



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Revue de droit d'Assas

N° 20 Oct. 2020

Numéro spécial 10 ans

Nicolas Balat
Samy Benzina
Jean-Sébastien Borghetti
Stéphane Braconnier
Étienne Casimir
Sarah Cassella
Sabine Corneloup
Julien Dubarry
Charlotte Dubois
Jean Garrigue
Sophie Gaudemet
Anne-Laure Girard

Un article, une matière

Mathilde Heitzmann-Patin
Valérie Lasserre
Laurent Leveueur
Marie Leveueur-Azémar
Laure Milano
Claire-Marie Pégliion-Zika
Benoît Plessix
Morgane Reverchon-Billot
Dominique Rouger-Thirion
Bernard Teyssié
Antoine Touzain

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,
Grande Arche – 1 Parvis de La Défense – 92044 Paris La Défense Cedex

lextenso éditions

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

Directeur de la publication :

Guillaume Leyte

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :

Maxime Cormier, Nathan Allix
Jeanne de Dinechin, Mathilde Gheeraert

Responsable du développement :

Claire Leveueur

Chargés de la diffusion :

Simon Husser, Grégoire Lemarchand-Ghica

Responsable du financement :

Mélinda Benhaïem

Chargés de la communication :

Raphaël Galvao

Membres du comité de rédaction :

Loïc Burgun, Thomas Caracache, Florian Carré,
François Chevalier, Guygonne-Bettina Deker,
Flavien Dréno, Rodolphe Eugène,
Charlotte Labry, Éloïse Le Hénaff,
Charlotte Lescroart, Philippe Morange,
Hugo Nadjar, Romain Raine, Gabriel Sebban,
Théo Visbecq

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Gaudemet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Christian Larroumet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Laurent Leveueur,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Martine Lombard,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,

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

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Louis Vogel,

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

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 20, octobre 2020, p. X

En ligne : www.u-paris2.fr

Quelques mots de la rédaction en chef

Maxime Cormier, Nathan Allix,
Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert

Pour ce numéro exceptionnel, un double mot s'imposait. En effet, cette parution n'est pas seulement un *numéro anniversaire*, elle est aussi un *numéro de passion* pour la rédaction en chef de la *Revue*.

Numéro 20, un numéro anniversaire

À l'heure où « l'inflation du droit » diagnostiquée par le Doyen Carbonnier (*Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 107 et s.) ne cesse d'être une réalité, c'est une mission particulièrement difficile que la *Revue de droit d'Assas* a confiée aux contributeurs du présent numéro : choisir, pour une branche du droit donnée, une seule disposition normative afin d'explorer les relations qu'entretiennent cette discipline et ladite disposition. En bref, « un article, une matière » ! Malgré la liberté laissée aux contributeurs pour déterminer la disposition à examiner, la tâche n'était guère aisée pour eux, d'autant que choisir un article, c'était renoncer à tous les autres !

Si la *Revue* a eu l'audace de lancer un tel défi et d'adresser une telle sollicitation que d'aucuns pourraient juger téméraire, voire capricieuse, c'est tout simplement parce qu'elle fête ses dix ans en soufflant, par là-même, ses vingt numéros. Depuis de nombreuses années, donc, ceux qui arpentent les couloirs des différents centres de l'Université Panthéon-Assas ont vu éclore, chaque semestre, un nouveau numéro de la *Revue*. Que cette dernière se développe avec vigueur au sein de notre environnement universitaire est moins un hasard que le résultat de la volonté affirmée de ses fondateurs d'ancrer cette publication scientifique dans l'esprit et la vie universitaires. Au fil des numéros, la *Revue* est restée fidèle à cette inspiration, tout en ouvrant ses colonnes aux auteurs venus d'autres horizons – magistrats ou praticiens notamment. *Rationae personae*, d'abord, chaque parution est le fruit d'une collaboration de l'ensemble des forces vives de l'Université : ses doctorants et étudiants, qui s'investissent dans la construction du numéro, la relecture des contributions et la diffusion des exemplaires ; ses professeurs et maîtres de conférences, qui acceptent de contribuer à l'aventure – de la direction scientifique à la participation au comité scientifique de la *Revue*, en passant par la rédaction des articles qui en sont le cœur ; ses personnels administratifs, qui soutiennent la *Revue* et participent ainsi à son rayonnement. *Rationae materiae*, ensuite, pas une seule matière juridique enseignée au sein de l'Université n'a été oubliée dans les colonnes de la *Revue*. Alors que les diverses rubriques de la *Revue* ont évolué au cours de ses dix années d'existence, la volonté de proposer une publication qui intéresserait tous les juristes n'a jamais disparu ; le « Portrait » et les « Variétés » permettant aussi d'envisager sous un angle original certaines problématiques.

