il en est une autre, tirée du langage courant, dont la prise en considération peut s'avérer très fructueuse pour l'étude du système juridique. Dans le langage courant, le standard est défini lui-même comme une norme ou encore comme « un type de fabrication ». On le rencontre souvent sous

sa forme adjectivale invariable⁹ qui désigne ce qui est « normalisé, conforme à un modèle ». C'est en ce sens que l'on parle par exemple d'un prix standard, d'un contrat ou d'une clause standard... Le terme renvoie notamment au phénomène bien connu de standardisation des contrats¹⁰. Conçue comme un instrument de régulation du marché, la standardisation des contrats consiste en l'élaboration de modèles de contrat, dits encore contrats-type, destinés à être reproduits à l'identique pour régir le même type de relations contractuelles¹¹. Si le phénomène concerne de nombreux domaines de l'activité contractuelle interne et internationale¹², c'est plus particulièrement celui des contrats de consommation qui retiendra ici l'attention. Le développement de la consommation de masse tout à la fois implique et génère une uniformisation des conditions de conclusion des contrats. La répétition des contrats à grande échelle couplée au constat du caractère intrinsèquement inégalitaire du rapport de forces entre un professionnel et un consommateur conduit en effet à l'élaboration de contrats standardisés, c'est-à-dire de modèles de contrats préédigés, soit par un tiers au contrat – contrat-type élaboré par une organisation professionnelle, une chambre syndicale, une chambre de commerce... –, soit directement par le professionnel partie au contrat¹³. La

⁵ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, th. préc., spéc. n° 72 s.

⁶ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, spéc. n° 185 s. On précise souvent que le standard invite à une appréciation au regard de critères et valeurs qui n'ont rien de proprement juridique : la morale.

⁷ En ce sens, à propos des clauses abusives, v. not. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. ?Bout, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 337, 2000, spéc. n° 7400 s. *Adde* Sur les faiblesses du contrôle des clauses limitatives de responsabilité à l'aune d'un standard : Y.-M. Lathier, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », *RDC* 2010, n° 3, p. 1091 s.

⁸ C'est pourquoi certains se sont réjouis de la répétition par la Cour de cassation de sa jurisprudence « Les Maréchaux », selon laquelle « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » (Cass. com., 10 juillet 2007, *Bull. civ.* IV, n° 188; *JCP G* 2007, II, p. 10154, note D. Houtieff; D. 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck; *ibid.*, p. 2844, note P.-Y. Gautier; *RDC* 2007, p. 1107, obs. L. Aynès, *ibid.*, p. 1110, obs. D. Mazeaud. Arrêt confirmé de nombreuses fois depuis : Cass. civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 04-19923; *Gaz. Pal.* 8 avr. 2010, p. 20, I, 1257; v. récemment, Cass. civ. 3^e, 26 mars 2013, n° 12-14870; *Contrats, conc. consom.* 2013, comm. 128, obs. L. Leveneur; *Gaz. Pal.*, obs. D. Houtieff; *RDC* 2013, n° 3, p. 888, note Y.-M. Lathier – 25 juin 2013, n° 11-27904, Consorts X c/ Stés Gestion du golfe et Provence lotissements). Si l'on peut être réservé quant à l'opportunité et la clarté de la distinction proposée entre les droits et obligations, d'une part, et les prérogatives contractuelles, d'autre part, il est cependant difficilement discutable que cette solution s'inspire par le souhait de cantonner le rôle de la bonne foi au nom de la force obligatoire du contrat, source de sécurité juridique.

⁹ L'origine anglaise du terme expliquerait ce caractère invariable.

¹⁰ Un auteur a pu souligner que « la standardisation des opérations contractuelles est (...) un élément incontournable de la vie juridique, en décalage immense avec l'intérêt qu'elle suscite » (P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, coll. Manuel, 2011, n° 421).

¹¹ Sur la typicité des contrats et le rôle de modèle joué par la cause définie comme l'intérêt raisonnable, v. J. Rochfeld, *Cause et type de contrats*, préf. J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 311, 1999, spéc. n° 20 et s. *Adde* G. Helleringer, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 536, 2012. Et, sur les contrats-types, v. not. G. Chantepeie, « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC* 2009, n° 3, p. 1233 et s.

¹² Les contrats-types se retrouvent ainsi en matière de contrats de transport (v. en dernier lieu, le décret n° 2013-293 du 5 avril 2013 portant approbation du contrat type de commission de transport, *JORF* n° 82 du 7 avril 2013, p. 5793), en matière de contrats du commerce électronique (v. not. les contrats-types élaborés par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, sur ce point G. Loiseau, « L'utilité du contrat-type est de fournir aux professionnels les éléments d'architecture des contrats d'adhésion qu'ils proposent aux consommateurs », *Communication commerce électronique* 2013, n° 6, p. 30 et s.), en matière financière (v. not. les contrats-types de la *Loan Market Association* ou encore ceux de l'*International Swaps and Derivates Association*, v. not. M. Favero, « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques », *RTD com.* 2003, n° 3, p. 429 et s.), etc.

¹³ Cela renvoie plus précisément aux conditions générales de vente et, par ricochet, à la notion de contrat d'adhésion. Il s'agit également de la pratique notariale des formules standardisées qui sont élaborées soit par les notaires eux-mêmes à l'échelle d'une étude, soit par des éditeurs (sur ce point, v. not. P. Deumier, « La pratique notariale, entre faux-semblants coutumiers et pouvoir hybride d'interprétation », *RTD civ.* 2007, p. 499).

standardisation rime alors avec la fin du « sur-mesure » et l'avènement du « prêt-à-porter » contractuel illustrant une certaine crise du contrat individuel¹⁴. Elle est révélatrice du rôle de la pratique en matière contractuelle ainsi que du pluralisme des forces créatrices du droit des contrats. Pris en ce sens, le standard se définit donc comme un produit de la pratique tendant à la normalisation d'une activité par la reproduction d'un type ayant fonction de modèle.

4. L'unité derrière la dualité. Mais quel lien existe-t-il entre ces deux acceptions du terme « standard » ? *A priori* on pourrait être tenté de répondre que ces deux sens n'ont rien en commun et qu'ils décrivent des phénomènes bien distincts¹⁵. Pourtant, force est de constater que, dans les deux cas, il est question de se référer à un modèle abstrait exprimant ce qui est socialement accepté comme normal, habituel ou encore raisonnable. Mais, alors qu'avec le standard juridique *stricto sensu* il s'agit d'un « modèle hypothétique à construire », avec le standard technique il s'agit au contraire d'un « modèle préconstitué »¹⁶. Ce sont deux manières différentes de tenter un alignement des comportements et des situations sur un modèle de référence, l'une *a posteriori*, l'autre *a priori*. Le standard juridique permet d'introduire de la souplesse et du « jeu » tout au long de la vie du contrat. Il a pour destinataire le juge auquel est laissé le soin de déterminer après coup un modèle de référence à l'aune duquel seront appréciées les situations concrètes. Pris en ce sens, le standard libère le juge. Au contraire, avec le contrat standard, le modèle de référence est prédéterminé et l'on tente de le faire reproduire à l'identique dans le plus grand nombre possible de transactions, dans un souci de sécurité juridique et de réduction des coûts de transaction. Si là encore il est possible d'identifier le juge comme destinataire de ce standard, ce n'est plus pour lui donner un large pouvoir d'interprétation mais, tout au contraire, pour tenter de lui imposer un contenu contractuel prédéterminé qu'il devra se

contenter d'appliquer à la lettre. Pris dans ce deuxième sens, le standard contraint le juge.

5. Les clauses abusives : à la croisée des standards. La lutte contre les clauses abusives constitue alors un point intéressant de rencontre entre ces deux sens du standard. Dans le but de purger les contrats de consommation des clauses abusives stipulées au détriment des consommateurs, le législateur, interne comme européen, utilise ces deux manifestations du standard. C'est tout d'abord le standard juridique du déséquilibre significatif qui est utilisé. En dehors des cas où la clause en question figure dans la liste noire des clauses irréfablement réputées non écrites (article R. 132-1 du Code de la consommation), c'est au juge qu'est confiée la tâche d'apprécier si une clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁷. Cette appréciation s'effectue en principe de manière subjective et concrète en fonction des circonstances propres à chaque espèce¹⁸. S'il est possible d'approuver une telle appréciation subjective en ce qu'elle permet d'assurer une protection du consommateur efficace sans être aveugle, nombreuses sont les critiques adressées à ce système de lutte contre les clauses abusives qui ferait la part trop belle au juge. Le standard du déséquilibre significatif, que la directive de 1993 rattache expressément à la bonne foi, est ainsi fréquemment accusé de favoriser l'arbitraire du juge dont les décisions varieraient d'une espèce à l'autre. Outre le risque d'une atteinte à la sécurité juridique des contractants, c'est la difficulté de parvenir à une harmonisation des solutions en la matière, tant sur le plan interne que communautaire, qui nourrit la critique à l'endroit de ce standard. Aussi, en parallèle, le législateur consumériste va-t-il se servir de la standardisation des contrats pour renforcer la lutte contre les clauses abusives. À ce titre, le contrat standard se présente à la fois comme un symptôme et comme un remède. En droit européen, c'est d'abord pour les contrats standardisés qu'a été instaurée la lutte contre les clauses

¹⁴ J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 4^e éd. par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, Francis Lefebvre, 2010, spéc. n° 94 s.

¹⁵ Ils ne sont d'ailleurs généralement pas envisagés ensemble au sein d'une même étude, du moins pas de manière frontale.

¹⁶ P. Ourliac, *op. cit.*

¹⁷ S'agissant de la liste « grise » des clauses simplement présumées abusives (article R. 132-2 du Code de la consommation), le professionnel peut tenter de démontrer l'absence de caractère abusif. Le

juge dispose alors, dans ce cas encore, d'un pouvoir d'appréciation. Pour une appréciation critique de ces listes établissant des « types de déséquilibres », v. not. D. Fenouillet, *RDC* 2009, n° 4, p. 1422 s.).

¹⁸ C'est ce qui ressort de la précision de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, conformément aux critères de la directive du 5 avril 1993, selon laquelle le déséquilibre significatif s'apprécie en fonction des « circonstances qui entourent la conclusion du contrat ».

abusives : ce sont les clauses standardisées, c'est-à-dire les clauses préédigées qui n'ont pas été négociées individuellement par le consommateur qui sont stigmatisées et soumises au crible du déséquilibre significatif. Mais l'appréciation subjective du déséquilibre significatif par les juges nationaux conduit inévitablement à des disparités entre les droits nationaux. Aussi l'une des solutions prônées par la Commission européenne, outre l'élaboration de principes communs, serait la standardisation des contrats à l'échelle communautaire¹⁹. Quant au droit français, s'il étend la protection contre les clauses abusives aux clauses négociées insérées dans des contrats de consommation²⁰, il n'est pas pour autant indifférent au caractère standardisé du contrat²¹. L'intérêt de la standardisation dans la lutte contre les clauses abusives ressort de façon éclatante des dispositions qui autorisent, à certaines conditions, les associations de consommateurs ainsi que les organismes inscrits sur une liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes à agir en justice pour obtenir la suppression des clauses abusives contenues dans « *tout contrat ou tout type de contrat habituellement proposé ou destiné au consommateur* »²². Ainsi pour lutter contre les clauses abusives le droit adopte une démarche combinée sollicitant le standard, tantôt dans son sens juridique comme une notion souple permettant un contrôle *a posteriori* et concret des clauses stipulées dans les contrats individuels, tantôt dans son sens courant comme un modèle prédéterminé permettant un contrôle *a priori* et abstrait. Les deux approches coexistent et concourent au but d'assainissement et de moralisation des pratiques contractuelles.

6. Les combinaisons judiciaires. Il peut alors être intéressant de s'interroger sur le raisonnement du juge auquel il est demandé de contrôler

les clauses standardisées à l'aune du standard du déséquilibre significatif. Certes, le contrôle des clauses abusives est d'abord conçu pour les clauses standardisées, c'est-à-dire préédigées et qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation²³. Toutefois, lorsque l'on s'intéresse à la méthode d'application des standards, force est de constater que, en présence d'un contrat standardisé, l'application du standard du déséquilibre significatif va s'en trouver considérablement perturbée voire, à terme, pratiquement évincée. En effet, la circonstance que l'objet contrôlé soit un contrat standardisé va opérer comme une sorte de court-circuit. Alors que le standard du déséquilibre significatif s'apprécie en principe *in concreto* en fonction des particularités propres à l'espèce qui lui est soumise, inévitablement, la standardisation des contrats va conduire à transformer ce contrôle qui va progressivement se muer en un contrôle objectif *in abstracto*. Il ne s'agit plus d'apprécier si une clause particulière insérée dans un contrat particulier, tel que les parties l'ont conçu, s'éloigne ou non du modèle abstrait véhiculé par le standard. L'appréciation devient objective ; on contrôle le modèle, la référence que constitue le modèle type par rapport au modèle abstrait contenu dans la norme de contrôle des clauses abusives. Certes, là encore, le juge est invité à se livrer à une appréciation circonstanciée, contextualisée dit-on souvent, de la clause standardisée par rapport au modèle du déséquilibre significatif. Mais cette contextualisation devient objective : il ne s'agit plus d'apprécier un contrat individuel pris dans un contexte individuel ; il est question d'apprécier un modèle de contrat, proposé généralement en masse, ce qui imprime une coloration objective.

7. Le jeu des associations. C'est bien sûr le raisonnement que le juge doit adopter lorsqu'il est saisi par une association de consommateurs,

¹⁹ En ce sens, v. not. Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement concernant le droit européen, 11 juill. 2001, COM (2001) 398, point n° 56 : partant du constat de la diversité des contrats-type selon les États, la Commission encourage l'élaboration de contrats standard européens. À cette occasion, elle souligne les avantages du recours au contrat standard en ces termes : les « contrats standard épargnent aux parties la négociation des termes du contrat pour chaque transaction. Ils fournissent aussi un degré de certitude et acquièrent un statut semi-régulateur ». *Adde* Communication de la Commission en date du 12 févr. 2003, COM (2003) 68, *Un droit européen plus cohérent, Un plan d'action, spéc.* point n° 37-38 qui met en avant les inconvénients liés aux disparités nationales en matière de contrats standard.

²⁰ On peut toutefois relever que l'article L. 132-1 se trouve situé, dans le plan du Code de la consommation, dans un Titre III intitulé « Conditions générales des contrats ».

²¹ On peut d'ailleurs souligner que la plupart des projets de réforme du droit des contrats contiennent des propositions relatives au contrat d'adhésion dont le contenu est imposé par l'une des parties. Le dernier projet en date prévoit ainsi d'insérer dans le Code civil une disposition relative à l'interprétation de ce type de contrats (sur ce point, v. art. 3 du Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures du 27 nov. 2013).

²² Article L. 421-6 du Code de la consommation.

²³ Sur la différence de prise en considération, selon les droits, de la distinction entre clauses standardisées et clauses négociées, v. not. G. Lardeux, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris 2, 1999 ; B. Fauvarque-Cosson, « Les clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », *RDC* 2013, n° 2, p. 671 s.

sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, en vue d'obtenir la suppression des clauses abusives dans les modèles et types de contrats proposés aux consommateurs²⁴. Le fait que cette action soit exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs explique que l'appréciation doive se faire de façon abstraite et objective, identique pour chaque type de contrat. Le déséquilibre significatif est apprécié abstraitement : on vérifie si la clause aboutit objectivement à créer un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, envisagées non comme individualités concrètes mais comme un ensemble, une collectivité. Allant au bout de la logique, la Cour de justice de l'Union européenne décide en outre que les effets attachés aux décisions de justice réputant non écrites les clauses abusives contenues dans des contrats standardisés habituellement proposés aux consommateurs ne se limitent pas au seul cercle des parties au litige mais sont étendus à l'ensemble des personnes ayant conclu un tel contrat-type²⁵. Si, théoriquement, l'article 5 du Code civil et le principe de l'effet relatif de la chose jugée empêchent pour le moment²⁶ le juge de donner un tel rayonnement à ses décisions, en pratique, l'impact d'une décision retenant le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat standardisé se fait souvent ressentir au-delà de l'instance concernée. Certes, la Cour de cassation refuse toujours de contrôler, sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, les clauses qui ne sont plus en usage dans les modèles de contrat proposés ou destinés aux consommateurs²⁷. Elle tend cependant à assouplir sa jurisprudence pour considérer notamment que « l'action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a voca-

tion à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée », quand bien même les professionnels à l'origine de l'élaboration de ces modèles de contrats n'ont pas vocation à en devenir parties²⁸. Le caractère collectif et préventif de cette action s'explique donc par le fait que le contrôle effectué par le juge a pour objet, non un contrat individuel, mais un modèle de contrat élaboré par des professionnels ou des éditeurs. La logique de ce recours implique une appréciation objective et abstraite du caractère abusif de la clause.

8. Le jeu des parties. Un tel raisonnement n'a pas cours en principe dans le cadre du contentieux individuel qui oppose un consommateur à son cocontractant au sujet d'une clause abusive insérée dans le contrat qui les lie. On l'a vu, l'appréciation du standard doit s'effectuer de manière subjective et concrète. Toutefois, le fait que la clause soit issue d'un contrat standardisé va opérer une perturbation de ce raisonnement. La rencontre du standard technique et du standard juridique va aboutir progressivement à l'éclipse du second. Tout le monde souligne en effet la tendance des juges, lorsqu'ils se trouvent confrontés à un contrat standard, à effectuer leur contrôle de manière objective et abstraite et non plus circonstanciée. Assurément, une telle objectivation du contrôle judiciaire peut être vue comme un gage de sécurité juridique et un facteur d'unification du contentieux en la matière. Elle révèle toutefois une certaine dénaturation de la méthode du standard juridique qui implique une démarche pragmatique. Si le modèle de référence est abstrait, l'appréciation de l'écart par rapport à ce modèle doit s'effectuer de manière concrète en fonction des circons-

²⁴ En ce sens, v. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2010, n° 162 s.; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2012, n° 343 s. Adde J.-P. Chazal, *Rép. com.*, V° « Clause abusive », spéc. n° 50.

²⁵ En ce sens, v. not. l'arrêt *Invitel* CJUE, 26 avr. 2012, aff. C-472/10; *JCP G* 2012, 840, note G. Paisant; qui juge que la combinaison des articles 6 et 7 « ne s'oppose pas à ce que la constatation de nullité d'une clause abusive faisant partie des conditions générales des contrats de consommation dans le cadre d'une action en cessation [...] intentée à l'encontre d'un professionnel [...] par un organisme désigné par la législation nationale, produise, conformément à ladite législation, des effets à l'égard de tous les consommateurs ayant conclu avec le professionnel concerné un contrat auquel s'appliquent les mêmes conditions générales, y compris à l'égard des consommateurs qui n'étaient pas parties à la procédure ».

²⁶ Le projet de réforme du droit de la consommation actuellement en cours de discussion pourrait modifier la donne pour les juges fran-

çais. En outre, il est proposé de remplacer l'actuelle faculté pour le juge de soulever d'office le caractère abusif d'une clause (article L. 141-4 du Code de la consommation issu de la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008) par une obligation, dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE (V. not. arrêt *Océano Grupo* du 27 juin 2000, aff. C 240/98 et C 244/98).

²⁷ En ce sens, v. Civ. 1^{re}, 13 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 134 – 1^{er} févr. 2005, *Bull. civ. I*, n° 59; *JCP G* 2005, II, 10057, note G. Paisant; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 95, obs. G. Raymond; *RDC* 2005, p. 733, note D. Fenouillet – 23 janv. 2013, n° 10-21.177 et n° 10-22.815, inédit; *JCP G* 2013, 297, note G. Paisant.

²⁸ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2011, *Bull. civ. I*, n° 23; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 102, obs. G. Raymond; *JCP G* 2011, p. 414, note G. Paisant; *JCP E* 2011, p. 1285, note N. Dupon; D. 2011, p. 1659, note G. Chantepie. En l'espèce, il s'agissait de modèles de contrats de location saisonnière élaborés par l'association Clévances Isère et par la Fédération nationale des locations de France Clévances.

tances propres à l'espèce²⁹. Pourtant, du fait de la standardisation des contrats, ce contrôle va s'objectiver pour, au fil du temps, devenir purement artificiel voire inexistant. Une telle évolution s'explique aisément. On l'a vu, le standard juridique permet une évaluation d'une situation ou d'un comportement en termes de normalité. À cet égard, le contrôle des clauses abusives s'apparente de plus en plus à un contrôle de l'écart entre le contenu de la clause et ce qui est « habituel » dans le domaine concerné, ce qui est supplétif³⁰. Or, un contrat standardisé, surtout lorsqu'il est relayé par les autorités publiques, se veut l'expression des usages³¹ d'une profession donnée ou d'un secteur d'activité donné. Avec le temps le contrat standardisé peut acquérir une valeur normative telle que ses clauses vont être perçues comme le vecteur de ce qu'il est habituel de stipuler dans un domaine d'activité ou pour un type de transactions³². Reflet de la normalité, le contrat standardisé n'a donc plus vocation, à terme, à être passé au crible du standard du déséquilibre significatif. Seul serait maintenu un contrôle de la qualité rédactionnelle de la clause destiné à s'assurer que le consommateur a eu connaissance et a compris le contenu de la clause litigieuse à défaut d'avoir pu la négocier³³.

9. La standardisation du raisonnement judiciaire ? Le constat aboutit donc à l'idée selon laquelle le contrôle judiciaire des clauses abusives dans les contrats standardisés pourrait bien disparaître dans les faits tant il peut paraître inutile de comparer à un modèle abstrait ce qui tend à s'im-

poser comme incarnant un tel modèle... Précisons toutefois que ce phénomène va être plus ou moins net en fonction de la valeur normative attribuée au contrat standard. Ainsi, le contrôle à l'aide du standard du déséquilibre significatif est purement et simplement exclu pour les contrats-type dont l'application a été rendue impérative par des dispositions législatives ou réglementaires, de même que pour les contrats-type dont l'application est supplétive. Comme il est précisé dans la directive du 5 avril 1993, cette exclusion est dictée par l'idée selon laquelle « les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives ». Le contrat-type prévu par décret constitue le droit commun, la règle supplétive, applicable à défaut de volonté contraire ou en remplacement d'une clause réputée non écrite et le juge judiciaire³⁴ n'est pas habilité à en apprécier l'équilibre. Il n'en va autrement que lorsqu'une clause standardisée reprenant une règle du droit national applicable à un type de contrat est insérée dans un tout autre type de contrat non soumis à ladite réglementation, ainsi que l'a décidé récemment la Cour de justice de l'Union européenne³⁵. S'agissant des contrats standard non repris par une disposition législative ou réglementaire, certains peuvent acquérir avec le temps la valeur de véritables usages dont le juge va faire application³⁶. Reflet des pratiques contractuelles dominantes, le contrat standard est alors présumé exempt de toute clause abusive. La phase ultime de cette évolution c'est l'insertion

²⁹ L'article L. 132-1 du Code de la consommation ne dit pas autre chose lorsqu'il précise – à destination du juge – que « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

³⁰ Sur ce rapprochement entre le « naturel » et le « supplétif » en matière de clauses limitatives de responsabilité, v. not., Y.-M. Lathier, *RDC* 2010, art. préc. renvoyant notamment à la thèse de C. Pérès, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 421, 2004, spéc. n° 535 s.

³¹ En ce sens, v. not. P. Deumier, *Introduction générale au droit*. Adde N. Emeric, « Le modèle type de contrat, source de droit ? L'épreuve par la baguette du sourcier », *LPA* 23 octobre 2012, n° 212, p. 3 s.

³² Le contrat-type est ainsi souvent perçu comme l'expression d'un pouvoir réglementaire de fait (en ce sens, v. not. G. Loiseau, art. préc. ; N. Emeric, « Le modèle type de contrat, source de droit ? », art. préc.).

³³ Plusieurs arrêts révèlent que c'est essentiellement du point de vue « rédactionnel » qu'est apprécié le caractère abusif des clauses. Sur cette jurisprudence, v. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 171 et s. ; J. Rochfeld, « Les clairs-obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 981 s. ; M. Lamoureux, « L'interprétation des contrats de consommation », *D. Aff.* 2006, chron. 2848.

³⁴ Le juge administratif peut être saisi de l'illégalité d'un décret portant création d'un contrat-type dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

³⁵ CJUE 21 mars 2013, aff. C-92/11, *RWE Vertrieb*.

³⁶ Sur le rôle créateur de droit des pratiques contractuelles, v. not. N. Molfessis, « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires. Introduction », *LPA* 27 novembre 2003, n° 237, p. 4. Il n'est pas inutile d'évoquer à ce stade la manière dont la Cour de cassation n'hésite pas à assimiler usages et contrats-type ayant vocation à régir les relations entre professionnels. C'est ainsi que, dans le cadre de l'appréciation du caractère brutal de la rupture d'une relation commerciale établie, la Cour de cassation a pu retenir que « les usages commerciaux en référence desquels doit s'apprécier la durée du préavis de résiliation du contrat de sous-traitance de transport contractuellement convenu sont nécessairement compris comme conformes au contrat type dont dépendent les professionnels concernés » (Com., 19 nov. 2013, n° 12-26.404, F-P+B, Sté Chronopost c/ Sté Marseille courses ; D. 2013, p. 2765 s., obs. X. Delpèch ; *JCP E* 2013, p. 1704 s., comm. D. Bazin-Beust). Précisons que la solution concerne ici un contrat-type prévu par décret (décret n° 2003-1295 du 26 déc. 2003) et dont la loi a prévu l'application de plein droit en l'absence de stipulation contraire. Si la solution semble donc devoir être cantonnée aux contrats-types tirant leur force normative d'une loi ou d'un décret, le raisonnement adopté par la Cour de cassation sur le fondement des usages pourrait aboutir à une solution équivalente, le contrat standardisé étant pourrais traduire ces usages et devant donc échapper à un contrôle subjectif *via* le standard du raisonnable.

des clauses standard dans la liste « noire » ou « grise » des clauses réputées abusives : la standardisation des contrats couplée à l'action conjuguée des pouvoirs publics, des institutions européennes, de la Commission des clauses abusives, des associations de consommateurs ou encore des organisations professionnelles rend possible l'élaboration de ces listes. Belle illustration de cette association conjuguée des « standards » pour dégager les éléments d'un consensus propre à éradiquer les clauses abusives.

10. La standardisation : un jeu dangereux.

On peut alors regretter que la protection des consommateurs contre les clauses abusives s'achemine progressivement vers un contrôle relativement réduit voire nul de l'équilibre au sein des contrats standardisés. Comme un auteur l'a montré à propos de la typicité, « la force du modèle permet de délimiter l'intérêt typique du contrat, mais pas son équilibre »³⁷. Que l'on se souvienne du dénouement de la « saga Chronopost » où la neutralisation d'une clause limitative de responsabilité contredisait la portée même de l'engagement a conduit à l'application du contrat-type contenant lui-même une telle clause limitative³⁸... Pourtant, considérée *in concreto*, une telle clause a pu être jugée contraire à l'économie du contrat. Si les efforts déployés tant au niveau interne qu'international et européen pour parvenir à une harmonisation des solutions en matière de clauses abusives sont louables, il faut veiller à ne pas pervertir le système. Le juge doit conserver son pouvoir d'appréciation subjective dans le cadre des contentieux individuels, y compris lorsque les contrats litigieux sont des contrats standardisés issus d'une pratique reconnue. Le risque est grand en effet de favoriser, par le biais de la standardisation des contrats, les intérêts catégoriels de ceux qui sont à l'origine de l'élaboration de ces contrats-type. Et, de ce point de vue,

la règle prévue à l'article L. 133-2, alinéa 2 du Code de la consommation et qui impose³⁹ au juge de toujours interpréter la clause dans un sens favorable au consommateur ne paraît pas suffisante pour prémunir le consommateur individuel contre un tel risque. Tout d'abord, cette règle s'applique uniquement lorsque la clause est obscure, c'est-à-dire lorsqu'elle ne répond pas aux standards rédactionnels de clarté et d'intelligibilité. Mais que la clause soit claire et compréhensible et cette règle s'efface⁴⁰. Ensuite, l'interprétation *in favorem* est exclue lorsque le juge est saisi par une association de consommateurs d'une action préventive en suppression des clauses abusives insérées dans les contrats standard proposés habituellement aux consommateurs par les professionnels⁴¹. Enfin, on peut observer que, même lorsqu'elle a vocation à s'appliquer, la règle de l'interprétation *in favorem* du droit de la consommation n'est nullement la garantie d'une protection subjective et concrète du consommateur contre les déséquilibres contractuels puisqu'elle s'impose au juge quand bien même celui-ci estimerait cette interprétation totalement improbable au vu de l'espèce qui lui est soumise. Cette solution attesterait selon certains de la spécificité du droit de la consommation par rapport au droit civil des contrats : le droit de la consommation « ne s'intéresse pas au contrat en tant qu'accord reflétant le particularisme d'une relation interindividuelle concrète. Il le considère comme un maillon d'un processus de distribution de masse qu'orientent les pouvoirs publics et les représentants des catégories économiques intéressées, secteur par secteur, en vue de dynamiser le marché »⁴². Droit de la régulation du marché, l'objectif du droit de la consommation n'est plus tant la protection du consommateur en tant qu'individu, que la protection de la consommation. C'est cette logique de marché, collective et désincarnée, qui explique certaine-

³⁷ G. Chantepie, « De la nature contractuelle des contrats-types », art. préc. Rapp. T. Revet, « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 277 s. : définie comme la « stipulation contractuelle dont le contenu n'est que la reprise d'un texte normatif – loi au sens formel, décret, arrêté, acte réglementaire d'autorité administrative indépendante » (n° 5), la clause légale conduit à prendre des distances avec la conception subjective et volontariste du contrat au point que l'auteur se demande si elle n'aboutit pas à « une mythification de l'équilibre contractuel » (n° 20).

³⁸ V. not. l'appréciation critique de D. Mazeaud, « Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche », D. 2006, p. 2288 s.

³⁹ Sur cette obligation, v. not. Civ. 1^{re}, 21 janvier 2003, *Bull. civ. I*, n° 19 ; D. 2003, p. 2600, note H. Claret ; *ibid.*, p. 693, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD civ.* 2003, p. 292, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2003,

p. 559, obs. B. Bouloc ; *RDC* 2003, p. 91, obs. M. Bruschi ; *Civ. 2^e*, 13 juill. 2006, *Bull. civ. II*, n° 214 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 209, obs. G. Raymond.

⁴⁰ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 172.

⁴¹ Pour une présentation critique de cette exclusion, v. not. C. Witz, « L'énigmatique exception au principe d'interprétation des clauses dans un sens favorable au consommateur », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, PU Nancy, 2009, p. 321 s.

⁴² Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705 s., spéc. n° 44 ; 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 s., spéc. n° 8.

ment le mieux cette évolution prévisible du contrôle judiciaire des clauses abusives dans les contrats standardisés, d'une objectivation accrue

vers une disparition probable en présence d'un consensus. Quand le jeu des standards est absorbé par le jeu du marché...

Petit six du Grand A : standards et sûretés

Les standards juridiques en droit des sûretés

Christophe Juillet

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

1. Première approche de la notion de standard juridique. Tel Monsieur Jourdain avec la poésie, le juriste utilise souvent le standard juridique sans trop s'en rendre compte. Cette figure lui est familière dans son application. Ainsi, si on l'interroge pour savoir à partir de quand le comportement d'une personne peut être jugé fautif, il répondra sans hésiter lorsque le sujet a cessé de se comporter *en (défunt?) bon père de famille*. Mais aussi familière soit-elle dans son application, la notion même de standard demeure relativement obscure. C'est peut-être ce qui en fait le charme et qui justifie le choix du thème du présent numéro de la *Revue de droit d'Assas*. Mais c'est surtout ce qui constitue la plus grande difficulté pour les auteurs sollicités...

Dans une première approche, le standard juridique peut être défini comme « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique), occasion d'adapter la règle

à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant »¹.

Quoique mettant l'accent sur les traits saillants du standard juridique, cette définition mérite quelques précisions.

D'abord, comme l'a relevé un auteur particulièrement autorisé sur cette notion, « le standard n'est pas la règle : il est une technique de formulation de la règle de droit, un instrument de mesure mis en œuvre par celle-ci »². En d'autres termes, le standard est le critère d'application de la règle et non la règle elle-même. Il fait dépendre l'application de cette dernière.

Ensuite, il ne faut pas se méprendre sur le pouvoir du juge en présence d'un standard. D'une part, quelle que soit la règle et quel que soit le critère sur lequel elle repose, du plus flou au plus arithmétique, il appartient toujours au juge de l'« appliquer espèce par espèce ». La spécificité du standard tient à l'étendue du pouvoir d'appréciation qu'il confère au juge. Étant, par essence, indéterminé, le standard suppose un large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de la règle et c'est d'ailleurs ce qui explique que sauf rares exceptions³, la mise en œuvre du standard relève du pouvoir des juges

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd., 2007, V^o « Standard ».

² S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39 s., spéc. p. 44.

³ L'exception la plus notable est celle de la qualification de la faute civile que la Cour de cassation soumet classiquement à son contrôle (v. spéc. Civ. 15 avr. 1873, DP 1873, 1, 262 – Civ. 28 févr. 1910, DP 1913, 1, 43 ; S. 1911, 1, 329, note Appert ; GAJC, t. 2, n^o 185) ce qui, d'ailleurs, n'a pas manqué d'être remarqué par la doctrine (G. Viney et

du fond. Cependant, d'autre part, il ne faudrait pas croire que toute règle qui confère au juge, et en particulier au juge du fond, un pouvoir d'appréciation contient un standard juridique. En effet, si tout standard confère au juge un pouvoir d'appréciation, la réciproque n'est pas vraie. Ainsi, par exemple, lorsque l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 exige de la caution des loyers qu'elle rédige une « *mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte* », le législateur invite le juge du fond à une appréciation souveraine alors que les caractères explicites et non équivoques ne constituent pas des standards juridiques⁴.

Enfin, il faut observer que l'adaptation de la norme que permet le standard ne constitue pas vraiment un élément structurel de ce dernier. Il s'agit, en réalité, de la conséquence de son imprécision intrinsèque. Certes, en utilisant le standard juridique, le législateur peut rechercher l'adaptation et donc la pérennité de la règle. Certes, l'adaptation de la norme est une conséquence nécessaire du standard. Pour autant, elle ne participe pas de sa définition même.

2. Approfondissements. À ce stade, on peut donc dire que le standard est un critère de mise en œuvre d'une norme qui se caractérise par son imprécision. Mais il reste alors à déterminer à partir de quand le critère devient suffisamment imprécis pour mériter la qualification de standard juridique. Par exemple, peut-on dire que les frais de justice, les frais funéraires, les frais de dernière maladie ou les frais de subsistance constituent des standards juridiques dont dépend la reconnaissance des privilèges du même nom prévus à l'article 2331 du Code civil ?

Pour répondre à cette question, on peut se référer aux travaux du doyen Marty qui, sans les

nommer, évoquait les standards en écrivant « Parmi les notions dont la loi fait usage [...] il en est qui, même si elles ne sont pas définies par le législateur, sont susceptibles de définition abstraite et générale à laquelle la Cour suprême peut se référer pour exercer son contrôle [...] D'autres notions au contraire, ne sont pas susceptibles d'être définies *a priori*, de façon précise [...] L'attribution de qualifications de cet ordre ne suppose pas une appréciation juridique [...] mais une appréciation de l'ensemble des circonstances de la cause, résultant du sentiment intime du magistrat, en un mot une *appréciation morale* »⁵. Ce n'est donc pas parce que le critère de mise en œuvre d'une norme n'est pas défini qu'il constitue un standard. Le standard présente cette caractéristique de ne pouvoir donner lieu à aucune définition précise. C'est ce qui explique que les frais de justice, funéraires, de dernière maladie ou de subsistance ne sont pas des standards en dépit de ce qu'ils ne sont pas définis par le législateur. Il s'agit de notions juridiques à partir desquelles peut s'opérer une opération de qualification.

À l'ensemble de ces éléments qui permettent de mieux cerner les contours de la notion de standard juridique, on ajoute parfois qu'il constitue un instrument de mesure⁶. De fait, étymologiquement, le terme « standard » provient directement de la langue anglaise dans laquelle il signifie « étalon, type, modèle »⁷. Cependant, là encore, cette caractéristique prêtée au standard mérite d'être précisée. D'abord, la mesure dont il s'agit n'est pas uniquement un rapport de quantification mais plus généralement un rapport de comparaison. En effet, si certains standards comme l'excès ou la disproportion permettent spécifiquement une quantification, d'autres, plus nombreux, comme le manifeste ou le raisonnable, ne servent que d'éléments de comparaison⁸. Ensuite, le référentiel de comparaison est nécessairement présenté en termes de normalité. Le

P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd., 2006, n° 440, qui n'hésitent pas à écrire que l'exercice de ce contrôle par la Cour de cassation « s'apparente singulièrement à celui d'un troisième degré de juridiction ». Adde J. Carbonnier, *Obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, n° 231, qui compare la Cour de cassation à une « Cour de révision d'équité ».

⁴ Il est possible de faire une remarque similaire à propos de la mention que doit apposer la caution omnibus lorsque son acte est soumis à l'article 1326 du Code civil. Faute de chiffre quelconque dans son engagement, la caution ne peut pas respecter ce texte à la lettre. Aussi bien, la jurisprudence décide que la mention de la somme due en chiffres et en lettres doit, dans ce cas, être remplacée par une mention quelconque (Civ. 1^{re}, 22 févr. 1984, *Bull. civ. I*, n° 71). Quoique la règle posée par la Cour de cassation ne repose sur aucun standard, l'appréciation de la mention relève du pouvoir des juges du fond.

⁵ G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, 1929, p. 197, cité par S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », art. préc., p. 49 ; rapp. J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable », in C. Perelman et R. Vander Elst, *op. cit.*, p. 77 : « Le législateur emploie parfois des notions générales au contenu indéterminé qui, pratiquement, ne peuvent donner lieu à des définitions précises ».

⁶ S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », art. préc., p. 43, pour qui les standards juridiques sont des « instruments de mesure en terme de normalité [...] soit à l'état pur soit comme étalon de l'idée mise en œuvre qui ne peut se concevoir qu'en termes de normalité ».

⁷ Cornu, *op. cit.*, loc. cit. ; adde, C. Bloud-Rey, V° « Standard », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1439.

⁸ Cet élément nous incline à penser que les standards juridiques ne doivent pas être confondus avec les notions à contenu variable comme

comportement, l'acte ou encore la situation d'espèce doit être comparée à ce que serait la mise en œuvre normale ou moyenne de l'objet du standard. Ainsi, par exemple, seront excessifs le comportement, l'acte ou la situation qui dépassent le seuil de l'excès normal. En sens inverse, seront raisonnables le comportement, l'acte ou la situation qui ne dépassent pas le plafond du raisonnable normal. Or, et c'est sans doute là l'essentiel, c'est ce référentiel de comparaison exprimé en termes de normalité qui explique l'imprécision nécessaire du standard et son impossible définition *a priori*.

3. Vertus du standard juridique. Les traits caractéristiques du standard juridique, qui viennent d'être dégagés, expliquent son caractère malléable. Ils permettent de mieux mesurer la marge d'appréciation qu'ils confèrent au juge et de mieux comprendre en quoi il constitue un facteur d'adaptation de la norme dont il conditionne l'application.

En effet, dans la mesure où le référentiel de comparaison s'exprime en termes de normalité, on comprend que la mise en œuvre du standard puisse facilement être adaptée au gré des circonstances d'espèce et au gré des évolutions techniques, sociales ou encore politiques. Ce faisant, le standard juridique permet au législateur d'exercer son œuvre par des règles suffisamment générales en lui évitant les dangereuses tentations de réformer sans cesse la règle et de prévoir, par avance, chaque cas d'application d'une norme qui serait trop précise.

Qui plus est, le standard confère ses lettres de noblesse au pouvoir de dire le droit. La fonction juridictionnelle ne consiste pas à appliquer le droit de façon mécanique, désincarnée, mais à l'appliquer avec discernement en tenant compte des singularités de chaque cas. Or, la noblesse de cette fonction suppose que le législateur n'enferme pas le juge dans des critères trop arithmétiques, trop étroits, trop étriqués, ou ne le réduise à découvrir la règle qui correspond exactement à la situation qui lui est soumise.

Ainsi présenté, le standard apparaît donc comme un merveilleux outil de la bonne technique législative, celle que prônait Portalis qui la

conjugait à la sagesse des juges : « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées »⁹.

Le standard juridique s'apparente ainsi à une technique particulièrement vertueuse. Cependant, toute rose a ses épines...

4. Vices du standard juridique. Par son imprécision, le standard est également source d'une très grande insécurité juridique. Nul ne peut en effet prédire, au sens propre, si ce critère sera rempli dans une situation donnée. Il est donc impossible, aux acteurs, d'anticiper l'application d'une norme sauf à se placer très en deçà ou très au dessus de ce que le standard autorise pour être certain de l'application ou, au contraire, de la non-application de la règle. Mais ce faisant, les acteurs se privent de la possibilité d'exploiter au maximum ce que celle-ci autorise réellement.

Au demeurant, par le large pouvoir qu'il confère au juge, le standard juridique génère un contentieux important et une dispersion de la jurisprudence toujours de nature à réduire la foi que le justiciable accorde à l'institution judiciaire. En effet, le juge étant avant tout un homme, l'appréciation qui doit être faite en termes de normalité est susceptible de varier assez substantiellement de l'un à l'autre. Chaque juge va en effet raisonner par rapport à son propre référentiel de normalité et la Cour de cassation, dans son rôle d'unification du droit, n'y peut pas grand-chose puisque, comme il a été dit¹⁰, la mise en œuvre du standard relève normalement de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ce n'est que par des voies détournées comme l'absence de base légale ou la détermination des éléments que doivent prendre en compte les juges du fond pour procéder à la comparaison que leur impose le standard, que la Haute juridiction pourra assurer une pseudo cohérence du droit sur l'ensemble du territoire. Mais de façon générale, avec le standard, toute solution cesse d'être prévisible

l'ordre public, l'abus ou l'intérêt de la famille, lesquels ne sont pas des instruments de comparaison mais des notions générales dont le contenu est précisé au cas par cas.

⁹ Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *reprod. in J.-E.-M. Portalis, Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 21 et s., spéc. p. 30.

¹⁰ V. *supra*, n° 1.

et le droit se trouve ainsi marqué d'une certaine insécurité.

5. Attitude réservée du droit des sûretés.

C'est sans doute cette insécurité qui explique le rôle assez particulier que tient le standard juridique en droit des sûretés. Par essence, le droit des sûretés est un droit de sécurité. À quoi serviraient les sûretés si leur constitution et leur efficacité devaient dépendre de critères imprécis, mis en œuvre au cas par cas ? Certes, l'ensemble du droit a besoin de sécurité. Mais en droit des sûretés, peut-être plus que dans d'autres domaines, la sécurité est le maître-mot¹¹. C'est le crédit qui en dépend et, avec lui, toute l'économie. À titre de comparaison, le droit de la responsabilité civile, avec la notion de faute et toutes ses déclinaisons (faute grave, faute lourde...), est beaucoup plus assis sur la technique du standard que le droit des sûretés¹².

Cela ne veut naturellement pas dire que certains standards ne se retrouvent pas en droit des sûretés. D'une part, le droit des sûretés accueille volontiers des standards plus généraux tirés d'autres branches du droit. Par exemple, la faute s'appréciera toujours au regard du comportement normal qu'aurait adopté le bon père de famille (la bonne banque des familles ?) placé dans les mêmes circonstances. D'autre part, dans sa réglementation propre, le droit des sûretés n'ignore pas totalement l'utilisation du standard.

En réalité, l'attitude réservée du droit des sûretés à l'égard des standards juridiques se manifeste de façon plus insidieuse que leur rejet pur et simple. Une fois écartés ce que l'on appellera les faux standards, l'analyse du droit des sûretés montre, en premier lieu, que les standards y sont finalement assez peu nombreux et, en second lieu, que même lorsqu'ils sont présents, leur mise en œuvre est relativement encadrée.

6. Des faux standards. En droit des sûretés,

un certain nombre de dispositions dépendent de ce que l'on pourrait appeler des faux standards, c'est-à-dire des critères de mise en œuvre de la règle qui, en d'autres circonstances, pourraient

constituer de véritables standards mais qui, en droit des sûretés, sont compris dans un sens très différent, plus strict voire plus arithmétique.

Ainsi en va-t-il, tout d'abord, de l'article 2303, alinéa 2, du Code civil. La mise en œuvre de ce texte, relatif à la répartition du poids de l'insolvabilité d'un cofidélisateur sur les autres cautions, repose sur la proportionnalité. Pourtant, si la proportionnalité est susceptible de constituer un standard juridique, c'est dans un tout autre sens que l'entend l'article 2303, alinéa 2. Dans ce texte, la proportionnalité est une règle purement arithmétique : la fameuse règle de trois. Or, il n'y a rien de plus contraire au standard juridique qu'un critère arithmétique¹³.

On peut également évoquer l'article 2438 du Code civil qui fait référence au « *temps utile* » du vendeur d'immeuble pour inscrire son privilège. Contrairement aux apparences, l'utilité n'est pas, ici, un standard. En réalité, ce temps utile est un délai de deux mois puisque selon l'article 2379 du Code civil, c'est uniquement si l'inscription est prise dans les deux mois de la vente qu'elle prendra rang à la date de cette dernière. Le temps utile n'est rien d'autre qu'un délai défini par le législateur.