Le lecteur comprendra, à la découverte du sommaire, qu'il tient entre ses mains un numéro spécial, composé d'un unique recueil de textes portant sur la thématique

exposée plus tôt : « Un article, une matière ». Que les amoureux des « Portrait », « Projet », « Variétés », et autres rubriques « Perspectives » ou « Rétrospective » se rassurent ! Ce n'est qu'à titre exceptionnel que ces rubriques qui font le succès de la *Revue* laissent la place à un unique « Dossier ». Il faut dire que celui-ci est hors norme : au fil des vingt-deux contributions qui le composent, les auteurs se prêtent au jeu proposé par la *Revue*, dans une perspective privatiste comme publiciste, de droit interne comme international, positif comme historique. Assurément, si le dossier est « hors norme », c'est par son format et non par une quelconque volonté d'échapper à la logique pluraliste qui irrigue la *Revue*.

À numéro spécial, remerciements spéciaux ! Ils vont, d'abord, aux doctorants et étudiants qui n'ont pas manqué de répondre à l'appel pour relire les nombreux textes qui composent cette parution. À eux, et à tous ceux qui ont par le passé rempli la même mission, il faut exprimer la plus vive considération. Ils vont, ensuite, à tous les auteurs qui n'ont pas hésité à se prêter à l'exercice qui leur était proposé pour célébrer l'anniversaire de la *Revue*. À eux, et tous ceux qui ont contribué aux précédents numéros, parfois à plusieurs reprises, la *Revue* adresse sa reconnaissance la plus profonde. Ils vont, enfin, à tous les lecteurs qui ont arpenté, arpentent et arpenteront les colonnes de la *Revue*; sans eux, la *Revue* n'aurait guère de sens. Pour la vingtième fois, et certainement pas la dernière, excellente lecture à tous !

Numéro 20, un numéro de passation

Alors que nous commençons à user nos fonds de culotte sur les bancs de l'amphithéâtre 600 du Centre Vaugirard, paraissent le premier et le deuxième numéro de la *Revue de droit d'Assas*. Dès cette époque, nous n'avons eu de cesse de consulter les colonnes de la *Revue* pour tromper l'ennui d'un trajet, dissiper la monotonie d'un intercoûrs, ou approfondir nos connaissances. C'est donc tout naturellement qu'à l'aube de notre aventure doctorale, nous avons accepté avec enthousiasme de rejoindre l'équipe de la *Revue*, ne serait-ce que pour échapper à la trinité ponctuellement morne de la thèse de doctorat : recherches à effectuer – enseignements à dispenser – copies à corriger. Notre investissement au sein de la *Revue* nous a portés jusqu'aux plus hautes des petites fonctions éditoriales qu'il est donné d'occuper : la rédaction en chef. En vérité, l'investissement a été maigre. Il nous a juste fallu mobiliser les riches conseils et enseignements d'Antoine Touzain, précédent rédacteur en chef de la *Revue*, qui mérite ainsi un double remerciement pour nous avoir transmis le témoin. Il nous faut également remercier les fondateurs de la *Revue*, Nicolas Balat et Étienne Casimir, pour leur confiance à notre égard, et la directrice scientifique de la *Revue*, Cécile Chainais, pour sa contribution indéfectible à la naissance de chaque numéro. D'ultimes remerciements doivent être adressés à tous les étudiants et doctorants – collègues et néanmoins amis, selon la formule consacrée – qui ont alloué du temps à la *Revue* et qui font qu'elle peut aujourd'hui se targuer d'une certaine pérennité. Cette dernière sera d'autant plus assurée que Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert ont, à leur tour, accepté d'assurer la rédaction en chef de la *Revue*. Vous l'aurez compris, ce vingtième numéro est pour les soussignés un numéro d'adieu. Adieu à la rédaction en chef, certes, mais certainement pas un adieu à la *Revue* car il faudra toujours, comme au premier jour, tromper l'ennui d'un trajet, dissiper la monotonie d'un intercoûrs, approfondir les connaissances. Dans des mains aussi compétentes que celles des nouvelles rédactrices en chef, gageons que les numéros 21 et suivants de la *Revue* permettront de remplir ces missions, et bien plus !

Maxime Cormier et Nathan Allix,