De même, lorsque le droit des sûretés réelles manie la bonne foi, il ne se réfère pas à cette notion de bonne foi un peu fuyante du droit des contrats dans lequel elle est plus ou moins synonyme de loyauté et constitue, à ce titre, un standard juridique. Il se réfère à la notion de bonne foi du droit des biens dans lequel elle est synonyme de connaissance. Or, dans ce dernier sens, la bonne foi ne suppose pas une comparaison avec un référentiel de normalité. Elle présente un degré d'objectivité suffisant pour la faire échapper à la qualification de standard et à l'insécurité que génère ce dernier.

Pour finir, on peut encore faire mention des différents articles qui imposent au titulaire d'une sûreté réelle, devenu ou demeuré définitivement propriétaire de l'assiette de la sûreté par l'effet de sa réalisation, de rembourser au constituant la part de la valeur de cette assiette qui dépasse le montant de la dette garantie¹⁴. Pour décrire le

¹¹ Rapp. P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *Études offertes au doyen Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291, n° 1.

¹² Cette différence d'appréhension du standard juridique entre le droit des sûretés et la responsabilité civile procède certainement de plusieurs facteurs. D'abord, la responsabilité civile repose sur une appréciation des comportements factuels de l'homme qui se laissent beaucoup moins enfermer dans des cases que les actes juridiques. Ensuite, la

responsabilité civile est un droit de correction des situations et intervient *a posteriori* tandis que le droit des sûretés est un droit de prévention intervenant *a priori* se laissant, de ce fait, plus facilement anticiper.

¹³ Comp. P. Crocq, art. préc., n° 2.

¹⁴ C. civ., art. 2347, al. 2 ; 2348, al. 3 ; 2371, al. 3 ; 2372-4 ; 2460, al. 2 ; 2488-4. Ces textes concernent tantôt le créancier gagiste ou hypothécaire mettant en œuvre un pacte commissaire ou demandant l'attribu-

montant qui doit être remboursé au constituant, ces différentes dispositions utilisent le verbe « excéder ». Mais à nouveau, il ne s'agit nullement du standard juridique de l'excès. En réalité, le verbe excéder renvoie à une comparaison purement arithmétique entre la valeur du bien (estimée ou résultant d'une cotation officielle) et le montant de la dette garantie. La meilleure preuve en est que l'article 2366 du Code civil, relatif à un problème similaire en matière de nantissement de créance, préfère au verbe excéder l'expression parfaitement synonyme en la circonstance de « *somme supérieure à* ». Ce texte montre bien que derrière la référence à l'excès se trouve en réalité une quantification purement objective incompatible avec la notion de standard.

Finalement, en droit des sûretés, il faut savoir se méfier des apparences et refuser de tenir pour des standards juridiques des critères de mise en œuvre qui ne présentent que le nom de certains d'entre eux.

7. Des standards peu nombreux. Cela étant, le droit des sûretés n'exclut pas, par principe, l'utilisation des standards. Mais le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il en fait une utilisation parcimonieuse.

Négativement, cette remarque se manifeste par des dispositions qui auraient pu être propices à l'utilisation d'un standard mais dans lesquelles le législateur a préféré la précision. Par exemple, le délai dans lequel l'information annuelle doit parvenir à la caution n'est pas un délai *bref* ou *raisonnable* à compter d'une certaine date. L'information doit parvenir à la caution au plus tard, selon les textes, à la date anniversaire du contrat de cautionnement ou à une date convenue¹⁵, ou encore avant le 31 mars de chaque année¹⁶.

Négativement toujours, certains textes ne font que sous-entendre la présence d'un standard juridique. À cet égard, l'article 2376 du Code civil, relatif à la subsidiarité des privilèges généraux immobiliers, est particulièrement révélateur. Pour mémoire, cette règle signifie que les privi-

lèges généraux doivent s'exercer en priorité sur les meubles et c'est seulement si le créancier ne peut être satisfait sur les meubles qu'il peut agir sur les immeubles. Sous réserve que cette subsidiarité soit bien invoquée par le débiteur, c'est donc l'insuffisance des meubles de ce dernier qui conduit à la mise en œuvre effective du privilège immobilier. Pourtant, à cette *insuffisance* qui constitue un standard juridique, le législateur préfère une expression plus radicale : « *l'absence de mobilier* ». Bien sûr, l'expression ne change rien du point de vue de la compréhension de la règle. Il n'en demeure pas moins que le standard y est passé sous silence.

Positivement désormais, on ne recense qu'assez peu de standards juridiques dans tout le droit des sûretés¹⁷.

Certes, le droit des sûretés fait une place assez importante à la *suffisance*. Outre la référence implicite faite à ce standard à propos de la subsidiarité des privilèges généraux immobiliers, on rencontre la suffisance à plusieurs reprises dans le droit du cautionnement : à l'article 2295 du Code civil, pour apprécier les biens (et donc la solvabilité) de la caution que le débiteur est obligé de fournir ; aux articles 2300 et 2301 du Code civil, pour apprécier les deniers que doit avancer la caution au créancier pour faire la discussion des biens du débiteur ; à l'article 2318 du Code civil, pour apprécier la valeur du bien donné en gage ou en nantissement en remplacement d'un cautionnement légal ou judiciaire. De même, le standard de la suffisance tient une place non négligeable dans les sûretés réelles où il permet de comparer la valeur de l'assiette de la sûreté avec le montant de la créance garantie¹⁸.

Cependant, quel que soit le texte en question, la suffisance est toujours comprise comme un rapport d'équivalence monétaire. Au-delà du nombre de dispositions concernées par ce standard, c'est donc, en réalité, une seule et même conception de la suffisance que retient le droit des sûretés.

Une remarque similaire peut être faite à propos de l'exigence de proportionnalité du

tion judiciaire du bien, tantôt le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété ou d'une fiducie-sûreté souhaitant conserver définitivement la propriété du bien à titre de paiement.

¹⁵ C. civ., art. 2293, al. 2.

¹⁶ C. mon. fin., art. L. 313-22 (auquel renvoie l'art. 47 II, alinéa 2, Loi du 11 févr. 1994) ; C. conso., art. L. 341-6.

¹⁷ On laissera volontairement de côté des standards qui intéressent le droit des sûretés sans lui être propres comme l'endettement excessif dans le

devoir de mise en garde du banquier, la dette qui obère gravement le patrimoine de l'héritier au sens de l'article 786 du Code civil, les dépenses utiles et nécessaires de l'article 2343 du Code civil voire, pour ceux qui adoptent une conception extensive du standard, l'intérêt social pour les cautionnements souscrits par les sociétés. Sont également exclus du propos des standards très mineurs comme celui de l'évaluation sommaire de l'article 2384-1 du même code.

¹⁸ V. spéc. C. civ., art. 2420 ; rapp. P. Crocq, art. préc., n° 9.

cautionnement. En effet, tant l'article L. 313-10 du Code de la consommation, que l'article L. 341-4 de ce même code font référence à cette exigence. Pourtant, la présence de deux textes ne doit pas induire en erreur. En réalité, dans chacun de ces deux textes non seulement le caractère *manifestement disproportionné* du cautionnement aux biens et revenus de la caution y est entendu de la même façon mais en outre, la règle que ce critère permet de mettre en œuvre (l'interdiction faite au créancier de se prévaloir du cautionnement) est exactement la même. C'est dire si, derrière la présence de deux textes qui ne se distinguent que par leur domaine d'application¹⁹, il n'existe qu'une seule et même règle reposant sur un standard unique. C'est dire également que le droit des sûretés ne fait pas une large utilisation de la disproportion manifeste.

Il faut néanmoins convenir que la *disproportion*, en tant que standard juridique, avec toutes les conséquences qui en résultent²⁰, est encore utilisée par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Selon ce texte, en effet, les sûretés disproportionnées au concours consenti au débiteur en procédure collective sont susceptibles d'engager la responsabilité du créancier sans compter que la sûreté peut être réduite voire purement et simplement annulée. Cette disproportion, qui vise à mesurer la sûreté avec le crédit et non la sûreté avec la fortune du constituant comme précédemment, présente d'ailleurs un domaine assez large. Non seulement elle n'a pas à être manifeste pour déclencher l'application de la norme, mais en plus, elle concerne par principe toutes les sûretés.

Le droit des sûretés exploite également le standard de l'excès aux articles 2444 et 2445 du Code civil. Ces deux textes servent à apprécier l'inadéquation de l'inscription hypothécaire avec le montant de la dette garantie afin de préserver le crédit réel du débiteur. Plus précisément, l'article 2444 du Code civil est relatif aux hypothèques légales. Ces hypothèques pouvant être inscrites sur tous les immeubles du débiteur, l'inscription risque parfois de paraître excessive au regard du montant de l'obligation garantie. C'est la raison pour laquelle l'article 2444 auto-

rise le débiteur à demander le cantonnement de l'inscription à certains immeubles seulement. Au contraire, l'article 2445 du Code civil est relatif à toutes les hypothèques dont l'inscription a été prise pour un montant estimé d'une créance principale conditionnelle, éventuelle ou indéterminée. Il faut d'ailleurs rapprocher de ces deux textes, l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution qui, pour l'hypothèque judiciaire conservatoire, prévoit une règle similaire à celle de l'article 2444 du Code civil en se fondant sur un autre standard que l'excès. Plus précisément, le texte prévoit que le débiteur peut demander la réduction lorsque la valeur des biens grevés est *manifestement* supérieure à la créance garantie.

Enfin, pour finir, on peut mentionner l'article 2321, alinéa 3, du Code civil qui prévoit que le garant autonome n'a pas à répondre à un appel en garantie *manifestement* abusif ou frauduleux. Même en adoptant une conception stricte du standard conduisant à exclure l'abus et la fraude de cette catégorie, le texte exige d'eux qu'ils soient manifestes, ce qui constitue un authentique standard.

En définitive, le nombre de standards recensés en droit des sûretés peut sembler relativement faible. Or, cette attitude réservée du droit des sûretés à l'égard des standards, exprimé en termes quantitatifs, n'est rien à côté de celui qui s'exprime en termes qualitatifs.

8. Des standards encadrés. De façon générale, la mise en œuvre des standards en droit des sûretés est assez encadrée comme si le législateur, et parfois la Cour de cassation, voulaient volontairement réduire la marge d'appréciation des juges du fond et, partant, diminuer l'imprévisibilité et l'incertitude des parties.

C'est ainsi, par exemple, qu'à la disproportion du cautionnement avec les biens et revenus de la caution doit être ajouté le caractère *manifeste* pour que s'applique la sanction des articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation. Cette superposition de standards tend en réalité à réduire la marge d'appréciation des juges du fond puisqu'une disproportion qui ne serait que relative, et que l'on pourrait hésiter à

¹⁹ Encore faut-il observer que par son domaine, l'article L. 341-4, relatif aux cautionnements souscrits par une personne physique envers un créancier professionnel, absorbe totalement l'article L. 313-10 lequel s'applique aux cautionnements souscrits par une personne physique en

garantie d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier c'est-à-dire des crédits qui ne peuvent être consentis que par des créanciers professionnels.

²⁰ P. Crocq, art. préc., n° 27.

reconnaître, n'emporte pas la déchéance du créancier à l'endroit de la caution. Le caractère manifeste renvoyant à une sorte d'évidence, le pouvoir des juges du fond s'en trouve considérablement bridé²¹. En témoigne d'ailleurs, l'appréciation qui doit être faite du caractère manifeste de l'abus ou de la fraude dans l'appel en garantie de la garantie autonome. Depuis que cette limite à l'automatisme de la garantie a été admise par la jurisprudence, le seuil du caractère manifeste est placé à un très haut niveau de sorte que la marge d'appréciation des juges du fond est réduite à sa plus simple expression. On se souvient d'ailleurs du mot de Vasseur pour qui l'abus devient manifeste lorsqu'il « *crève les yeux* »²². C'est ce qui explique que lorsque l'exécution de ses obligations par le débiteur n'est qu'apparente, l'appel en garantie ne peut être rejeté sur le fondement de l'abus manifeste²³.

En d'autres circonstances, l'encadrement va encore plus loin et annihile littéralement le pouvoir des juges du fond. C'est exactement ce qui se produit avec l'inscription hypothécaire excessive de l'article 2444 du Code civil, au point que l'on peut se demander si l'excès y joue encore le rôle d'un standard juridique.

En effet, si le premier alinéa de l'article 2444 érige l'excès comme critère de réduction de l'inscription, le second alinéa s'empresse de quantifier mathématiquement cet excès : l'inscription est excessive si elle dépasse le double de la dette, en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers. Autrement dit, le standard de l'excès cache en réalité un véritable critère arithmétique qui prive le juge de tout pouvoir d'appréciation. Le standard de l'excès, ainsi encadré par le législateur, présente alors toutes les apparences d'un faux standard. Et il en va exactement de même de l'article R. 532-9 du Code des procédures civiles d'exécution pour lequel la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties lorsqu'elle excède le double de ce dernier. Là encore, le standard est quantifié par le législateur au point d'en annihiler toutes les caractéristiques²⁴.

Pour finir, on note que si le législateur n'encadre pas directement le standard de la suffisance,

il le fait toujours de manière indirecte en appliquant ce standard à des évaluations monétaires : valeur des biens dont dispose la caution éventuelle au regard du montant de la dette, montant que doit avancer la caution par rapport aux frais de la discussion, valeur du bien gagé, nanti ou hypothéqué par rapport à la dette principale. Or, ce faisant, le standard de la suffisance devient beaucoup moins malléable entre les mains des juges du fond, excepté peut-être dans le cas de l'appréciation de la solvabilité de la caution. En effet, si les juges doivent procéder à certaines évaluations (frais de la discussion, valeur du bien) préalablement à l'appréciation de la suffisance, la mise en œuvre de celle-ci sera, par la suite, assez arithmétique de sorte que là encore, derrière un standard se cachent les caractéristiques du faux standard. Une remarque similaire peut d'ailleurs être faite à propos du critère de la suffisance qu'utilise implicitement l'article 2376 du Code civil. Là encore, les juges du fond seront invités à estimer la valeur des meubles du débiteur, après quoi une banale comparaison arithmétique de cette valeur avec le montant de la créance décidera de la réalisation du privilège général immobilier.

10. Conclusion. En définitive, on constate que le droit des sûretés ne concède qu'une place réduite aux standards juridiques. Leur nombre est modique ; leur mise en œuvre ne laisse que peu de pouvoir au juge. Faut-il s'en réjouir ? Faut-il le regretter ? Sans doute, cette attitude à l'égard du standard a pour conséquence une réglementation parfois très précise pour ne pas dire tatillonne. Pour autant, et c'est certainement l'essentiel, cette précision de la norme est l'unique rempart contre l'insécurité.

D'ailleurs, à bien y réfléchir, le problème de la législation en la matière réside moins dans la précision des textes que dans la dispersion et la superposition de ceux-ci. Plus de hauteur de vue de la part du législateur conduirait certainement à une simplification de la matière rendant alors assez vaine la nécessité d'adopter des normes générales fondées sur de nouveaux standards juridiques.

²¹ Comp. P. Crocq, art. préc., n° 3.

²² M. Vasseur, note sous Com. 21 mai 1985, D. 1986, jur. p. 213 s. spéc. p. 216.

²³ Com. 21 mai 1985, D. 1986, jur. p. 213 s., note M. Vasseur.

²⁴ Le standard de l'excès prévu à l'article 2445 du Code civil conserve, quant à lui, toute sa spécificité puisque l'alinéa 2 du texte ne le quantifie

pas. Il prévoit, au contraire, que « *L'excès [...] est arbitré par les juges d'après les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur* ». Il s'agit donc d'un vrai standard déployant tous ses effets.

Petit sept du Grand A : standards et droit d'auteur

Les standards en droit d'auteur

Nathalie Blanc

Professeure à l'Université de Paris XIII

1. « La clarté des notions est plus un besoin de l'esprit affamé de sécurité qu'une traduction de la réalité complexe des choses »¹. En droit d'auteur, le législateur semble avoir pris acte du constat de Demogue et avoir renoncé à la certitude de notions précises et rigides. Que l'on songe à l'originalité, à la bonne foi, à l'exploitation normale, à l'abus notoire, à la courte citation, à la destination de l'œuvre, au droit au respect ou encore à la rémunération équitable. Ainsi, la matière fourmille de notions incertaines que l'on peut qualifier largement de « notions à contenu variable »². Les termes dont use la doctrine pour désigner ces notions flexibles sont divers : « concepts soupapes », « paragraphes caoutchouc »³, notions « confuses », « floues », « équivoques », « indéfinies », « indéfinissables »⁴, « notions-

cadres », « standards »⁵. Le sujet nous invite à envisager ce dernier terme en particulier. Qu'est-ce qu'un standard ? Sans entrer dans un débat qui dépasse l'objet de la présente étude⁶, on retiendra une définition classique du standard juridique, entendu comme « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé »⁷. Le standard sera ainsi compris comme une « notion-cadre »⁸, « étalon de la réalité »⁹ visant « à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité »¹⁰. Du point de vue des sources du droit, le standard juridique, lorsqu'il est le fait du législateur, consiste en une délégation de pouvoir *intra legem*¹¹ : le législateur confère un pouvoir d'interprétation au juge. La collaboration entre les sources est ici voulue par le législateur.

¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Arthur Rousseau, 1911, p. 63.

² Sur cette terminologie, v. C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit, Travaux du Centre national de recherches de logique*, Bruxelles, Bruylant, 1984. Pour une étude générale des notions variables en droit d'auteur, v. C. Castets-Renard, *Les notions à contenu variable*, L'Harmattan, 2003.

³ Sur ce point, v. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Sirey, 1951, n° 13 et les références citées ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, n° 185.

⁴ V. C. Perelman et R. Vander Elst, *op. cit.*

⁵ V. not. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Sourroux, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 67, note 250.

⁶ Sur la notion de standard, v. spéc. S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980 ; A.-A. Al-Sanhoury, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. II, Sirey, 1934, p. 145 et s. ; C. Bloud-Rey, V° « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Lamy-PUF, 2003 ; « Les standards dans les divers systèmes juridiques », Actes du 1^{er} Congrès

de l'Association internationale de méthodologie juridique, sept. 1988, *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 3, RRJ, 1988/4. On renverra également aux différentes études précitées sur les notions à contenu variable.

⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10^e éd., PUF, Quadrige, 2014, V° « Standard ».

⁸ *Ibid.*

⁹ Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 4^e éd., Deffrénois, 2012, n° 250.

¹⁰ S. Rials, *op. cit.*, n° 93. Adde T. Debard, S. Guinchard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 21^e éd., Dalloz, 2013, V° « Standards juridiques » : le standard juridique y est défini comme « un terme difficile à définir avec précision [...] désignant le renvoi fait – notamment dans certains textes – à un comportement considéré correspondre à ce qui est communément admis en la matière par le groupe social à un moment donné ».

¹¹ Sur cette terminologie, v. not. G. Cornu, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, Cours de DES, Les cours de droit, Paris, 1970-1971, p. 134. Adde Ph. Malaurie et P. Morvan, *préc.*, qui usent d'un vocabulaire plus critique et évoquent non pas seulement une délégation mais une « abdicacion *intra legem* par le législateur de son pouvoir », *op. cit.*, n° 250.

2. Quelle est précisément la portée des standards en droit d'auteur ? À l'évidence, les standards occupent une place centrale en ce domaine et l'on osera même parler d'une omniprésence des standards en droit d'auteur (I). Cette profusion de standards interpelle. Nécessairement, il conviendra de s'interroger sur leur bien-fondé, autrement dit sur la pertinence des standards en droit d'auteur (II).

I. L'omniprésence des standards en droit d'auteur

3. Les standards sont bel et bien omniprésents en droit d'auteur, des conditions de la reconnaissance des droits, à la sanction de leurs violations en passant par leur exploitation. Les grandes étapes de la discipline sont ainsi jalonnées par de très nombreux standards. À l'examen, certains standards sont classiques (A) en ce qu'ils sont bien connus des autres domaines du droit, d'autres sont originaux (B) en ce qu'ils paraissent propres au droit d'auteur.

A. Standards classiques

4. Le droit d'auteur ne fait pas toujours œuvre d'originalité. Parmi les standards dont usent le législateur ou le juge en cette matière, certains sont familiers au civiliste. Il en va notamment ainsi de standards classiques tels que la bonne foi, l'abus, ou encore l'exploitation normale de l'œuvre¹², le prix normal¹³, le délai convenable¹⁴... Parfois, leur immersion dans le droit de l'art leur confère une certaine spécificité. À titre d'illustration, nous retiendrons deux standards emblématiques en droit civil et présents en droit d'auteur : la bonne foi et l'abus.

5. S'agissant de la bonne foi, elle est employée en droit d'auteur selon deux acceptions bien

distinctes¹⁵. En un premier sens, la bonne foi renvoie à une qualité morale, à un comportement loyal. On en trouve trace dans certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle sans que le terme soit directement employé par le législateur¹⁶. Elle est utilisée par le juge puisque le contrat d'auteur est soumis au droit commun des obligations et donc à l'article 1134 du Code civil. Partant, les parties au contrat, l'auteur aussi bien que l'exploitant, doivent faire preuve de bonne foi tant lors de la formation de la convention que lors de son exécution. Le standard de la bonne foi est donc bien présent en droit d'auteur mais par application du droit commun. En un second sens, la bonne foi désigne « la croyance erronée en l'existence d'une certaine situation juridique »¹⁷ autrement dit l'ignorance, par le contrefacteur, de l'existence de droits exclusifs faisant obstacle à l'usage ou à l'exploitation de l'œuvre. Sous cet angle, la place réservée à la bonne foi est moindre puisque la loi ne la mentionne pas¹⁸ et que la jurisprudence refuse de lui faire produire un quelconque effet¹⁹. Toutefois, on relèvera surtout que la bonne foi, en ce second sens, ne semble plus être un standard véritable puisqu'elle est – comme en droit des biens où elle est définie par l'article 550 du Code civil – une notion précise et objective.

6. S'agissant de l'abus, standard que Josserand a rendu classique en droit civil, malgré les résistances de Ripert, le droit d'auteur fait preuve d'une certaine originalité. Ainsi, il lui adjoint un adjectif puisqu'il envisage spécialement l'abus notoire²⁰. Cette notion est explicitement consacrée par plusieurs dispositions du Code de la propriété intellectuelle²¹. On retrouve la délégation de pouvoir du législateur au profit du juge, en ce qu'aucune définition textuelle de l'abus notoire n'est donnée. Il peut se comprendre comme « le

¹² De nombreux textes y font référence (not. L. 122-6-1, L. 211-3, L. 342-3) c'est ici l'adjectif « normal » qui confère à la notion un caractère classique.

¹³ Article L. 132-11, al. 6 du CPI : « L'éditeur pourra toutefois procéder, pendant trois ans après cette expiration, à l'écoulement, au prix normal, des exemplaires restant en stock [...] ».

¹⁴ Article L. 132-17, al. 2 du CPI : « La résiliation a lieu de plein droit lorsque, sur mise en demeure de l'auteur lui impartissant un délai convenable, l'éditeur n'a pas procédé à la publication de l'œuvre ou, en cas d'épuisement, à sa réédition ».

¹⁵ Sur les différentes acceptions de la bonne foi en droit des contrats, v. D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. F. Terré*, 1999, p. 603 s.

¹⁶ On citera par exemple l'article L. 132-8 du CPI faisant obligation à l'auteur qui a cédé son droit d'exploitation à un éditeur de « faire respecter ce droit et le défendre contre toutes atteintes qui lui seraient portées ».

¹⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., v° « Bonne foi ».

¹⁸ Il en va différemment en droit de la propriété industrielle où la bonne foi est envisagée à plusieurs reprises pour les marques ou les brevets d'invention.

¹⁹ La bonne foi du contrefacteur est indifférente (v. par ex. Civ. 1^{re}, 27 févr. 1973 : *Bull. civ. I*, n° 72 – Civ. 1^{re}, 6 juin 1990, *Bull. civ. I*, n° 44). Le possesseur de bonne foi d'une œuvre de l'esprit qui l'a exploité à tort, devra restituer les fruits – c'est-à-dire les bénéfices réalisés à raison de l'exploitation non autorisée – et il ne pourra pas invoquer l'acquisition de la propriété des droits sur l'œuvre par l'effet de l'article 2276 du Code civil (sur l'exclusion du jeu de l'article 2276 en droit d'auteur, v. CA Paris, 17 févr. 1988 : D. 1989, somm. p. 50, obs. C. Colombat. Sur la cette exclusion pour les biens incorporels et en l'occurrence pour une licence de débit de boissons, v. Com. 7 mars 2006, *Bull. civ. IV*, n° 62).

²⁰ Le droit d'auteur connaît également de l'abus de droit classique. Sur ce point, v. C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

²¹ Articles L. 111-3, L. 121-3, L. 122-9 du CPI.

détournement manifeste du droit »²². Il en va ainsi, par exemple, lorsque la veuve d'un peintre, titulaire des droits d'auteur, interdit la publication d'un ouvrage consacré à l'artiste et reproduisant des exemplaires de ses œuvres ou encore lorsque le propriétaire du seul support matériel de l'œuvre empêche le public d'accéder à la création en refusant de prêter le support dans le cadre d'une exposition consacrée à l'artiste. L'abus notoire est alors « l'abus évident, que ne commettrait pas le propriétaire moyen [...] soucieux de ses droits mais aussi conscient de ses devoirs à l'égard de la diffusion artistique auprès du public »²³ ou de ses devoirs à l'égard de la volonté de l'auteur décédé de qui il tient ses droits²⁴. L'exigence d'un abus notoire est alors le signe d'un parti pris : la préférence est accordée au titulaire des droits, puisqu'il ne suffit pas qu'il abuse de ses prérogatives pour être déchu de la protection que lui offre le droit de l'art. Encore faut-il que l'abus soit qualifié, c'est-à-dire qu'il présente un degré d'évidence qui le rende inadmissible. Pour le reste, l'abus notoire a pour fonction, comme tout standard, de réaliser une balance des intérêts, en présence d'un conflit entre droits concurrents.

Mais le droit d'auteur ne se contente pas de s'approprier les standards classiques du droit civil. Il secrète également des standards qui, du moins dans leur libellé, apparaissent originaux.

B. Standards originaux

7. Certains des standards figurant dans le Code de la propriété intellectuelle apparaissent propres au droit d'auteur. Il en est ainsi des notions de courte citation, de lois du genre ou encore d'originalité. De prime abord, on peut se demander en quoi de telles notions constituent des standards juridiques dans la mesure où « la directive légale d'interprétation exprimant la normalité n'est pas directement consacrée au sein de la notion »²⁵. En effet, n'y figure aucun adjectif, aucun terme renvoyant à l'appréciation d'un comportement normal, moyen. À l'analyse,

les textes en cause impliquent pourtant une telle appréciation. Le rôle du juge est dès lors déterminant, en ce qu'il lui appartient de rechercher et de découvrir la volonté implicite du législateur²⁶. Les différents standards propres au droit d'auteur s'inscrivent dans cette perspective.

8. Ainsi, la courte citation est une exception aux droits exclusifs de l'auteur. Toute personne peut citer une œuvre de l'esprit si l'emprunt est justifié par un « caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information »²⁷. Pour déterminer si la citation répond bien à l'exigence de brièveté, la jurisprudence use d'un critère de « proportionnalité »²⁸. Comme l'explique un auteur, « il faudra donc que le juge recherche, dans l'espèce litigieuse, si la frontière de la citation raisonnable a ou on été franchie, la mesure dépassée »²⁹. On retrouve la même appréciation d'un comportement raisonnable dans la notion de lois du genre. Cette formule est employée par le Code de la propriété intellectuelle à propos d'autres exceptions au monopole de l'auteur. Ainsi, la parodie, le pastiche et la caricature d'une œuvre sont autorisés « compte tenu des lois du genre »³⁰. À nouveau, le juge va bien raisonner à partir d'un critère de normalité : la critique « doit correspondre à une moquerie moyenne, que l'on appréciera donc *in abstracto* par rapport au "bon humoriste avisé" »³¹.

9. Reste à envisager l'originalité, critère de la protection des créations. Déjà, il faut observer que le législateur ne mentionne nullement cette condition. C'est la jurisprudence qui a considéré que la reconnaissance d'une création intellectuelle supposait qu'elle soit originale. Elle la définit comme « l'empreinte de la personnalité de l'auteur »³². Nous sommes ainsi en présence d'un standard jurisprudentiel, ou à tout le moins, d'un standard législatif implicite. Mais, au fond, s'agit-il là véritablement d'un standard juridique ? Certains en doutent parce que la notion n'impli-

²² P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 8^e éd., PUF, Droit fondamental, 2012, n° 433. Il se rapproche ainsi, dans son appréciation, de l'abus manifeste visé par l'article 2223 du Code civil sur la garantie autonome.

²³ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 270.

²⁴ L'abus notoire peut être le fait du propriétaire du support matériel de l'œuvre qui empêcherait le public d'accéder à l'œuvre en refusant par exemple de prêter le support dans le cadre d'une exposition consacrée à l'artiste (L. 111-3). L'abus notoire peut aussi être le fait des héritiers de l'auteur qui refusent de divulguer l'œuvre (L. 121-3) ou de l'exploiter (L. 122-9) alors que l'auteur décédé avait exprimé une volonté contraire.

²⁵ V. C. Castets-Renard, *op. cit.*, n° 67, adde n° 58.

²⁶ En ce sens, v. C. Castets-Renard, *op. cit.*, n° 67.

²⁷ Art. L. 122-5 3^o du CPI.

²⁸ Sur ce point, v. A. Lucas, H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., LexisNexis, 2012, n° 428

²⁹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 354.

³⁰ L. 122-5 4^o du CPI.

³¹ P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 368.

³² Sur cette définition, v. *infra* n° 15 et 16.

querait aucune appréciation en terme de normalité³³. Une autre approche semble toutefois possible. On peut en effet estimer que l'originalité permet de « normer » un comportement, c'est-à-dire d'apprécier une création intellectuelle, afin de déterminer si elle doit être protégée par le droit d'auteur³⁴. En cela, on retrouve la fonction des standards, ces « ''instrument de mesure des comportements et des situations, mis en œuvre par de véritables règles de droit'' qui permettent d'intégrer dans l'ordre juridique, des réalités et des valeurs sociales du moment et de moduler ainsi la portée de la règle de droit »³⁵.

Que penser de cette profusion de standards juridiques en droit d'auteur ? Faut-il s'en inquiéter ? C'est là s'interroger sur la pertinence des standards en droit d'auteur.

II. La pertinence des standards en droit d'auteur

10. Si l'on s'interroge sur la pertinence des standards en droit d'auteur, il faut bien reconnaître qu'ils présentent des vertus indéniables. Le droit d'auteur est un droit flexible qui suppose, par nature, de recourir à des notions adaptables (A). Pour autant, on ne saurait nier que certains standards demeurent par trop imprécis, ce qui confère au droit d'auteur un caractère insaisissable (B).

A. Flexible droit d'auteur

11. Si le doyen Carbonnier a montré que le droit était en lui-même un phénomène flexible³⁶, certaines de ses composantes le sont davantage que d'autres. Comme l'a expliqué un autre doyen, le doyen Cornu, « certaines matières sont rebelles à la définition (au moins dans la loi) »³⁷. Le droit d'auteur semble relever de cette catégorie. Cela résulte tant d'un choix du législateur que de la nature même du droit de l'art.

12. Le législateur français a fait le choix de ne pas lister des critères précis de l'œuvre de l'esprit, afin de leur assurer la protection la plus grande. Et

de fait, comment le législateur de 1957 pouvait-il prévoir l'avènement du numérique, d'internet et des œuvres qu'ils génèrent ? Le recours massif aux standards permet ainsi d'assurer l'adaptation du droit d'auteur. On retrouve la fonction classique du standard. Ainsi, les standards sont « flexibles, susceptibles d'une appréciation subjective et évolutive »³⁸. Ces notions « ont pour vocation naturelle d'être indéterminées et donc toujours déterminables et redéterminables suivant les circonstances et les époques »³⁹. Adaptation aux temps, mais également aux types d'œuvres. Ainsi, le recours à la notion de « *courte citation* » a permis au juge d'adapter cette exception aux spécificités de chaque œuvre⁴⁰. D'aucuns regretteront à cet égard les charmes du bref délai de l'article 1648 du Code civil, qui permettait d'adapter le délai d'action de l'acheteur aux situations concrètes rencontrées.

13. Mais l'omniprésence des standards en droit d'auteur ne repose pas seulement sur la volonté du législateur. Elle se fonde en quelque sorte sur la nature des choses, c'est-à-dire sur l'essence même de cette discipline. En effet, le droit d'auteur est par nature une matière évanescence, qui n'est pas incarnée dans la réalité tangible. Il est possible de borner un terrain, de saisir un meuble, ou encore d'identifier une créance. On ne peut pas en dire autant d'une œuvre de l'esprit. En outre, l'œuvre a le don d'ubiquité. Une chanson, un livre, un film peuvent être utilisés partout, par n'importe qui, ce qui multiplie les conflits. Le droit d'auteur n'a alors d'autre choix que de recourir à des standards pour laisser au juge une marge d'appréciation. L'œuvre mettant en cause des droits multiples et concurrents, qui mieux que le juge peut les arbitrer en tenant compte des spécificités de chaque espèce ? Une règle rigide ne permettrait pas d'appréhender la diversité des œuvres et des utilisations dont elles peuvent faire l'objet.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que ce recours massif aux standards recèle des dangers, qui rendent le droit d'auteur parfois insaisissable.

³³ Excluant l'originalité de la catégorie des standards juridiques, v. C. Castets-Renard, *op. cit.*, n° 61.

³⁴ Qualifiant l'originalité de standard, v. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., LexisNexis, 2013, n° 95.

³⁵ J.-L. Bergel, *op. cit.* n° 185, citant *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, Actes du 1^{er} Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, *op. cit.*, p. 805.

³⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, éd. 2013.

³⁷ G. Cornu, « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires : rapport de synthèse », in « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires », *RRJ, Droit prospectif*, 1987, n° 4, p. 1175 s., spéc., p. 1182.

³⁸ J. L. Bergel, *op. cit.*, n° 185.

³⁹ G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e, Montchrestien, Domat droit privé, 2007, n° 188.

⁴⁰ Sur cette question, v. *infra*, n° 14.

B. In saisissable droit d'auteur ?

14. Une partie de la doctrine se méfie des standards juridiques parce qu'ils confèreraient au juge un pouvoir arbitraire, ce qui rendrait la règle, non plus seulement souple et adaptable, mais imprévisible⁴¹. À première vue, en droit d'auteur, le juge ne paraît pas doté d'un pouvoir arbitraire, du moins pour la majeure partie des standards présents en ce domaine. En effet, le plus souvent, la loi a pris le soin d'encadrer le standard par certains critères, certes termes, venant par là même guider le juge dans son interprétation. L'exemple du standard de la courte citation est topique même si le législateur a sans doute involontairement encadré le pouvoir du juge. L'adjectif employé – « courte » – a en effet été interprété de manière absolue par le juge et l'a conduit à refuser toute citation en présence d'une œuvre d'art plastique puisque ce type d'œuvre ne peut être cité qu'intégralement⁴². Ce faisant, le champ de l'exception a été cantonné par le juge et le législateur a dû intervenir pour autoriser les citations intégrales de certaines œuvres à des fins d'information⁴³.

15. Pour ce qui est de la protection des créations, le législateur a énoncé des directives venant guider le juge : l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle affirme ainsi l'indifférence du genre, du mérite, de la forme d'expression et de la destination de l'œuvre. La démarche est un peu différente puisque le juge est bien guidé et en cela son pouvoir est encadré mais la notion d'originalité, condition de la protection, n'en ressort pas balisée. Paradoxalement, on pourrait presque dire que le pouvoir d'appréciation du juge disparaît puisque les critères dont il aurait pu tenir compte pour déterminer le caractère original d'une création sont

écartés. Les définitions de l'originalité retenues par la jurisprudence le démontrent : « *empreinte de la personnalité de l'auteur* », « *création propre à son auteur* »⁴⁴. On demeure dans « un flou artistique »⁴⁵. En pratique, le juge a donc tendance à admettre très facilement le caractère original d'une création. Et c'est justement en raison de cette évanescence d'originalité que l'on pourrait affirmer le caractère saisissable du droit d'auteur. Or, la nébuleuse entourant la notion d'originalité est évidemment problématique puisque « l'originalité permet d'accéder au royaume du droit d'auteur »⁴⁶. Ainsi, elle déclenche la protection mais aussi, et corrélativement, les sanctions. Ainsi, l'imprévisibilité de la notion est source d'une grande insécurité. Et même si « le mal n'est pas propre au droit d'auteur »⁴⁷, il y est tout de même particulièrement symptomatique. En effet, le contrefacteur sera passible tant de sanctions civiles que de sanctions pénales. Comme le relève une partie de la doctrine, « si la sévérité de la répression n'est pas, en soi blâmable, cependant n'est-il pas paradoxal de faire dépendre des sanctions si dures d'un concept si mou ? »⁴⁸

16. Ces critiques ne doivent toutefois pas faire perdre de vue qu'il est impossible, sinon très difficile, de définir de manière précise et objective l'originalité. Qui pourrait se vanter d'y être parvenu ? Dès lors, le « moins pire » des systèmes est certainement d'avoir recours à un standard, ce qui permet de solliciter, chanson par chanson, livre par livre, logiciel par logiciel, la sagesse du juge. Sans doute retrouve-t-on d'ailleurs, derrière la critique des standards, la méfiance traditionnelle du juriste français à l'égard du juge. Puisse le droit d'auteur contribuer, à travers ses standards, à restaurer la confiance dans le juge.

⁴¹ V. not. Ph. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n° 250.

⁴² V. Ass. Plén. 5 nov. 1993 : *Bull. AP*, n° 14 et 15 ; Civ. 1^{re}, 4 juill. 1995 : *Bull. civ. I*, n° 51.

⁴³ Art. L. 122-5, 9^o issu de la loi du 1^{er} août 2006.

⁴⁴ Sur les définitions de l'originalité, v. A., H.-J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, n° 107 s.

⁴⁵ A. Lucas et P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP G*, 1993, I, 3681, n° 1.

⁴⁶ C. Caron, *op. cit.*, n° 77.

⁴⁷ A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*, n° 24.

⁴⁸ A. Lucas et P. Sirinelli, *op. cit.*, n° 24.

Petit huit du Grand A : standards et arbitrage

Les standards en droit de l'arbitrage

Rana Chaaban

Maître de conférences à l'Université du Maine

Historiquement, la notion de standard, comme son étymologie anglaise l'indique est importée directement de celle de *soft law* chère aux juristes anglo-américains. En effet, il semblerait que l'idée de standards juridiques ait été présentée pour la première fois à un congrès de l'*American Bar Association* en 1919 par le doyen Roscoe Pound¹. Cette notion vague, de nature sociologique était alors définie comme une « mesure moyenne de conduite sociale correcte » qui implique une marge d'appréciation pour celui qui l'applique².

De même, historiquement, l'arbitrage international a été redécouvert en France en matière internationale avec la pratique anglo-américaine des ADR (*alternative dispute resolution*). Ainsi la procédure arbitrale est gouvernée par les concepts et instruments juridiques anglo-américains tels que la *cross-examination* ou la *discovery*...

À la lumière de cette origine commune, on pouvait légitimement s'attendre à ce que les stan-

dards juridiques irriguent la matière de l'arbitrage.

Certes, l'utilisation par certaines institutions internationales d'arbitrage du vocable « standard » au sens de « modèle » abonde. Ainsi, il est souvent fait référence au règlement d'arbitrage standard³, au sens de règlement-type ou modèle, ou encore, à la clause d'arbitrage standard. De même en est-il de l'emploi, par certains tribunaux arbitraux, de l'expression « règles standards » en matière internationale ou « *general standards and rules of international contract* » qui signifie le plus souvent les principes UNIDROIT, standards du commerce international⁴.

Mais dans ces divers cas, l'emploi du vocable standard n'a rien de juridique, le vocable standard étant pris au sens de modèle ou de type.

À côté de cette première acception, il en existe deux autres plus juridiques. Ainsi, le vocabulaire juridique Cornu rappelle que le terme standard est un terme anglais signifiant « niveau, modèle,

¹ A. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », *Rev. inter. droit comparé* 1970, vol. 22, n° 2, p. 248.

² A.-A. Al-Sanhoury, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. 2, Sirey, 1935, p. 144 s. spéc. p. 146 : « Le standard se borne à formuler la façon normale de se conduire, sans abstraction ni généralisation ; il suppose par son essence même qu'il y a plusieurs façons de se conduire selon les circonstances, et c'est au juge qu'incombe la tâche délicate de déterminer dans telles circonstances quelle est la meilleure façon de se conduire. Au caractère abstrait et subjectif du principe, on peut opposer le caractère concret et objectif du standard. Le standard diffère également de la règle et du principe quant au fonctionnement. C'est la logique pure qui domine ces deux procédés : logique inductive pour dégager le principe de l'ensemble des règles, et logique déductive pour appliquer la règle et le principe aux

cas d'espèce. Les solutions auxquelles on aboutit seront ainsi des solutions abstraites, s'accommodant très mal aux cas particuliers ».

³ Le règlement UNCITRAL considère que la loi-type « constitue un standard international fondé sur des solutions acceptables pour les parties issues de systèmes juridiques différents ». De même le centre de l'OMPI évoque pour les litiges complexes concernant les films et les médias, ce qu'il appelle le « Règlement d'arbitrage standard de l'OMPI » lequel s'oppose au règlement de médiation et d'arbitrage accéléré pour le secteur du film et des médias en ce qu'il prévoit des délais plus longs et la possibilité de nommer un tribunal arbitral composé de trois membres.

⁴ V. à titre d'exemple la sentence intérimaire CCI rendue dans l'affaire n° 9474 en février 1999, Extraits de la sentence publiés dans *International Court of Arbitration Bulletin* 2001, vol. 12, n° 2, p. 60-67.

étalon, moyenne », et qu'il « est parfois utilisé pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif... qu'il appartient au juge, en vertu d'un renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce ». Le standard serait alors une sorte de norme indéterminée, qu'il appartient au juge et par analogie à l'arbitre d'appliquer à chaque espèce. Tel que le standard du raisonnable.

Dans un deuxième sens, également juridique, le terme standard serait utilisé pour « désigner le comportement normal et moyen des États civilisés dans les relations internationales, ce comportement servant de référence pour apprécier la conduite d'un État dans un domaine donné, on parle de "standard minimum" pour marquer un seuil au-dessous duquel les États, en principe, ne doivent pas descendre dans le traitement qu'ils accordent à d'autres États ou à d'autres États ou à leurs ressortissants ». On évoque ainsi en matière d'arbitrage d'investissements, les standards minima de protection.

On retrouve ces deux sens du standard en matière d'arbitrage. Le premier est essentiellement employé dans l'arbitrage interne ou encore dans l'arbitrage commercial international. Il s'agit du standard du raisonnable ou encore du manifeste (I). Le second, en revanche, le standard de protection, est limité aux arbitrages d'investissements (II).

I. Le standard, norme souple à l'usage des arbitres

En matière d'arbitrage commercial international, ou encore en matière d'arbitrage interne, les standards auxquels il est fait référence sont ceux rencontrés dans les autres branches du droit. Il s'agit notamment du standard du raisonnable, du standard du manifeste, lesquels sont souvent employés par les arbitres et surtout par les juges à l'occasion de l'examen d'une sentence arbitrale.

Le standard du manifeste est employé afin de limiter le principe de compétence-compétence, vecteur de la règle d'autonomie de la clause compromissoire. Selon ce principe en effet, il appartient à l'arbitre et non au juge, de statuer par priorité sur sa propre compétence. Inversement, il est interdit au juge étatique de statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la clause d'arbitrage avant que l'arbitre ne se soit prononcé sur ce point. Mais ce principe de compétence-compétence s'applique sauf nullité ou inapplicabilité « manifeste »⁵ de la convention d'arbitrage.

Ce standard de « nullité manifeste » est, dans la pratique jurisprudentielle, exceptionnellement retenu comme limite à l'application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence. La jurisprudence montre en effet que ce standard est élevé et il est rare qu'une clause compromissoire soit réputée nulle « manifestement »⁶. Ce constat est d'autant plus vrai depuis la réforme de 2011 qui estime qu'une clause d'arbitrage blanche est réputée valable.

Ce standard du « manifeste » doit être rapproché de celui appliqué en matière d'arbitrage d'investissement lorsque l'une des parties estime qu'une demande est « manifestement » dénuée de fondement juridique ainsi que le prévoit l'article 41 (5) du règlement d'arbitrage CIRDI.

Il est fréquent en effet, que la partie défenderesse invoque un déclinatoire de compétence sur le fondement de l'article 41 (5) du règlement d'arbitrage en estimant que la demande d'arbitrage introduite par l'autre partie est pour elle « manifestement » hors de la compétence du Centre et donc dénuée de fondement juridique. Concernant le standard à appliquer pour décider si une demande est « *manifestement dénuée de fondement juridique* » selon les termes de l'article 41 (5), les tribunaux arbitraux insistent souvent sur ce qu'il faut comprendre par « *manifestement* » et

⁵ Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, n° 01-17.800 ; *Bull. civ.* I, n° 96. Pour une application plus récente au sujet d'un arbitrage dont le siège était en Arabie Saoudite, Civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, *Clunet* 2012, p. 25, note S. Hotte. « Attendu que, selon le principe compétence compétence, il appartient à l'arbitre de statuer par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence, le juge étatique étant sans pouvoir pour le faire, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause ; qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, d'abord, que les membres du conseil de surveillance, désignés comme arbitres, étaient nommés par le roi ce qui garantissait leur indépendance et leur impartialité à l'égard des parties, ensuite, que Mme X. avait implicitement mais nécessairement adhéré aux statuts de la société en choisissant de devenir associée alors qu'elle avait la possibilité de demander

à percevoir immédiatement sa part d'héritage, enfin, que l'autorité royale avait toujours la possibilité de remplacer un arbitre décédé, ce qui était déjà intervenu, la cour d'appel en a exactement déduit que la preuve du caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause compromissoire n'était pas rapportée, de sorte qu'elle a, à bon droit, renvoyé Mme X. à mieux se pourvoir ; que le moyen ne peut être accueilli ».

⁶ Comme le rappelle M. Seraglini, « la nullité ou l'inapplicabilité « manifeste » vise celle qui est évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute. Aussi, elle n'est que très exceptionnellement retenue ». Et l'auteur de citer deux affaires récentes, CA Paris 25 juin 2013 et 6 nov. 2013 ; *JCP* 2013, doct. 1391, n° 3, obs. Ch. Seraglini.

estiment que ce standard est élevé⁷ ce qui leur permet de ne retenir qu'exceptionnellement leur incompétence sur le fondement de l'article 41 (5) du règlement d'arbitrage CIRDI.

Un autre standard est souvent mis en avant en matière d'arbitrage et ce, quel que soit le système légal choisi. Il s'agit du standard du « raisonnable ». Plus précisément, le doute raisonnable sur l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre qui autorise la récusation de celui-ci ou *a posteriori*, l'annulation d'une sentence arbitrale sur ce fondement. Ainsi, l'article 12 du règlement de la CNUDCI dans sa version de 2010 évoque le « *doute légitime sur l'indépendance et l'impartialité* » de l'arbitre. Ce standard du doute raisonnable est diversement apprécié par les juges saisis d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale qui tantôt peuvent faire preuve d'une certaine magnanimité à l'égard des arbitres mis en cause en élevant le standard du doute raisonnable⁸, tantôt, à l'inverse, peuvent baisser le standard du raisonnable et annuler une sentence sur le fondement de l'existence d'un doute raisonnable sur l'impartialité de l'arbitre⁹.

Si le recours aux standards reste plutôt discret dans l'arbitrage interne ou l'arbitrage commercial international où il constitue une norme souple donnant à l'arbitre et parfois au juge, le pouvoir d'adapter sa solution à une situation particulière, il prolifère en matière d'arbitrage d'investissement. Mais il a alors un tout autre sens.

II. Le standard, comportement normal de l'État d'accueil dans les arbitrages d'investissement

En matière d'arbitrage d'investissement, le standard désigne un niveau de protection que

doit offrir un État déterminé, l'État d'accueil, à un investisseur déterminé, ressortissant d'un autre État signataire avec l'État d'accueil d'un traité bilatéral prévoyant notamment la résolution des litiges d'investissement par voie d'arbitrage. Il s'agit de « standards minimum de protection », de « standards du traité » qui marquent un seuil au-dessous duquel l'État d'accueil de l'investissement ne doit pas descendre dans le traitement qu'il accorde aux ressortissants d'un autre État qui ont la qualité d'investisseur. C'est leur énonciation littérale dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI) qui a permis à ces standards de protection de connaître un rôle majeur dans la protection de l'investisseur étranger et de devenir la principale source du droit des investissements internationaux tel qu'appliqué par les arbitres. En effet, le droit des investissements est né lorsque sont apparus en droit international public des standards de protection des investisseurs étrangers.

Les TBI exigent ainsi de l'État d'accueil d'accorder à l'investisseur étranger une certaine protection une fois que l'investissement est constitué. Dans ce but les TBI énumèrent des standards de protection. Il s'agit notamment de la clause prévoyant un « traitement juste et équitable », suivie ensuite par l'engagement de l'État d'accueil d'accorder à l'investisseur le « traitement national » et le « traitement de la nation la plus favorisée » ou encore une « protection et une sécurité pleines et entières ». De même, ces TBI exigent-ils de cet État, un standard minimum de protection en matière d'expropriation¹⁰.

Ce qui caractérise l'ensemble de ces standards c'est leur caractère élastique voire indéfinissable.

⁷ Sentence, 1^{er} déc. 2010, *Global Trading Resource Corp. and Globex International Inc. c/ Ukraine (ARB/09/11)* : « The Tribunal considers that these legal materials confirm that the ordinary meaning of the word requires the respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and despatch. The standard is thus set high. Given the nature of investment disputes generally, the Tribunal nonetheless recognises that this exercise may not always be simple, requiring (as in this case) successive rounds of written and oral submissions by the parties, together with question addressed by the tribunal to those parties. The exercise may thus be complicated; but it should never be difficult ». Rapp. de la sentence rendue le 10 décembre 2010 dans l'affaire *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg et RSM Production Corp. c/ Grenade (ARB/10/16)*. Le tribunal commence par exposer les exigences de l'article 41 (5), reprenant pour ce faire les analyses auxquelles s'étaient livrés les deux premiers tribunaux CIRDI ayant eu à appliquer l'article 41 (5) dans les affaires *Trans-Global Petroleum c/ Jordanie (ARB/07/25)* et *Brandes Investment Partners c/ Venezuela (ARB/08/3)* : « 6.1.1 Based on the conclusions of the Trans-Global and Brandes Tribunals, the parties appear to find common ground as to the requirements of Article 41 (5)'s "manifest without legal merit" standard. That is, that an objection under Article 41 (5): (a) may go either to jurisdiction or the merits; (b) must

raise a legal impediment to a claim, not a factual one; and (c) must be established clearly and obviously, with relative ease and despatch. 6.1.2 *The Tribunal agrees with these requirements, and also with the Trans-Global Tribunal's conclusions that: "the standard is thus set high"* ».

⁸ Civ. 1^{re}, 10 oct. 2012, D. 2012, p. 2458, obs. X. Delpech; JCP 2012, act. 1127, obs. M. Henry et 1268, note B. Le Bars et doc. 1354 n° 1 obs. Ch. Seraglini : « S'il existe un lien entre l'arbitre et l'avocat d'une des parties, celui qui poursuit l'annulation de la sentence doit expliquer en quoi cet élément est de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de l'arbitre mis en cause et à son indépendance ». Rapp. CA Paris 28 mai 2013, n° 11/17672, inédit, cité in JCP 2103 doct. 1391, n° 5, obs. J. Ortscheidt. La cour d'appel a estimé que la participation du président d'un tribunal arbitral à un colloque, qui était présidé par la directrice juridique d'une société actionnaire de l'une des parties, n'est pas susceptible de provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'indépendance de cet arbitre.

⁹ CA Paris 9 sept. 2010, arrêt inédit annulant une sentence pour existence de circonstances « de nature à faire raisonnablement douter l'une des parties de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre ».

¹⁰ De même en va-t-il dans l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) lequel prévoit dans son chapitre XI un régime complet de

Ainsi, le standard du traitement juste et équitable n'est pas susceptible de faire l'objet d'une véritable définition¹¹. Certes, la jurisprudence arbitrale a tenté d'en formuler une. À ce titre, la sentence qui a tenté une telle définition laquelle est souvent rappelée dans les sentences CIRDI, est la sentence rendue dans l'affaire *Tecmed c/ Mexique* le 29 mai 2003. Elle dispose : « Cette disposition de l'accord [sur le traitement juste et équitable] exige des parties contractantes qu'elles assurent aux investisseurs internationaux un traitement qui ne nuise pas aux attentes élémentaires de l'investisseur étranger au moment de son investissement »¹². Cependant, rien n'empêche des tribunaux arbitraux de se départir de cette définition lorsque les circonstances de la cause le justifient. Dès lors, et en dépit de la sentence *Tecmed*, le contenu de ce standard reste incertain. Certaines sentences l'assimilent au standard minimum de protection, d'autres estiment qu'il s'agit d'un standard autonome¹³.

La même élasticité est perceptible s'agissant du standard de la protection et la sécurité pleines et entières. La jurisprudence arbitrale considère qu'il s'agit d'une obligation de

moyens qui oblige l'État à conférer aux investisseurs étrangers une protection et une sécurité « raisonnables » qui ne devaient pas être inférieures au niveau minimum de prudence exigée en droit international.

Certains auteurs se demandent alors si l'application de ces standards permet de prendre en considération l'état de développement de l'État d'accueil¹⁴. Il suffit selon eux de prendre en considération une « conception subjective des standards » pour adapter l'obligation de protection et de sécurité avec le niveau de développement de l'État hôte. Mais l'analyse de la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement ne permet pas de dégager une position claire. En effet, certains tribunaux arbitraux à se réfèrent à l'état de développement de l'État hôte : ainsi, dans la sentence *Genin c/ Estonie*¹⁵, il a décidé que le retrait litigieux d'une licence d'investissement par l'État d'accueil, en l'occurrence l'Estonie, bien qu'irrégulier, ne constituait pas une violation du standard minimum. Afin de fonder sa décision, le tribunal a notamment insisté sur la situation et l'état de développement de l'Estonie¹⁶. À l'inverse d'autres sentences appliquent le stan-

protection des investissements. On y rencontre le même type de dispositions que celles généralement prévues par les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements. Il octroie à l'investisseur le « traitement national ». Le principe du « traitement de la nation la plus favorisée » est également énoncé, ainsi que la garantie aux termes de laquelle l'investissement bénéficiera de la « full protection and security ». Le droit de rapatriement des profits et de transfert des fonds relatifs à l'investissement est aussi reconnu. L'investisseur bénéficie également d'un standard minimum de protection en matière d'expropriation, tant directe qu'indirecte.

¹¹ E. Gaillard, *Clunet*, 2010, chron. 2, chronique des sentences arbitrales, décision sur la compétence rendue le 11 septembre 2009 dans l'affaire *Toto Costruzioni Generale S.p.A. c/ Liban* Le Tribunal décline sa compétence à l'égard de cette demande fondée sur une prétendue violation du standard de traitement juste et équitable (décision, § 173). Cette sentence contient également d'intéressants développements sur le rôle de l'attente légitime des parties dans l'application du standard de traitement juste et équitable.

216. *The Tribunal shares the view expressed by other tribunals that one of the major components of the FET standard is the parties' legitimate and reasonable expectations with respect to the investment they have made. Claimant has specifically referred to this component. [Claimant refers to this component as « A central pillar of the fair and equitable treatment granted to the investor ».]*

It comes into consideration whenever the treatment attributable to the State is in breach of representations made by it which were said to be reasonably relied upon by the Claimant. This concept was stated by the tribunal in Waste Management v. Mexico as follows :

« In applying this standard [i.e., the FET] it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant. » [*Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/AFI003 (NAFTA), Final Award, April 30, 2004, para. 98.]

The same idea was put forward by the tribunal in the Argentina case, Continental, stating that : « the fair and equitable standard is aimed at assuring that the normal law-abiding conduct of the business activity by the foreign investor is not hampered without good reasons by the host government and other authorities. » [Continental Casualty Company v. Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/03/191, Award of September 2, 2006, para. 254.]

¹² *Tecmed c/ Mexique*, 29 mai 2003 ; ICSID Case n° ARB (AF)/00/2.

¹³ Des auteurs ont alors tenté d'en dresser une liste à partir de l'examen de la jurisprudence CIRDI. Ainsi, M. Schreuer présente une liste comprenant quatre catégories de standards qui serait protégés par le traitement juste et équitable : la transparence et les attentes légitimes de l'investisseur, la liberté contre la coercition et le harcèlement, la régularité de la procédure et le procès équitable, et la bonne foi (Ch Schreuer, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal of World Investment and Trade*, vol. 6, Genève, juin 2005, p. 374-386. Disponible sur : <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/77.pdf>).

¹⁴ W. Benhamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *Clunet* 2008, doctr. 10 : « À première vue, rien ne nous empêche de niveler l'intensité de ces obligations en fonction de la situation de l'État. On peut souligner ainsi que les attentes légitimes qui font parties des éléments du traitement juste et équitable dépendront du contexte de chaque État. De même, on sait que la *due diligence* qu'impose la règle relative à la protection et à la sécurité peut s'entendre de deux manières. La première prend en considération les possibilités réelles et les limites des moyens de l'autorité publique dans un contexte donné, c'est la conception subjective. La deuxième est objective. Elle consiste à obliger les États à accorder une vigilance minimale répondant à ce que l'on peut raisonnablement attendre d'un État moderne bien organisé (*“what should be legitimately expected to be secured for foreign investors by a reasonably well organised modern state”*) ».

¹⁵ *Genin c/ Estonie*, 25 juin 2001 ; ICSID Case No. ARB/99/2.

¹⁶ Le tribunal affirme que : « Article II (3) (a) of the BIT requires the signatory governments to treat foreign investment in a “fair and equitable” way. Under international law, this requirement is generally understood to “provide a basic and general standard which is detached from the host State’s domestic law.” While the exact content of this standard is not clear, the Tribunal understands it to require an “international minimum standard that is separate from domestic law, but that is, indeed, a minimum standard. Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith” (§ 367) [...] The Tribunal considers it imperative to recall the particular context in which the dispute arose, namely, that of a renaissance independent state, coming rapidly to grips with the reality of modern financial, commercial and banking practices and the emergence of state

standard minimum de façon objective sans tenir compte de la situation de l'État d'accueil.

On remarque que cette méthode de recours aux standards permet l'individualisation du droit, notamment du droit des investissements. Elle permet de soumettre chaque situation juridique à la solution la plus appropriée aux yeux de l'arbitre appelé à statuer.

La recherche d'une flexibilité que procure le recours aux standards n'est pas étonnante en droit de l'arbitrage, matière gouvernée essentiellement par le souci d'efficacité plutôt que par la logique juridique.

Les mots du codificateur égyptien Sanhoury nous reviennent alors en mémoire : « Le standard

[...] ne se prête pas à une application mécanique. C'est l'intuition et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du standard. L'intuition et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique »¹⁷.

Mais le recours aux standards dans des sentences arbitrales ou des décisions de justice peut, aux yeux de juristes imprégnés par une culture fondamentalement légaliste, ressembler à de l'improvisation. N'est-ce pas le lieu d'évoquer ici le standard tel qu'il est compris dans la musique de jazz où il signifie un morceau classique de jazz sur lequel un compositeur est appelé à improviser librement ?

institutions responsible for overseeing and regulating areas of activity perhaps previously unknown. This is the context in which Claimants knowingly chose to invest in an Estonian financial institution ».

¹⁷ A.-A. Al-Sanhoury, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. 2, Sirey, 1935, p. 144 s. spéc. p. 146.

La procréation pour tous ?

Une vraie-fausse lettre de mission est adressée par le directeur scientifique, paré d'une vraie-fausse identité, à la communauté juridique. Les auteurs adressent à la revue leur « offre de droit ». Statu quo, évolution ou révolution ? À leur guise !

Marie Zotto

Ministre imaginaire de la famille

Le 22 octobre 2013

Madame, Monsieur,

À la suite de la loi sur le mariage pour tous, le gouvernement réfléchit désormais sur l'opportunité d'une nouvelle loi relative à la procréation assistée et à la gestation pour autrui.

Je vous serais très reconnaissante si vous acceptiez de me donner votre avis sur cette question et, si vous pensez que de nouvelles dispositions devraient être intégrées dans le code civil, de me proposer des textes en ce sens.

Je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de mes sentiments distingués.

Marie Zotto

Petit un du Grand B : la procréation pour tous ?

La procréation pour tous ?

Astrid Marais

Professeur à l'Université de Bretagne occidentale

Madame le Ministre, Chère Marie,

Il est bien éloigné ce temps où je t'avais donné mon avis sur « la procréation artificielle pour tous ». Souviens-toi, nous partagions les bancs de la même Université lorsque l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991 avait fermé la porte à la maternité pour autrui. Le législateur y avait apposé des scellés en 1994 en inscrivant la prohibition dans le Code civil. Pourtant des couples n'hésitèrent pas à les briser en franchissant les frontières pour obtenir ailleurs ce que le droit français leur refusait. Et l'enfant revenu en France, qui s'est vu, ensuite, refuser par la Cour de cassation l'établissement du lien de filiation avec ses parents commanditaires, même « biologiques », apparaît aujourd'hui comme la principale victime du « tourisme procréatif ».

Que faire ? Légaliser ou maintenir l'interdiction contre vents et marées ? Rappelle-toi nos discussions houleuses qui mirent en évidence notre paradoxe amical : partageant les mêmes valeurs féministes, nous ne parvenions pourtant pas à nous accorder sur la question fondatrice de la maternité. Déjà tu souhaitais non seulement que l'insémination artificielle soit ouverte à toutes les femmes sans être réservée aux couples hétérosexuels, mais aussi que la maternité pour autrui soit autorisée en France de façon à permettre à tous les couples d'avoir un enfant que la nature leur refusait. J'avais raillé tes positions en parodiant la chanson de Jean-Jacques Goldman qui enflammait alors nos soirées étudiantes pour te chanter « Elle a fait un bébé toute seule, ils ont fait un bébé à trois..., à quatre, à cinq ».

Le temps n'est plus à la gentille moquerie, j'en ai bien conscience. Vous êtes devenue Ministre, chère Marie, et surtout la discussion mérite d'être apaisée. Le peut-elle ? Le débat concernant « le mariage pour tous » a cristallisé, de part et d'autre, tant de haine et de violence, que je pressens la difficulté d'aborder sereinement celui sur la « procréation pour tous » à l'abri de la passion, sous l'éclairage de la raison. Je relève le défi en me fixant comme ligne de conduite de rechercher si des concepts juridiques justifient ou, au contraire, interdisent de satisfaire les deux principales revendications contemporaines en matière de procréation assistée, à savoir l'ouverture de l'insémination artificielle à toutes les femmes et de la maternité pour autrui à tous les couples. Car si aucune règle juridique ne permet de trancher la question dans un sens ou dans l'autre, de façon décisive, il faudra alors accepter que la réponse dépende d'un choix sociétal qu'il appartiendra, ou non, au législateur de faire.

I. L'insémination artificielle pour toutes ?

Un effet domino de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe est souvent mis en avant par ceux qui le critiquent d'ailleurs : après « l'adoption pour tous », le législateur devra immanquablement consacrer « la procréation pour tous ». C'est bien incertain. L'adoption et la procréation assistée ont sans doute en commun une part d'artifice : la première établit une *filiation artificielle* à l'égard d'un enfant issu d'une union

charnelle, la seconde permet la *conception artificielle*, sans rapport sexuel, d'un enfant relié biologiquement à l'un au moins de ses parents. Si elles ont été pendant longtemps construites sur le modèle de la nature afin de rendre invisible l'artifice qui les caractérise, l'adoption et la procréation assistée n'ont pourtant jamais suivi les mêmes traces. Alors que l'adoption conjointe est réservée aux couples mariés, la procréation artificielle est admise en faveur des couples hétérosexuels, qu'ils fussent ou non mariés. Inversement, la personne célibataire se voit refuser l'accès à la procréation assistée mais peut adopter seule un enfant. Sans doute le législateur, en autorisant le mariage des personnes homosexuelles, devait-il permettre à celles-ci d'adopter conjointement un enfant, sauf à instituer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui aurait été fustigée par la Cour européenne des droits de l'homme. En revanche, le mariage étant indifférent à la réalisation d'une assistance médicale à la procréation, le principe d'égalité ne commande pas d'ouvrir la procréation assistée aux couples homosexuels mariés. L'adoption et la procréation artificielle constituent des situations différentes soumises à des conditions qui leur sont propres. Aucune raison juridique n'impose de les uniformiser.

Aussi l'ouverture de l'insémination artificielle avec donneur en faveur des femmes homosexuelles relève-t-elle du libre choix du législateur. Il n'est pas exclu que ce dernier veuille consacrer une pratique qui se réalise déjà à l'étranger, en Belgique par exemple. Aujourd'hui, la femme qui accouche en France d'un « bébé *Thalys* » conçu avec le sperme d'un donneur belge, parvient sans difficulté à établir sa maternité. Si, demain, l'insémination artificielle avec donneur en faveur des femmes homosexuelles était consacrée, les indications de la procréation artificielle seraient radicalement transformées : d'un remède à une « infertilité pathologique », elle deviendrait alors le palliatif d'une « infertilité sociale ». Une fois la procréation assistée détachée d'un problème médical, se poserait la question non seulement de son remboursement par la sécurité sociale, mais aussi de son ouverture, au-delà des couples de femmes homosexuelles, aux femmes célibataires, ménopausées ou veuves. S'agissant des veuves, le choix actuel de leur interdire toute procréation *post-mortem*, sans distinction selon qu'il s'agit d'une insémination avec le sperme du mari décédé ou du transfert *post-mortem* d'un embryon conçu avant le

décès de celui-ci, ne pourra plus être défendu. Aujourd'hui, le refus d'autoriser le transfert *post-mortem* d'un embryon est fondé sur l'idée que le droit n'a pas vocation à organiser la naissance d'un enfant orphelin de père. L'alternative qui s'offre à la veuve souhaitant éviter la destruction de l'embryon est de donner celui-ci à la recherche ou à un couple d'accueil avec lequel, de façon exceptionnelle, l'enfant n'aura donc aucun lien biologique. L'ouverture des procréations artificielles aux couples de femmes rendra encore plus fragile l'unique argument de la nécessaire figure paternelle dans la construction de la personnalité de l'enfant pour s'opposer au transfert *post-mortem*, à la veuve, des embryons conçus. Même s'il faut bien avouer que le choix, ici encore, est d'ordre éthique plus que juridique, on peut néanmoins espérer une certaine cohérence dans l'appréhension morale de telles questions.

Enfin et surtout, l'accès de l'enfant à ses origines personnelles devrait nécessairement être organisé si l'IAD était ouverte au couple homosexuel. Jusqu'ici, le droit garantit le secret du recours à la procréation artificielle. Tout est fait pour que nul ne connaisse l'origine de la conception, pas même l'enfant, sauf à en être informé par ses parents. Or si des femmes homosexuelles concevaient par insémination artificielle avec donneur un enfant, ce dernier apprendra nécessairement qu'il n'est issu d'une relation charnelle. À quel titre alors lui refuser l'accès aux données non identifiantes du donneur ? Aucun. Comme en matière d'accouchement sous X, il faudra même lui permettre de connaître les informations identifiantes du donneur qui y consentirait. Le principe d'égalité conduira alors à organiser un accès aux mêmes données pour les enfants nés d'une telle insémination au sein d'un couple hétérosexuel, sauf à opérer une discrimination injustifiée avec les enfants issus d'un couple homosexuel.

II. La maternité pour autrui... pour tous ?

Le législateur qui permettrait aux femmes de concevoir un enfant biologique sans recourir à une relation sexuelle ne devrait-il pas offrir aux hommes la même possibilité ? Dans l'affirmative, la maternité pour autrui devrait être légalisée. Le principe d'égalité est une fois encore invoqué au soutien de cette solution. Et pourtant brandir l'égalité comme un étendard de la maternité pour autrui traduit ici encore un dévoiement

de la notion qui n'impose pas de traiter de façon identique des situations différentes. Or, en matière de procréation, la différence entre l'homme et la femme est d'ordre physiologique : l'homme est dépourvu de ventre fécond... Ce n'est que dans l'hypothèse où le législateur autoriserait les couples d'hommes à recourir à la maternité pour autrui que le principe d'égalité exigerait de l'étendre aux couples hétérosexuels dont la femme serait privée d'utérus.

La maternité pour autrui, loin d'être justifiée au nom d'une prétendue égalité, devrait au contraire être toujours rejetée en vertu des principes d'indisponibilité du corps humain et de dignité. L'indisponibilité du corps, autrefois invoquée par la Cour de cassation pour condamner la maternité pour autrui, s'oppose à ce que la personne effectue des actes juridiques de disposition par lesquels s'opère une transmission d'un droit ayant pour objet son corps, par la voie de la cession, à titre onéreux ou gratuit. À la différence de la prostituée qui ne cède aucun droit sur son corps à son client, la mère porteuse réalise « un don de gestation » par lequel ses fonctions reproductrices sont utilisées en vue de créer un enfant qui sera transféré à autrui. Certes les manifestations du principe d'indisponibilité du corps humain sont rares et les exceptions se multiplient avec les dons d'organe, de sang ou de tout autre élément ou produit du corps humain. La question se pose de savoir s'il ne faudrait pas admettre le don de gestation, au même titre qu'un don d'organe, en entourant sa réalisation de conditions strictes. La maternité pour autrui peut-elle être éthique et apparaître comme un acte de solidarité envers son prochain ? La réponse est négative en raison de la différence d'objet et de finalité qui sépare les dons d'organe et de gestation. D'une part, du vivant du donneur d'organe, la cession est autorisée dans une finalité thérapeutique pour le receveur, à la condition de ne pas comporter de risques sanitaires pour le donneur. En effet, la règle de la « raison proportionnée » interdit de réaliser un acte médical dont les risques sont disproportionnés par rapport aux avantages que l'individu pourrait personnellement en recueillir. Plus le bénéfice individuel est limité, moins les risques doivent être élevés. La maternité pour autrui qui vise à combler le désir procréatif d'autrui ne poursuit pas, à la différence du don d'organe, une finalité thérapeutique pour ses destinataires, et l'accouchement

qu'elle implique comporte en outre des risques d'atteintes à l'intégrité corporelle de la gestatrice qui, fussent-ils rares, n'en sont pas moins graves. Si la maternité pour autrui était légalisée, la règle de la « raison proportionnée » serait ainsi violée. D'autre part, la cession d'un organe porte sur un élément du corps humain qui, détaché du corps, devient chose pour se muer à nouveau en personne une fois intégré au corps du receveur, tandis que la cession de gestation porte sur un fœtus qui emprunte la qualification personnelle de sa mère tant qu'il y est implanté et devient une personne autonome à sa naissance. Le don a pour objet une personne, son corps en son entier et non un simple élément de celui-ci. Or, la cession de la personne humaine est unanimement condamnée en vertu du principe de dignité. Si certains refusent de voir dans l'indisponibilité du corps humain un principe tant les exceptions qui y sont apportées sont nombreuses, en revanche nul ne doute de l'existence du principe de dignité qui s'oppose à la réification de la personne humaine, à son asservissement. Et l'on en vient à se demander si l'indisponibilité du corps humain, atteinte par l'esclavage et par la maternité pour autrui, ne serait pas condamnée dans les seuls cas où la cession porte sur le corps humain en entier parce qu'une telle cession heurte la dignité de la personne. Moins qu'un principe qu'elle fonderait, cette indisponibilité du corps humain entier serait davantage la manifestation du principe de dignité qu'elle ne ferait qu'appliquer. Relevons néanmoins que la haute valeur du principe de dignité ne le préserve pas de tous les maux. La variation spatio-temporelle de son sens et de ses applications constitue sans doute une de ses faiblesses. Fondé sur la morale, il en suit les chemins sinueux. Ce qui est ici et aujourd'hui interdit au nom de la dignité ne le sera pas nécessairement demain ou ailleurs. Surtout deux conceptions se disputent pour cerner la notion de dignité et leur application est susceptible de conduire à des résultats diamétralement opposés. Dans une conception subjective, la dignité de la personne se confond avec le libre-arbitre. Le consentement libre et éclairé de la personne à une atteinte corporelle participe à sauvegarder sa dignité. Utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme qui met en avant le principe d'autonomie personnelle, ce sens pourrait éventuellement conduire à juger conforme à la convention européenne la mater-

nité pour autrui à laquelle la femme gestatrice se soumettrait librement en connaissance de cause. Néanmoins, en raison de la marge d'appréciation reconnue par la Cour aux États membres en matière de bioéthique, le refus français d'admettre une telle pratique ne devrait pas, pour l'heure, entraîner la condamnation de la France. La Cour européenne, saisie de la question, la tranchera prochainement. À l'inverse, dans une conception objective, adoptée en droit français, la dignité fait obstacle à tout avilissement de la personne humaine ayant pour effet de la ravalier au rang de l'animal ou de chose. Soustraite à l'emprise de la volonté individuelle, la dignité ne se satisfait pas du consentement libre et éclairé de la personne concernée par l'atteinte à son intégrité. Elle condamne la maternité pour autrui qui instrumentalise le corps de la femme en l'exposant à des risques d'atteintes physiques et morales. En effet, « l'homme ne peut-être traité par l'homme (soit par un autre, soit par lui-même) comme un simple moyen, mais il doit toujours être traité comme étant aussi une fin ; c'est précisément en cela que consiste sa dignité (la personnalité), et c'est par là qu'il s'élève au-dessus de tous les autres êtres du monde qui ne sont pas des hommes et peuvent lui servir d'instruments, c'est-à-dire au-dessus de toutes les choses »¹. On aimerait s'arrêter là et fonder la prohibition de la maternité pour autrui sur la dignité de la personne.

Mais, il y a l'enfant, celui qui est né à l'étranger en violation de l'interdiction française. Doit-il supporter la faute de ses parents intentionnels en se voyant privé de tout lien de filiation avec ceux dont les gamètes ont été, le cas échéant, utilisés ? La réponse affirmative donnée par la Cour de cassation peut apparaître sévère pour l'enfant. Mais pouvait-il en être autrement ? Si l'on acceptait l'établissement du lien de filiation de l'enfant avec son père biologique, pourquoi le refuser à l'égard de la mère biologique intentionnelle dans l'hypothèse où elle aurait donné son ovule ? Et si l'on nous répondait qu'en vertu d'une règle ancienne, c'est l'accouchement qui fait la mère, on pourrait rétorquer que les procréations artificielles conduisent à dépasser la conception monolithique de la maternité impliquée par cette règle. La mère peut être utérine et/ou génétique. Pour-

quoi empêcher à la mère génétique non utérine d'établir un lien de filiation que l'on autoriserait au père génétique ? N'y aurait-il pas ici une discrimination ? Paradoxalement, les procréations artificielles jouent avec la biologie en se jouant d'elle, ce qui conduit parfois le législateur à nier, en ce domaine, que la biologie puisse indiquer la vérité : c'est ainsi que dans l'insémination artificielle avec donneur, le père génétique ne sera jamais le père légal, tandis que le père non biologique mais intentionnel le sera, lui, obligatoirement.

Alors, si l'on veut donner un statut à cet enfant issu d'une maternité pour autrui réalisée à l'étranger, il faut le faire sans hypocrisie, sans arguer d'un argument biologique que les techniques de procréations assistées écartent parfois dans l'établissement du lien de filiation. Il faut donc reconnaître à cet enfant un lien de filiation avec tous ses parents intentionnels, qu'ils fussent ou non biologiques. Évidemment, avec une telle solution (et même avec celle moins radicale admettant la seule filiation biologique paternelle), les couples français seraient incités à se rendre à l'étranger pour obtenir ce que la France leur refuse. Ce serait une nouvelle hypocrisie qui, pour être levée, impliquerait de légaliser la maternité pour autrui en France... CQNFPD (Ce qu'il ne fallait surtout pas démontrer)...

Pour sortir de l'impasse à laquelle le raisonnement conduit, il faut remonter à ses prémisses en s'attaquant au postulat selon lequel l'enfant, privé de lien de filiation avec ses parents intentionnels, serait « un fantôme de la République ». Le Conseil d'État impose la délivrance de papiers à cet enfant afin qu'il puisse entrer sur le territoire français pour vivre avec ses parents intentionnels, ce qui lui permettra de réclamer la nationalité française (article 21-12 alinéa 3 du code civil). En outre, l'enfant pourra succéder à ses parents intentionnels qui auront fait un testament en sa faveur. De plus, l'organisation de sa vie quotidienne devrait être facilitée en ouvrant une tutelle dans laquelle les parents intentionnels seraient désignés comme tuteurs. Loin d'être un fantôme de la République, l'enfant pourra ainsi vivre avec ceux qui l'ont voulu en violation de la loi française.

Si le droit français maintenait l'interdiction de la maternité pour autrui, il faudrait s'assurer de son

¹ E. Kant, *Éléments métaphysiques de la doctrine de la vertu*, Seconde partie de la *Métaphysique des mœurs*, Paris, trad. J. Barni, 1855, p. 142, § 38.

efficacité pour éviter le développement d'un tourisme procréatif. Deux moyens le permettraient. D'une part, il faudrait user de la vertu prophylactique du droit pénal et sanctionner la maternité pour autrui, en elle-même, et non plus seulement la simulation ou la dissimulation d'enfant à laquelle elle conduit parfois. D'autre part, dans la galaxie de l'utopie, faisons le rêve qu'une convention interna-

tionale puisse un jour être signée imposant aux États qui autorisent cette pratique sur leur territoire de ne pas la réaliser en faveur d'étrangers ayant la nationalité d'un État qui l'interdit.

Droit pénal et droit international, deux domaines qui échappent à ma compétence... Madame le Ministre, Chère Marie, il est donc désormais temps de me taire.

Petit deux du Grand B : en finir avec la ségrégation...

Pour en finir avec la ségrégation qui frappe les enfants nés dans le cadre d'une gestation pour autrui à l'étranger

Caroline Mécarry
Avocate à la Cour

En ma qualité de praticienne du droit, spécialiste du droit de la famille, je suis régulièrement saisie par des couples hétérosexuels ou des couples homosexuels, qui ont recours à la gestation pour autrui dans l'un des pays étrangers, où cette technique de procréation médicalement assistée est possible. Mes clients deviennent ainsi parents.

Ces couples et leurs enfants sont confrontés, à titre personnel, à des difficultés importantes, mais au delà de leur situation particulière, leurs difficultés posent la question plus générale du « statut » des enfants nés à l'étranger dans le cadre d'une gestation pour autrui, ce qui appelle les observations suivantes.

L'article 16-7 du code civil dispose que le contrat de gestation pour autrui est nul. Qu'est-ce que cela signifie concrètement sur le plan civil ? Cela signifie en pratique que personne ne peut invoquer ce contrat devant une juridiction française pour en demander l'exécution forcée : remise de l'enfant aux parents d'intention quand la femme qui a porté l'enfant ne veut pas le remettre et inversement. Dans les deux cas le juge dira que le contrat

n'existe pas et il ne tranchera pas le différend au regard de la gestation pour autrui. Il pourra le cas échéant appliquer les règles du droit commun de la filiation à savoir que la femme qui a accouché sera considérée comme la mère légale et l'homme qui a fait don de ses gamètes et qui aura reconnu l'enfant sera légalement le père.

Parallèlement différents pays étrangers reconnaissent la validité du contrat de gestation pour autrui et notamment le Royaume-Uni, les Pays-Bas, la Grèce, l'Ukraine, l'Inde, Israël ainsi que nombre d'autres États. Le contrat conclu dans ces pays est parfaitement valable au regard de la loi étrangère concernée et les conséquences qui en résultent aussi : les parents d'intention sont légalement les parents de l'enfant tandis que la femme qui a porté l'enfant renonce à tout droit (il faut préciser ici qu'elle n'est pas, le plus souvent, liée biologiquement à l'enfant car les parents d'intention ont bénéficié d'un don d'ovocyte).

Lorsqu'un enfant naît dans ce contexte, l'acte de naissance de l'enfant est établi conformément à la loi étrangère applicable. Cet acte de naissance

est parfaitement valable, dès lors que les mentions qui y figurent sont conformes à la loi étrangère.

Par ailleurs cet acte de naissance étranger établit la filiation, sans contestation possible de la part des autorités françaises. Du moins c'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 6 avril 2011 : la filiation ainsi établie est parfaitement efficace : « *qu'une telle annulation (de la transcription), qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant* »¹. Elle a affirmé cette même position dans deux autres arrêts rendus le même jour².

Les autorités consulaires françaises ne peuvent contester la validité de l'acte de naissance étranger devant le juge étranger, seul compétent pour en apprécier la validité. En effet, les autorités françaises n'ont pas qualité pour agir devant le juge étranger : ainsi par exemple le consulat français en Ukraine ne peut pas saisir le juge ukrainien d'une action judiciaire pour demander l'annulation de l'acte de naissance étranger. Il en est évidemment de même pour tous les consulats dans tous les pays étrangers.

Qui plus est, à supposer qu'une action judiciaire soit initiée par le Consul et examinée par le juge étranger, celui-ci ne pourrait que constater que l'acte de naissance a été établi conformément à sa loi nationale, de sorte qu'il est parfaitement valide.

De la même manière, les autorités françaises ne peuvent pas davantage demander l'annulation de cet acte d'état civil étranger devant le juge français, car ce dernier n'est pas compétent pour ce faire (c'est un acte d'état civil étranger).

Par conséquent, du fait de l'établissement de la filiation de manière incontestable par l'acte de naissance étranger, l'enfant est français par application de l'article 18 du code civil qui dispose : « *est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* », le père de l'enfant étant de nationalité française.

Or les demandes de transcriptions des actes de naissance étrangers sont soit refusées, soit annulées par les juridictions, plaçant les enfants dans une situation complexe : ils ont une filiation incontestable, mais n'ont pas d'acte d'état civil français, qui permet d'obtenir une carte d'identité et un passeport.

C'est ainsi que des parents se retrouvent coincés en Ukraine ou en Inde, notamment.

Ils ne peuvent demander la transcription de l'acte de naissance étranger car elle est systématiquement refusée, donc ils ne la demandent plus, mais il leur faut néanmoins rentrer en France avec l'enfant (l'Ukraine et l'Inde ne sont pas dans l'espace Schengen, permettant la libre circulation).

Ils peuvent demander alors un laissez-passer sur le fondement du décret n° 2004-1543 du 30 décembre 2004, pour pouvoir au moins revenir avec l'enfant, en France. À cet égard, le Conseil d'État a rendu, le 4 mai 2011, une décision, qui sanctionne le refus de laissez-passer, même en présence d'un contrat de gestation pour autrui :

« *Considérant, d'autre part, que la circonstance que la conception de ces enfants par M. A et Mme C aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant, ainsi que l'a jugé à bon droit le juge de première instance* »³.

Cette position est aujourd'hui appliquée par certains juges administratifs mais dans la pratique les parents peuvent rencontrer des difficultés pour obtenir rapidement le sésame permettant le retour de la famille.

Cette situation est d'autant plus discriminatoire, qu'elle n'est possible qu'à l'égard des parents qui se sont rendus dans un pays où il faut un laissez-passer pour l'enfant (Inde, Ukraine, Russie principalement).

En effet lorsque des parents se rendent aux États-Unis et ont un enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui, cet enfant, né sur le sol américain, a la nationalité américaine ; il se voit remettre un passeport américain et, muni de ce

¹ Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, *Bull. civ. I*, n° 370, n° 10-19.053. Cet arrêt a fait l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a été transmis au Gouvernement français.

² Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011 (deux arrêts), *Pourvoi* n° 09-17.130 et n° 09-66.486.

³ CE 4 mai 2011, n° 348.778.

passerport, il rentre sur le territoire français, sans aucune difficulté, puisqu'il existe un accord entre les deux pays aux termes duquel les ressortissants de chacun des pays peuvent entrer sur le territoire de l'autre et aura automatiquement un visa de trois mois.

Concrètement, pour abolir ces différentes difficultés, il serait souhaitable que cette politique juridico-administrative de refus de transcription, mise en œuvre avec beaucoup de zèle par le parquet de Nantes, cesse, dans l'intérêt des enfants, qui vivent une situation de « ségrégation », du seul fait de leur conception.

La Chancellerie a bien tenté de trouver une solution pragmatique puisqu'elle a, le 25 janvier 2013, adressé une circulaire aux magistrats rappelant les règles de base de délivrance d'un certificat de nationalité française. Celui-ci doit pouvoir être délivré à tout enfant ayant au moins un parent français⁴ même en présence d'une suspicion de gestation pour autrui. Toutefois la circulaire est actuellement diversement appliquée par les greffiers en chef compétents : tantôt oui, tantôt non, tantôt renvoi du dossier à la Chancellerie pour avis ; à cela s'ajoute le recours dont elle a fait l'objet devant le Conseil d'État dont on attend la décision.

Qui plus est, la situation des enfants s'est encore aggravée depuis que la Cour de cassation a, le 13 septembre 2013, rendu deux arrêts qui marquent une régression considérable au regard des arrêts du 6 avril 2011.

Dans le premier dossier, sur pourvoi du parquet général, la Cour de cassation a infirmé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes le 21 février 2012 qui ménageait un équilibre subtil entre le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui en France et le principe de l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation a infirmé cette décision et déclaré la transcription impossible en raison du mode de conception de l'enfant traduisant une fraude à la loi⁵.

Dans la seconde espèce, saisie d'un pourvoi formé par les deux parents, la Cour de cassation a confirmé la décision rendue par la Cour d'appel de Rennes le 10 janvier 2012. Outre qu'elle considère que la transcription ne saurait être ordonnée en raison du mode de conception de l'enfant

frauduleux, elle précise « *qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués* ». Puis dans un second temps, la Cour de cassation a validé l'annulation de la reconnaissance de paternité du père, précisant là aussi que les garanties tirées des conventions internationales précitées ne sauraient être utilement invoquées⁶.

Dans cette dernière espèce la Cour vient ainsi dire au père qu'il n'est pas le père bien qu'il soit le père. Outre qu'il s'agit d'une atteinte au principe bien connu en droit international privé de la permanence de l'état civil d'une personne, c'est la première fois (dans ce domaine) qu'une juridiction s'autorise à annuler une vérité juridique correspondant à une vérité biologique.

Régression juridique car aucun des deux arrêts n'affirme que l'acte de naissance étranger établit la filiation comme l'ont fait les trois arrêts du 6 avril 2011, qui avaient le mérite de clarifier ce point et d'assurer que la filiation, même résultant d'un acte de naissance étranger, est parfaitement opposable aux autorités françaises (ce qui est la règle puisque des millions de personnes nées à l'étranger vivent en France et peuvent exciper de leur acte de naissance pour établir leur filiation).

Une telle posture – idéologique à n'en pas douter – risque fort de tomber sous la censure de la Cour européenne des droits de l'Homme qui a été saisie. On sait qu'en raison de la très grande disparité des législations des pays membres du Conseil de l'Europe, la Cour européenne ne va pas ouvrir la voie de la légalisation de la gestation pour autrui ; en revanche la Cour devrait raisonner comme dans les arrêts *Wagner contre Luxembourg*⁷, *Négroponitis contre Grèce*⁸, et *S. H. et autres contre Autriche*⁹. Dans ces décisions, la Cour dit très clairement que l'on ne peut empêcher les ressortissants européens de se déplacer et d'avoir recours à des techniques de procréations qui peuvent être interdites dans leur pays. *Dans ce cas, l'État doit tout mettre en*

⁴ L'article 18 du code civil disposant qu'« *est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* ».

⁵ Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138.

⁶ Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315.

⁷ CEDH 28 juin 2007, n° 76240/01.

⁸ CEDH 3 mai 2011, n° 56759/08.

⁹ CEDH 3 nov. 2011, n° 57813/00.

œuvre pour reconnaître la situation juridique née valablement à l'étranger et le concept de fraude à la loi française va tomber sur le principe de l'intérêt de l'enfant.

L'existence d'une discrimination entre les enfants en raison de leur mode de conception ne devrait pas être tolérée par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui interdit toutes les discriminations et qui a une approche concrète des droits de l'enfant.

En revanche, autoriser la transcription de l'acte de naissance étranger n'est en rien une légalisation de la gestation pour autrui en France, où elle demeurerait interdite.

Autoriser la transcription de ces actes de naissance assurerait le respect par la France de l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant et de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

C'est le moins que l'on puisse faire.

Petit trois du Grand B :

gestation pour autrui à l'étranger et droit français

La réception en France des gestations pour autrui réalisées à l'étranger

Bernard Haftel
Professeur à l'Université d'Orléans

I. Exposé des motifs

Madame le Ministre,

Vous m'avez interrogé sur l'opportunité d'une réforme relative à la reconnaissance en France des processus de gestation pour autrui réalisés à l'étranger, dans l'hypothèse où le législateur déciderait de ne pas modifier le droit interne, actuellement prohibitif.

1. La question de la réception en France de ces situations constituées à l'étranger qui, en France, n'auraient pu l'être, pose en l'état du droit international privé deux difficultés différentes, qu'il convient de bien distinguer.

D'une part, de telles situations sont contraires à certains principes du droit français, que la Cour de cassation a dit « essentiels »¹, et qui touchent en effet à l'indisponibilité du corps humain, lorsque c'est la convention de mère porteuse qui est en cause, à l'indisponibilité de l'état des personnes, lorsque c'est le résultat du processus, la « *cession de filiation* » qui est en cause, voire, de manière générale, à la dignité de la personne humaine.

Certes, aucun des ces principes n'est absolu et chacun connaît des exceptions. Toutefois, en l'état actuel du droit français, le recours à la maternité de substitution ne correspond manifestement à aucune exception autorisée.

D'autre part, lorsque la situation est le fait de personnes résidant habituellement en France qui décident sciemment de contourner l'interdiction du droit français en allant à l'étranger réaliser ce qui leur est ici interdit, le processus se double alors d'une teinte frauduleuse et c'est, outre les principes essentiels du droit français, l'autorité même de la loi qui est en cause.

2. Cette distinction des problématiques fait d'emblée apparaître que certaines situations ne mettent en cause que la première considération, et non la seconde.

En effet, les processus de gestation pour autrui réalisés à l'étranger entre des personnes résidant à l'étranger, en conformité de la loi locale, ne mettent aucunement en cause l'autorité de la loi française, quand bien même d'ailleurs les parties auraient la nationalité française. Dès lors que les

¹ Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, pourvois n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053, *Bull. civ. I*, n° 70, 71, et 72.

parents d'intention résident habituellement dans un pays autorisant ce type de pratiques, ils ne font qu'user des voies ouvertes par la loi locale. Et il n'est pas anodin, s'agissant de manière générale de la reconnaissance de décisions étrangères, même mettant en cause des Français, de constater que la Cour de cassation a renoncé, depuis 2007, à contrôler l'application par le juge étranger du droit français².

Reste alors seulement, dans cette hypothèse, la question de savoir si le caractère odieux, comme aurait dit Bartole, aux yeux du droit français, du processus de gestation pour autrui étranger justifie pour autant le refus de reconnaissance.

Sur ce point, on ne peut que constater qu'un tel refus entraînerait une discontinuité internationale de la situation des individus, autrement nommé statut boiteux, remettant en cause les prévisions légitimes des parties, fondées ici non seulement sur l'énoncé abstrait de la loi de leur État de résidence – voire de nationalité – mais sur l'existence d'une décision concrète de justice, qui, étant déjà intervenue, a nécessairement modifié la situation, concrète, des parties et cristallisé leurs attentes.

On ajoutera qu'un refus de reconnaissance n'aurait ici aucun effet prophylactique. Les individus résidant à l'étranger ne vont pas cesser de pratiquer des gestations pour autrui au motif que cela leur poserait des difficultés en cas de liens éventuels et ultérieurs avec la France. Le refus de reconnaissance n'empêchera pas le déroulement de leur vie quotidienne, qui est par hypothèse à l'étranger. Il entraînera simplement des gênes plus ou moins importantes en cas de changement de pays de résidence, de succession en France, de demande de transcription sur les registres de l'état civil...

Il ne paraît donc nullement légitime de s'opposer à la reconnaissance de ces situations nées à l'étranger entre personnes y résidant. Conformément à une dichotomie bien connue du droit international privé, depuis un arrêt *Rivière* du 17 avril 1953³, les exigences de l'ordre public sont atténuées lorsqu'est en cause une situation née sans fraude à l'étranger.

À cela s'ajoute que les exigences du droit de l'Union européenne (lorsque la décision a été

rendue par un État membre), notamment la liberté de circulation et d'établissement, ainsi que celle du droit européen des droits de l'Homme, semble imposer au droit français la reconnaissance des filiations établies à l'étranger dans ces conditions⁴.

3. La situation apparaît différente lorsque la gestation pour autrui, quoique s'étant formellement déroulée à l'étranger, est sollicitée par des personnes installées en France. Dans ce cas, qui seul a été soumis à la Cour de cassation, la situation est en outre affectée d'un caractère frauduleux marqué. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une fraude à la loi, mais plutôt de ce que le professeur Fadlallah a appelé une « *fraude à l'intensité de l'ordre public* ». Les parties vont réaliser à l'étranger ce qu'elles ne pourraient pas réaliser en France, déplaçant ainsi artificiellement le centre de gravité de leur relation et, avec lui, les termes d'appréciation de la contrariété à l'ordre public international.

Dans ces conditions, sauf à renoncer à l'autorité de la loi en ce qu'elle prohibe le recours à une maternité de substitution, une sanction semble nécessaire.

À cette fin, la voie la plus évidente, la seule que connaisse le droit international privé, consisterait en un refus de reconnaissance de la décision étrangère constatant la filiation des parents d'intention (lorsque c'est le père – ou l'un des pères – qui a donné ses gamètes, sa filiation n'est pas le produit de la gestation pour autrui, mais celui de la simple application de la loi française, il n'est pas un « parent d'intention », mais le père biologique et le refus de reconnaissance de la décision étrangère est donc logiquement sans incidence sur le lien de filiation à son égard⁵). Mais une telle solution aurait en réalité pour effet exclusif de sanctionner, non pas tant les fautifs, ceux qui ont tenté de contourner la loi française, que l'enfant lui-même en le privant de toute la protection qui accompagne le lien de filiation. La question, telle qu'elle est posée aux juges français, n'est pas celle de l'acceptation ou du refus du principe de la gestation pour autrui, mais celle du sort des enfants issus de ce

² Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Bull. civ. I*, n° 68.

³ Civ. 1^{re}, 17 avr. 1953, *JCP* 1953, II, 7863.

⁴ V. CEDH 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, n° 76240/01 – CJCE 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, et 6 déc. 2008, *Grunkin Paul*, aff. C-353/06.

⁵ C'est pourtant en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, v. en dernier lieu civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, pourvoi n° 12-18.315, à paraître au *Bulletin*.

processus. Or, au moment auquel la question est posée aux juridictions françaises, ces enfants existent déjà, ils vivent déjà, de fait, avec leurs parents d'intention et, à cet égard, toute idée de retour en arrière est manifestement exclue, quoi que l'on pense par ailleurs du processus de gestation pour autrui lui-même, et de l'attitude contestable des parents d'intention. La mère gestatrice n'aura généralement plus aucune intention de recouvrer ses droits, à supposer même qu'il soit possible de la connaître, et, en tout état de cause, par hypothèse, la mère a perdu ses droits aux profits des parents d'intention dans le pays d'origine de l'enfant.

Percevant la difficulté qu'il y aurait à refuser purement et simplement tout droit à ces enfants, la Cour de cassation a fixé leur statut dans un *obiter dictum* selon lequel, bien que la gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne produise pas d'effet en France, « une telle situation ne prive pas l'enfant de la filiation maternelle et paternelle » que l'État étranger lui reconnaît⁶.

La solution est d'abord obscure et schizophrène. L'ordre juridique français ne peut, simultanément, reconnaître et ne pas reconnaître la filiation de ces enfants. Il faut semble-t-il comprendre que, par cette formule, la Cour de cassation entend conférer aux enfants un statut de fait : ils ne sont pas juridiquement liés à leurs parents d'intention par un lien de filiation, mais ceux-ci peuvent, concrètement, dans les faits, les recueillir et les éduquer (concrètement, en excipant d'une version traduite du jugement étranger, qui n'est pourtant pas reconnu en France). Toutefois, dépourvus de lien de filiation, ils vivent dans le non-droit, dans les « limbes du droit », comme on l'a justement écrit⁷ : sans vocation alimentaire, sans vocation successorale, sans vocation à la nationalité (sauf, peut-être, par l'intermédiaire de l'article 21-12 du code civil), sans la moindre protection juridique. Même leur abandon ne pourrait probablement pas être sanctionné.

Cette situation ne saurait dès lors perdurer et il apparaît d'emblée nécessaire de combattre cette jurisprudence par une disposition législative claire imposant en France la reconnaissance du fait accompli dès lors du moins que le processus de gestation pour autrui s'est déroulé

conformément à la loi locale et que le consentement des parents initiaux peut être sérieusement attesté.

4. Cela ne signifie pas, en revanche, que toute sanction soit exclue. Simplement, la sanction à intervenir devra concerner les parents d'intention, qui ont pris la décision de contourner la loi française, et non l'enfant.

À cet égard, une infraction d'incitation à l'abandon d'enfant existe déjà, à l'article 227-12 du code pénal, et son libellé comme sa sanction semblent pleinement adaptés. Il apparaît simplement nécessaire de rendre ces dispositions applicables à l'infraction commise hors de France par une personne y résidant habituellement, par dérogation au principe ordinaire de double incrimination, prévu par l'article 113-6 du code pénal, selon lequel la loi française n'est applicable aux délits commis à l'étranger que s'ils le sont par des Français et si les faits sont punis par la législation locale.

5. Il est donc proposé d'insérer deux nouveaux articles de loi.

Le premier, à destination du code civil, aura pour effet, ce qui est exceptionnel, de combattre une jurisprudence établie, et de s'assurer de la reconnaissance en France du lien de filiation découlant du processus de gestation pour autrui réalisé à l'étranger en conformité de la loi locale.

Le second, à destination du code pénal, aura pour effet d'étendre la pénalisation de l'incitation à l'abandon d'enfant, telle qu'elle est déjà prévue par la loi française.

II. Textes proposés

Article 1^{er} :

« Il est créé dans le code civil un article 311-18, ainsi rédigé :

“La gestation pour autrui et les conventions l'organisant sont contraires aux principes du droit français.

Toutefois, la filiation des parents d'intention résultant d'un processus de gestation pour autrui réalisé à l'étranger conformément à la loi

⁶ Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, trois arrêts précités. Pour l'explication de texte, v. C. Petit, « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », *D.* 2013, p. 2377.

⁷ H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *D.* 2013, p. 2349.

locale, et consacrée par une décision de justice définitive, est reconnue de plein droit en France.

La décision étrangère qui constate ou établit cette filiation ne peut être considérée, en elle-même, comme contraire à l'ordre public international français, à condition toutefois que le consentement donné par la mère gestatrice et, s'il y a lieu, le père biologique, ait été libre, réitéré après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences du processus, notamment sur le caractère irrévocable de celui-ci.

Elle ne peut non plus être considérée, en elle-même, comme constitutive de fraude, même

lorsqu'elle a été obtenue par des personnes qui résident en France ou y résidaient au moment des faits" ».

Article 2 :

« Il est créé dans le code pénal un article 227-12-1 ainsi rédigé :

"Dans le cas où l'infraction prévue par l'article 227-12 est commise à l'étranger par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables" ».

Petit quatre du Grand B :

PMA et GPA en questions

L'extension de la PMA et l'autorisation de la GPA en questions

Jean-Sébastien Borghetti
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

La possibilité d'étendre en droit français le recours à la procréation médicalement assistée (PMA) et celle d'autoriser la gestation pour autrui (GPA) sont le plus souvent envisagées comme des « questions de société », relevant à ce titre d'une approche avant tout politique et sociologique. Elles ne sauraient cependant s'y réduire. L'extension de la PMA et l'admission de la GPA impliqueraient des modifications de l'état de notre droit, dont l'importance ne peut ou ne devrait pas laisser les juristes, et plus largement l'ensemble de la société, indifférents. La logique de plusieurs institutions du droit français s'en trouveraient en effet profondément altérée ; et le souci de maintenir la cohérence du système, encore accentué par l'emprise croissante du principe de non-discrimination, entraînerait alors presque inéluctablement, à plus ou moins court terme, d'autres évolutions du droit. Un jugement éclairé sur l'opportunité de modifier les règles actuellement applicables à la PMA et à la GPA se doit donc de prendre en compte, parmi d'autres éléments, les « effets juridiques secondaires » d'une telle modification.

La récente réforme du mariage l'illustre bien. Si la justification de l'extension du mariage aux couples du même sexe repose sur le principe d'égalité, comme cela a été dit, et s'il s'agit d'accorder une égale reconnaissance législative à toutes les formes de conjugalité, alors il ne faut pas s'étonner que certains s'élèvent déjà contre les restrictions qui ont été maintenues et qui font que le mariage n'est toujours pas « pour tous ». Les médias généralistes se sont ainsi fait l'écho de couples incestueux qui réclament le droit de se marier¹. Bien évidemment, cela demeure anecdotique et, en l'absence de groupe de pression organisé et de relais actifs dans les médias et la classe politique, il ne faut pas s'attendre à ce que naisse demain un mouvement significatif et politiquement influent en faveur de l'abolition des empêchements liés aux liens de parenté. De même, l'image globalement très négative de la polygamie dans notre société fait qu'il y a peu de chances que s'épanouisse chez nous, du moins à court terme, une revendication audible en faveur de cette forme de conjugalité². Il n'empêche que, si l'on prend au sérieux l'exigence

¹ V. aussi Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, à paraître au *Bulletin*.

² Aux États-Unis, cependant, quelques mois après que la Cour suprême a jugé contraire à la Constitution une disposition législative interdisant au gouvernement fédéral de conférer les mêmes avantages aux couples homosexuels mariés qu'aux couples hétérosexuels mariés (*United States*

v. Windsor, 26 juin 2013), un juge fédéral a jugé contraire à cette même Constitution certains aspects d'une loi de l'État de l'Utah interdisant la polygamie, notamment en ce qu'elle portait atteinte à la liberté de religion (*Brown v. Buhman*, 13 déc. 2013, 2:11-cv-0652-CW, accessible à l'adresse https://ecf.utd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?211cv0652-78).

d'égalité entre toutes les manières de « faire famille » et si l'on entend véritablement consacrer l'idée principale qui a servi à justifier la loi Taubira, et qui pourrait se résumer par la maxime « amour vaut droit », alors l'impossibilité de certains mariages incestueux et des mariages polygamiques peut, et même doit, être mise en question. La tradition et la nature des choses étant aujourd'hui des justifications largement disqualifiées et inaudibles par beaucoup, il n'est en tout cas pas possible de maintenir ces restrictions à la liberté de se marier au seul motif qu'elles existent depuis des siècles³. Or, *mutatis mutandis*, ce qui vaut pour le mariage vaut aussi pour la PMA et la GPA.

Étendre la possibilité du recours à la PMA aux couples de femmes ferait passer cette technique d'un remède à l'infertilité pathologique à une manifestation d'un véritable droit à l'enfant, réservé cependant aux seules femmes. En effet, si le bénéfice de la PMA était étendu aux couples homosexuels féminins, comme cela est aujourd'hui envisagé, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas également ouvert aux femmes seules. Certes, traditionnellement, un enfant est élevé par deux parents ; mais on a vu ce qu'il fallait penser de l'argument tiré de la tradition. De plus, l'idée (le préjugé ?) qu'avoir deux parents est souhaitable pour l'enfant va d'ordinaire de pair avec celle de complémentarité des sexes. Or, celle-ci n'est plus jugée particulièrement souhaitable par le législateur, puisqu'il admet désormais l'adoption par des couples du même sexe. Dès lors, réserver la PMA aux couples reviendrait à estimer que deux parents valent mieux qu'un. Mais si tel est le cas, est-ce que trois ne vaudraient pas mieux que deux, et quatre mieux que trois ? Surtout, l'admission de l'adoption plénière par une personne seule est déjà admise depuis longtemps, témoignant ainsi de ce que, pour le législateur, un seul parent

suffit à l'enfant. Si la PMA n'est plus conçue comme un remède à l'infertilité pathologique, il n'y a donc aucune raison de la réserver aux couples. Le souci de cohérence devrait ainsi conduire à ouvrir cette technique aux femmes célibataires, ainsi d'ailleurs qu'aux couples hétérosexuels dans lesquels la femme a dépassé l'âge de la ménopause⁴.

Le souci de cohérence pourrait avoir des conséquences encore plus importantes dans le cas de la GPA. Autoriser celle-ci reviendrait en effet à remettre en cause plusieurs principes de notre droit, ouvrant ainsi la porte à d'intéressantes réactions en chaîne. Il est vrai que l'on peut discuter de la manière dont il convient d'analyser, juridiquement, la GPA⁵. S'agit-il d'une vente d'enfant, auquel cas il y aurait atteinte au principe de non-patrimonialité des personnes, ou d'une cession du lien de filiation, qui remettrait « simplement » en cause l'indisponibilité de l'état des personnes ? Nous nous en tiendrons ici à la deuxième approche, moins polémique. Si l'on admet le principe d'une cession du lien de filiation, cependant, pourquoi ne serait-elle possible que par anticipation, avant la naissance de l'enfant ? Pourquoi ne pas l'admettre à propos d'un enfant déjà né, si les deux parents en sont d'accord ? Sans doute faut-il prendre en compte l'attachement de l'enfant envers ses premiers parents ; mais cet attachement n'est pas forcément beaucoup plus fort quelques semaines après la naissance que quelques semaines avant – d'autant qu'il semble aujourd'hui acquis que des liens très forts se tissent avec la mère, et même avec le père, dès avant l'accouchement. L'admission de la GPA signifie en fait celle de l'abandon *in favorem* et moyennant finance⁶, et l'on ne voit pas pourquoi celui-ci ne pourrait se faire qu'à la naissance.

³ Cela ne veut évidemment pas dire que l'on ne peut pas chercher d'autres justifications à ces restrictions. On songe d'ailleurs immédiatement à des considérations de santé publique dans le cas des empêchements à mariage entre membres d'une même famille et à l'égalité des sexes pour la polygamie. Sauf que la première considération ne justifie pas tous les empêchements actuels (notamment ceux entre beau-père ou belle-mère et belle-fille ou gendre) et que la seconde s'applique à la polygynie, mais non à la polygamie, en tant qu'elle englobe la polygynie et la polyandrie. Il faut donc chercher autre chose...

⁴ L'intérêt de l'enfant est certes d'avoir une mère pour l'élever, mais, compte tenu de l'allongement de l'espérance de vie, si l'on devait sortir de la logique actuelle qui fait de la PMA un remède à une infertilité pathologique, ce n'est pas tant l'âge de la ménopause qui devrait être pris en compte que l'espérance de vie de la mère (et du père ou de la deuxième mère, le cas échéant) au moment de la conception.

⁵ V. not. sur ce point M. Fabre-Magnan, *La Gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

⁶ Il ne faut en effet pas se faire d'illusion sur la possibilité de créer une GPA à titre gratuit, c'est-à-dire sans rémunération de la mère porteuse. L'exemple des pays où la GPA est admise montre, ce qui ne devrait être une surprise pour personne, qu'il se trouve peu de femmes pour accepter de porter gratuitement un enfant pour autrui. En outre, même lorsque la rémunération de la mère porteuse est officiellement interdite, un défraiement est en général prévu ; mais le montant de celui-ci est souvent étonnamment élevé : ainsi, une association anglaise organisant des GPA évalue entre 7 000 et 15 000 £ (environ 8 000 et 18 000 €) les frais devant être remboursés à la mère porteuse (http://www.surrogacyuk.org/intended_parents/your-questions-answered). Accessoirement, il est bien évident que ce sont les femmes pauvres qui acceptent de porter des enfants pour autrui ; les femmes qui ont les moyens de vivre à leur aise s'adonnent manifestement rarement à cette activité.

À terme, la possibilité de céder et d'acquérir ainsi un lien de filiation moyennant finance ne peut que remettre en cause les principes qui gouvernent l'adoption (plénière). Adoption et GPA conduisent en effet au même résultat : l'établissement d'un nouveau lien de filiation entre un enfant et une ou deux personnes. Il conviendrait donc que les conditions de mise en œuvre de l'adoption et de la GPA soient les mêmes, en tout cas en ce qui concerne la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Or, les conditions de l'adoption sont très rigoureuses, comme peuvent en témoigner toutes les personnes qui cherchent à adopter. Pourtant, lorsqu'il est question d'autoriser la GPA, il n'est souvent fait aucune allusion aux conditions auxquelles elle serait subordonnée. Un certain nombre de partisans du mécanisme ne semblent même pas envisager que le recours à la GPA puisse être soumis à des exigences particulières (autres que financières) en ce qui concerne les bénéficiaires du mécanisme, ni *a fortiori* aux exigences auxquelles est subordonnée l'adoption. Cela se comprend, d'ailleurs. La GPA s'inscrit en effet dans une logique de marché, difficilement conciliable avec la réglementation applicable en matière d'adoption, qui relève d'une toute autre logique. Il n'empêche qu'en cas d'introduction de la GPA en droit français, la cohérence voudrait que les conditions tenant à la préservation de l'intérêt de l'enfant soient identiques à celles applicables en matière d'adoption. Si celles-ci sont jugées trop strictes, il faudrait donc les abaisser. Cela voudrait dire que l'intérêt de l'enfant est finalement moins important que l'intérêt des adultes recourant à la GPA. Le reconnaître aurait d'ailleurs le mérite de la franchise, car la réalité profonde de la GPA est bien celle-là : faire advenir des enfants pour satisfaire le désir des adultes.

Si l'adoption et la GPA en viennent à coexister dans notre droit, la seconde n'aura d'intérêt qu'à la condition qu'elle présente pour les futurs parents des avantages qui compensent son caractère onéreux. Si ces avantages ne tiennent pas à un contrôle plus souple de l'intérêt de l'enfant, ils résideront au moins en ceci qu'il sera certainement plus rapide d'obtenir un enfant par la voie

de la GPA que par celle de l'adoption. Nul n'ignore qu'il existe aujourd'hui une disproportion très importante entre le nombre d'enfants adoptables et le nombre de personnes cherchant à adopter⁷. Les délais pour bénéficier d'une adoption sont donc extrêmement longs. Admettre la GPA permettrait de réduire le décalage entre le nombre d'enfants disponibles et celui des personnes demandeuses⁸. La rémunération des mères porteuses et la création d'un marché permettraient un rapprochement de l'offre et de la demande, qui diminuerait d'autant le temps d'attente des adultes désireux de devenir parents. En outre, un certain nombre de personnes, aujourd'hui candidates à l'adoption, pouvant satisfaire leur désir d'enfant grâce à la GPA, le nombre de celles désirant adopter devrait diminuer, rendant par là-même l'adoption plus facile. On voit bien cependant que se créerait de la sorte un système à deux vitesses : ceux qui ont suffisamment d'argent pourraient recourir à la GPA, tandis que les autres devraient se contenter de l'adoption, moins rapide et plus aléatoire. À terme, la GPA deviendrait le mode normal d'acquisition d'un lien de filiation hors procréation naturelle et l'adoption se transformerait en une sorte de service public de la parentalité, bénéficiant à ceux qui ne peuvent se payer une GPA.

L'admission de la GPA pourrait aussi avoir des répercussions sur la place faite aux droits fondamentaux dans le contrat. Certains de ces droits se voient aujourd'hui reconnaître un effet horizontal, dans la mesure où leur respect s'impose aux personnes privées concluant entre elles des contrats. Le droit au respect de la vie privée, en particulier, est susceptible de faire obstacle à la validité de certaines clauses, notamment dans le contrat de travail ou le contrat de bail. Or, les personnes recourant à une GPA voudront exercer un droit de regard sur le comportement de la mère porteuse durant la grossesse. Il est au demeurant légitime qu'ils veuillent préserver leur futur enfant de certains risques, liés par exemple à la consommation de substances ou d'aliments dangereux (alcool, tabac, drogues) ou à des pratiques physiques, notamment sexuelles, à risque. L'interdiction pour la mère de certains aliments et

⁷ Ce décalage tend même semble-t-il à s'accroître, du fait notamment qu'un certain nombre de pays refusent que les enfants ayant leur nationalité soient adoptés dans des pays qui admettent l'adoption par des couples du même sexe.

⁸ On ne peut cependant s'empêcher de penser qu'il y a un certain paradoxe à vouloir autoriser la GPA afin de pallier le manque d'en-

fants adoptables, tout en considérant l'avortement comme la seule issue possible aux grossesses non désirées. Parmi les 220 000 femmes qui avortent chaque année en France, pourtant, peut-être certaines préféreraient-elles, si la possibilité leur en était réellement donnée, mener leur grossesse à terme et confier ensuite l'enfant à des parents adoptifs.

substances ou de certaines pratiques constituerait cependant une immixtion considérable dans sa vie privée. On pourrait certes les justifier par le souci de protéger l'enfant à naître, mais dans ce cas il conviendrait d'appliquer la même surveillance à toutes les femmes portant un enfant, indépendamment de l'existence d'un contrat de GPA – et il faudrait sans doute remettre en cause la liberté d'avorter, telle qu'elle est aujourd'hui conçue. Admettre un contrôle poussé de la vie privée de la mère uniquement en cas de GPA reviendrait en réalité à restreindre le bénéficiaire du droit à la vie privée au nom de l'intérêt des clients. Mais pourquoi ceux-ci bénéficieraient-ils d'un pouvoir sur leur cocontractant qui n'existe dans aucun autre contrat, et notamment pas dans le contrat de travail ?

Un tel pouvoir sur la femme enceinte est en outre refusé au conjoint ou au partenaire de celle-ci, y compris lorsqu'il est le père biologique de l'enfant à naître. Un homme ne peut ainsi interdire à sa compagne d'adopter des comportements à risque durant la grossesse, même si son propre enfant est en péril. Sans doute faut-il se réjouir de cet affranchissement de la femme du joug masculin et marital, mais les féministes ont-elles combattu pour que ce joug soit remplacé par celui de l'argent, potentiellement plus lourd encore ? Un point, en particulier, pourrait cristalliser les différences de traitement entre le mari ou le compagnon de la femme, d'une part, et le(s) client(s), d'autre part : c'est la question de l'avortement. On sait que, aujourd'hui, un homme ne peut s'opposer à ce que la femme qui porte son enfant avorte. L'exclusion du père dans la décision d'avorter devrait même encore être plus marquée si, comme le prévoit le projet de loi en discussion à l'heure où ces lignes sont écrites, la liberté d'avorter, théoriquement subordonnée à la situation de détresse de la femme enceinte, était transformée en un véritable droit, que la femme pourrait exercer sans condition d'aucune sorte. *Quid*, cependant, si la loi autorisait la GPA : la mère-porteuse conserverait-elle la liberté d'avorter ? Ou, plus précisément (car il n'est guère envisageable que les clients se voient autorisés à empêcher physiquement l'interruption de la grossesse de la mère porteuse) : la mère porteuse engagerait-elle sa responsabilité

contractuelle si elle avortait sans l'accord de son ou ses clients ? Il est bien évident que les personnes recourant à la GPA auraient du mal à comprendre que la mère-porteuse puisse se débarrasser de « leur » enfant sans avoir à leur rendre des comptes, ni n'encourir aucune responsabilité. D'un autre côté, peut-on restreindre la liberté de la femme d'avorter au nom des attentes légitimes des bénéficiaires de GPA, et mieux traiter le client que le conjoint ou le compagnon ? Si cette dernière option était privilégiée, elle consacrerait évidemment un peu plus la possibilité d'une aliénation de la femme moyennant finance⁹ – et ouvrirait d'intéressantes perspectives à certains conjoints ou compagnons possessifs, puisqu'ils pourraient envisager, en contractant avec leur femme ou compagne, d'obtenir sur elle le pouvoir que le mariage ou le PACS ne leur donne pas.

La question se pose également de la soumission éventuelle du contrat de GPA aux règles du droit du travail. Le qualifier de contrat de travail ne va certes pas de soi. D'un autre côté, la mère porteuse ne subordonne-t-elle pas sa personne toute entière à la volonté du client, et ne mérite-t-elle pas plus que tout autre salarié la protection du droit du travail ? L'implication de la personne toute entière de la mère dans la grossesse est bien plus forte que celle de n'importe quel salarié dans son travail. Il ne faut pas non plus oublier que porter un enfant est une activité à risque. Indépendamment même de la possibilité d'un décès en couches¹⁰, la mère s'expose à des pathologies physiques et psychiques, pendant comme après la grossesse. On touche au demeurant là à un point crucial. Il a été montré comment le droit du travail s'est développé selon une logique très incarnée, afin de protéger la personne du travailleur¹¹. Autoriser la GPA constituerait de ce point de vue une régression remarquable, en permettant une soumission au pouvoir d'autrui de la personne et du corps de la mère porteuse, dans une mesure que l'on pouvait croire révolue. Il est d'ailleurs éminemment paradoxal que ce soient parfois les mêmes personnes qui défendent la GPA, au nom du droit des couples homosexuels à avoir des enfants, et qui réclament l'abolition de la prostitution, au nom du respect du corps de la

⁹ Ou même sans contrepartie !, si l'on prétend maintenir la fiction de la gratuité en interdisant (le cas échéant en jouant sur les mots) toute rémunération de la mère-porteuse.

¹⁰ Les dernières statistiques font état d'un peu moins d'une mort en couches pour 10 000 naissances.

¹¹ V. not. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 1970 et 2007.

femme¹². Qui ne voit pourtant que l'emprise du client sur le corps de la femme est encore plus importante dans la GPA que dans la prostitution ?

Plus largement, l'admission de la GPA irait dans le sens du développement de la parenté fondée sur un engagement volontaire. La chose est évidemment dans l'air du temps, qui vante le rôle de la volonté dans les rapports familiaux et qui tend plus largement à voir dans le consentement le critère ultime de la justice. N'entend-on pas ici ou là que la parenté volontaire, c'est-à-dire dégagée de l'aléa de la conception et de l'engendrement, serait la parenté la plus aboutie et la plus souhaitable pour l'enfant, car la plus pleinement choisie et assumée ? Comme chacun de nous peut en faire l'expérience, cependant, la volonté est faible et souvent instable. Lier la parenté à la volonté revient donc nécessairement, à plus ou moins long terme, à rendre la première vulnérable aux variations de la seconde. Il est certes quelques manifestations de volonté qui, dans notre système juridique, ont en principe un effet irrévocable. C'est notamment le cas de la reconnaissance d'enfant¹³. La force de celle-ci s'explique cependant par le fait qu'il s'agit fondamentalement d'un acte déclaratif, visant à faire coïncider la filiation juridique avec la filiation biologique. Or, cette dimension déclarative serait absente en cas de filiation découlant d'une GPA, du moins pour le ou les membres du couple n'ayant pas fourni ses gamètes. Assurément, si la GPA était autorisée demain en droit français, les liens de filiation qui en découleraient seraient déclarés irrévocables. À la longue, cependant, pourra-t-on empêcher que la logique contractualiste qui a présidé à l'acquisition du lien de filiation, ainsi que la faveur donnée *ab initio* à l'intérêt des adultes, ne conduisent à une possibilité de remise en cause de ce lien ? Après tout, pourquoi ne pourrait-on pas vendre, ou délaïsser, ce que l'on a acquis ? Bien évidemment, on n'imagine pas qu'il y ait beaucoup de couples ayant eu recours à une GPA qui souhaitent un

jour se défaire de l'enfant ainsi obtenu. Ce n'est cependant pas faire injure aux personnes qui pourraient recourir à ce mode d'acquisition de la parenté que d'imaginer, par exemple, que, en cas de séparation du couple parental, l'un des parents puisse vouloir renoncer à sa paternité ou à sa maternité, notamment si ses gamètes n'ont pas servi à la conception de l'enfant, que celui est très jeune et qu'il n'a pas été confié à la garde du parent en question. Après tout, il y a bien des parents adoptifs qui souhaitent se « défaire » de leur enfant, la « greffe » n'ayant pas pris, et les exemples ne manquent malheureusement pas de parents biologiques qui se désintéressent totalement de leur progéniture et qui renonceraient volontiers à leur lien de filiation, afin de n'avoir plus à payer d'obligation alimentaire, si l'occasion leur en était donnée. Le droit pourra assurément dire aux parents ayant recouru aux services d'une mère porteuse qu'ils ne peuvent céder ou se défaire de ce qu'ils ont acquis, mais combien de temps une telle interdiction sera-t-elle compréhensible et acceptable, si l'on exalte la volonté comme fondement de la parenté ?

Il faut donc avoir bien conscience du profond ébranlement de notre système juridique qu'entraînerait la généralisation de la PMA et *a fortiori* l'admission de la GPA. Non seulement des institutions aussi importantes que l'état civil, la filiation ou l'adoption en sortiraient profondément transformées, mais c'est tout l'ordre public contractuel ainsi que la vocation du droit à la protection de la personne qui s'en trouveraient ébranlés. Le débat relatif à la PMA et la GPA déborde bien sûr largement ces considérations. Il a d'évidentes composantes sociologiques, politiques, morales et même les questions juridiques qu'il soulève ne se réduisent pas, loin de là, à celles qui viennent d'être évoquées¹⁴. Celles-ci ne doivent toutefois pas être oubliées. Les revendications qui s'expriment en faveur de la PMA et de la GPA dans notre société doivent certainement être entendues et il est normal

¹² C'est ainsi que la ministre des droits des femmes déclarait récemment à l'Assemblée nationale : « Je ne veux pas d'une société où les femmes ont un prix » ; et : « Pourquoi payer le corps d'une femme ? Parce qu'elles y consentiraient... Voici l'argument le plus récurrent, le plus facile, le plus choquant, le plus paresseux, le plus inopérant qui puisse être avancé » (discours à l'occasion du début de l'examen de la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel le 29 novembre 2013). Or, la ministre se déclare par ailleurs favorable à la GPA (v. notamment <http://www.najat-vallaud-belkacem.com/2010/11/21/gestation-pour->

[autrui-lethique-du-don/](http://www.najat-vallaud-belkacem.com/2010/11/21/gestation-pour-autrui-lethique-du-don/)). Il est vrai qu'elle défend une GPA gratuite, mais combien de femmes sont-elles prêtes à porter gratuitement des enfants pour autrui (v. *supra* note 5) ?

¹³ L'adoption plénière est également irrévocable (art. 359 C. civ.). Si elle découle évidemment d'une démarche volontaire, cependant, ce n'est pas la manifestation de volonté du ou des adoptants qui crée le lien de filiation, mais bien la décision du juge.

¹⁴ V. sur ce point notamment M. Fabre-Magnan, préc., ainsi que C. Pérès, « Le mariage pour tous, après la "bataille" », *Revue de droit d'Assas* n° 8, oct. 2013, p. 17-18.

qu'elles fassent l'objet d'une discussion dans une société démocratique. Mais ce serait ne pas prendre au sérieux ceux qui les portent que

de ne pas discuter des répercussions, pour l'ensemble de la société, des changements proposés.

Petit cinq du Grand B : réformer l'assistance à la procréation

Réformer l'assistance à la procréation (et la filiation subséquente)

Yann Favier

Professeur à l'Université Rennes 2

L'attente en matière d'assistance à la procréation est à (dé)mesure du désir d'enfant. Elle conduit certains, par des voies de fait, à commettre des violations répétées et même revendiquées d'un droit frappé d'obsolescence programmée.

La demande est double. En premier lieu, faciliter l'accès aux techniques permettant de remédier à une impossibilité médicale ou sociale (en raison du célibat ou de l'identité de sexe des membres du couple) de procréer et/ou de porter un enfant (ce qui dans ce dernier cas conduit à la maternité de substitution). En second lieu, affirmer un droit à la connaissance des origines personnelles pour les enfants issus de donneurs anonymes en permettant d'identifier les géniteurs ou même en leur faisant une place dans la parenté. Ces deux questions se croisent lorsque l'accès à la procréation emprunte aux forces génétiques d'un tiers. Plus spécifique, mais directement liée aux deux premières, la gestation pour autrui fait intervenir une mère de naissance qui, comme dans l'accouchement anonyme, n'en serait pas moins mère sans en avoir la filiation.

Ordinairement considérée comme fondatrice dans les règles instituant la parenté et ses conséquences familiales et successorales, la filiation n'est en réalité que consécutive ou subséquente dans l'assistance à la procréation. Voilà que sitôt modernisé (en 2005), le droit de la filiation devrait être revu de fond en comble, et pas seulement pour revoir cette étrangeté qu'est la « super filiation » par procréation assistée créée en 1994 et à laquelle plus personne n'ose toucher. Quant à la filiation adoptive, elle devrait suivre un mouvement comparable, d'autant qu'elle s'enclenche sur des processus d'assistance à la procréation dont elle constitue, en quelque sorte, le complément.

C'est donc une modification en profondeur du cadre défini par le code civil et le code de la santé publique qui sera proposée avec trois objectifs.

I. Assouplir les voies d'accès à la procréation assistée et aux origines personnelles

Si l'accès à la procréation par insémination artificielle ou transfert d'embryon¹ continuera à

¹ Article L. 2141-2 du code de la santé publique.

être médicalisé, il ne devrait plus être à proprement parler médical. L'expression « d'assistance médicale à la procréation » devra être à écarter si elle inclut les couples de même sexe, ceux là même pour qui s'ouvre, par le mariage, l'adoption conjointe et surtout celle de l'enfant du conjoint. Il ne s'agit plus seulement de répondre à un problème médical d'infertilité (restera à régler la question de la prise en charge par la sécurité sociale) mais d'adapter l'accès à la procréation aux couples de même sexe. Le choix décisif sera d'ouvrir ou non ce mode de procréation aux célibataires à qui l'on permet déjà d'adopter : s'il n'y a pas parfaite identité entre les deux dispositifs d'appareillement, une certaine cohérence est à respecter. Les femmes ne vivant pas en couple se verront proposer l'accès aux procréations assistées qu'elles vont chercher aujourd'hui en Espagne ou en Belgique. L'objection d'un enfant sans père n'en est plus une dès lors que les femmes en couple de même sexe y auront également accès. Et d'autant moins qu'il conviendrait d'assouplir l'interdit légal de procréation assistée *post mortem*, lorsque « le père » est décédé et qu'il pourrait être procédé à l'insémination ou au transfert d'embryon. Le vide de filiation n'est d'ailleurs jamais définitif dans toutes ces hypothèses : une filiation adoptive peut venir se greffer si un homme ou une femme souhaite en assumer la parenté à titre filial (et non à titre de « beau-parent »).

Dans tous les cas où la procréation emprunte aux forces génétiques d'un tiers donneur, il conviendra d'organiser les modalités d'accès à des informations identifiantes toutes les fois que le donneur ou la donneuse y aura consenti expressément et sur la seule demande de l'enfant parvenu à l'âge de la majorité.

II. Faire entrer l'assistance à la procréation dans les modes d'établissement de la filiation de droit commun

L'engagement pris par le père d'être le père de l'enfant de sa femme ou de sa concubine mérite d'être organisé sur le modèle du consentement à l'adoption, également irrévocable. La procédure mise en place préalablement à l'accueil de l'embryon² pourrait être étendue à l'insémination

avec donneur lorsqu'elle se fait au sein d'un couple, afin d'attirer l'attention sur les conséquences de l'engagement parental. Encore faut-il l'ouvrir aux couples de même sexe mariés ou non, en pratique à l'épouse ou concubine de même sexe. Cette adaptation logique de la filiation conduit à une nouvelle difficulté : celle d'admettre l'établissement de la filiation à l'égard de l'autre parent de même sexe par le moyen d'une reconnaissance qui, effectuée par une personne du même sexe que l'auteur, serait, en l'état actuel des textes, contradictoire. En cas de levée de l'anonymat du donneur ou de la donneuse, une action aux fins d'établissement ou de contestation de filiation pourrait être engagée avec les mêmes délais et restrictions que pour toute filiation. Toutefois, le tiers donneur n'ayant pas l'initiative de la levée de l'anonymat, une telle démarche ne pourrait être pratiquement entreprise que par l'enfant à sa majorité.

L'engagement préalable de recourir à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur doit constituer un moyen autonome d'établissement de la filiation, distinct à la fois de la reconnaissance d'enfant, de la possession d'état et de l'appareillement adoptif. Les conséquences de cet engagement devraient être revues et les articles 311-19 et 311-20 abrogés pour faire entrer les filiations par assistance médicale à la procréation dans le droit commun, à condition de pouvoir en tirer toutes les conséquences pour l'enfant. Une action en responsabilité exercée au nom de l'enfant en cas d'annulation de filiation par l'auteur, pourrait être spécialement envisagée, même si elle ressort du droit commun de la responsabilité, au moins pour affirmer que la perte d'une filiation constitue dans ces hypothèses un préjudice indemnisable, sans faute prouvée.

III. Reconnaître un état civil à l'enfant né d'une gestation pour autrui

La jurisprudence de la Cour de cassation refusant de donner effet à l'état civil d'un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui effectuée à l'étranger, serait-ce la simple reconnaissance par le parent génétique, affecte durablement les droits de l'enfant. Celui-ci, dépourvu de lien avec mère de naissance et avec son pays d'origine, y est pourtant brutalement ramené au

² Article L. 2141-6 du code de la santé publique.

moins symboliquement, en dépit d'expédients pouvant lui servir à se maintenir auprès de ses parents sur le territoire français. Quoi qu'en dise la Cour de cassation, cette solution constitue à la fois une atteinte au droit à la vie privée et familiale et une anomalie dans un système qui est supposé favorable à la reconnaissance de l'état civil étranger régulièrement délivré par les autorités étrangères compétentes. Assimiler purement et simplement la gestation pour autrui à une forme de trafic d'enfant, comme y conduit le raisonnement fondée sur une contrariété majeure à l'ordre public, paraît non seulement exagéré mais improductif. Tout dépend des conditions dans lesquelles la gestation pour autrui a été faite, et plus précisément à quelles conditions financières et si la mère de naissance a été en mesure d'exercer un libre choix, y compris par la voie du droit de rétractation post natal. Il est toutefois illusoire de croire en l'efficacité d'une législation nationale en la matière et seul un instrument axé sur la coopération dans le domaine de la maternité de substitution interna-

tionale à l'image de la convention de La Haye du 29 mai 1993 relative à l'adoption pourrait résoudre efficacement la question de la reconnaissance des effets de la maternité de substitution et donc de l'état civil de l'enfant. Cet instrument, à l'étude actuellement, pourrait en particulier envisager la question du statut de la mère de naissance en donnant des garanties à cette dernière ainsi qu'à l'enfant souhaitant connaître ses origines personnelles. Au plan interne, le législateur français pourrait introduire la maternité de substitution dans le code civil en s'inspirant du cadre juridique de l'accouchement anonyme : une mère de substitution ayant le statut d'une mère de naissance, pouvant se rétracter dans le délai légal de deux mois et dont l'enfant serait consécutivement adopté à la naissance pour peu qu'il soit issu des forces génétiques d'au moins un membre du couple. Le contrôle judiciaire permettrait de remédier aux abus de toutes sortes commis en France ou à l'étranger. L'article 16-7 du code civil devrait être modifié en conséquence.

Droits fois rien...

Denis Mazeaud, Directeur scientifique, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Qu'il est froid le vent d'hiver qui souffle, à l'heure où je remets l'ouvrage sur le métier, sur l'humour et la liberté, le vent glacé de la censure, des rappels à l'ordre des ligues de grande vertu et des cris d'orfraie des « pères et mères la morale » qui sévissent ici et là.

C'est d'abord le Conseil d'État *himself* qui a, au nom de la dignité humaine, fait préventivement fermer sa grande gueule à un humoriste, naguère génie de l'humour noir, devenu avec le temps mauvais héraut d'une petite armée de quenelles indigestes, avec la bénédiction de l'ensemble de la classe politique vociférant haro sur Dieuonné ! Nul mieux que Maître Thierry Lévy, qu'on ne peut pas suspecter de complaisance envers les idées nauséabondes que le juge administratif a censuré avant qu'elles ne puissent être proférées, n'a écrit ce qu'il fallait penser de cet affront à la liberté d'expression : « *La décision d'interdire, c'est-à-dire de censurer, un spectacle vivant dont le contenu était susceptible d'être modifié au dernier moment sous prétexte de lutter contre une forme d'antisémitisme moins dangereuse que d'autres manifestations de racisme qui laissent l'opinion généralement indifférente, apparaît comme une faute politique et une sottise morale* ». CQFD !

C'est ensuite, le CSA qui a adressé une mise en demeure à Canal + pour un sketch parodique sur le génocide au Rwanda, qui porterait, lui aussi, atteinte à la dignité des victimes. La chaîne a eu beau invoquer le fameux esprit « Canal », insister sur la dérision qui de toute évidence irriguait ce sketch, expliquer qu'il s'agissait surtout de se moquer de la bonne conscience dégoulinante de ces bobos qui vont se promener, sous l'œil des caméras, dans des terres inconnues, de brandir le droit à l'humour que la Cour de cassation avait naguère affirmé pour que les « Guignols de l'info » puissent poursuivre, sans embûches, leur croisade anti-c..., rien n'y a fait ! Drapée dans sa bienpensance, l'autorité administrative a asséné son verdict : « *de tels propos sont en eux-mêmes, et quel que soit leur contexte, attentatoires aux personnes frappées par un génocide* ». Dormez tranquilles braves gens, il n'est plus question de rire de tout, fût-ce avec « pas n'importe qui »...

C'est encore le comique rose pétale, Nicolas Bedos « tel père, tel fils », qui est rattrapé par la patrouille pour une chronique publiée dans l'hebdomadaire *Marianne* et intitulée « Indolence insulaire », dans laquelle il raconte ses vacances aux Antilles et ses démêlés avec nos compatriotes à la peau sombre. Au détour de sa prose ironique et satyrique, le comique de ces dames sert à ses lecteurs des expressions telles « boudin créole » et « autochtones oisifs ». Pas besoin d'avoir sa licence en droit pour comprendre que Bedos trempe sa plume dans l'encre du second degré, c'est même gros comme un pif au milieu de la tronche. Mais non, le Collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais et Mahorais s'est plaint du caractère raciste des propos en question. Le président du Collectif en question s'est ainsi insurgé : « *Même au troisième degré, on ne peut pas s'en prendre à un groupe humain de la sorte* ». Coluche, Desproges, revenez, ils sont devenus fous !

Pire que la censure, la bêtise ou l'intolérance, c'est la grande faucheuse qui a frappé ces dernières heures et rappelé au paradis des comiques François Cavanna, le père de *Hara-Kiri* et de *Charlie Hebdo*, mort un jeudi, le jour où les enfants n'allaient pas à l'école quand je n'étais pas encore tombé adulte. Je vous parle d'un homme que les moins de vingt ans ne doivent pas connaître... C'était une autre époque, une époque où le rire était sacré, parce qu'il était à la fois l'expression et le garant de la liberté. Au moins Cavanna, qui composait avec son équipe de copains d'abord (Reiser, Cabu, Wilhem, Choron, Topor, Siné, Wolinsky, etc., excusez du peu !) une incomparable armada de pirates du rire, n'assistera-t-il pas à la chute de l'humour label France, mélange d'insolence, de dérision et de blagues potaches voire salaces, et c'est tant mieux pour lui...

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*

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

ADD & Associés

ETUDE GENEALOGIQUE

Généalogie successorale Recherche d'héritiers

- PARIS
- AIX EN PROVENCE
- BAYONNE
- BORDEAUX
- BEAUNE
- CLERMONT-FERRAND
- LYON
- NANTES
- NICE
- RENNES
- ROUEN
- TOULOUSE
- STRASBOURG
- IRUN
- VARSOVIE



Relevons ensemble des défis inédits



Etre un avocat ne veut plus uniquement dire être un expert juridique. Tous les jours nous trouvons des solutions innovantes et adaptées à chacun de nos clients.

Si cette conception du métier d'avocat d'affaires vous séduit, venez renforcer les équipes de l'un des principaux cabinets d'avocats internationaux.

Créatif, curieux et rigoureux, diplômé en droit, vous avez idéalement une double formation (écoles de commerce, universités étrangères) et vous maîtrisez parfaitement l'anglais.

Nous offrons aux jeunes avocats ainsi qu'aux stagiaires, répondant à ces qualités, la possibilité de travailler dans des domaines d'activités différents.



Freshfields

freshfields.com

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP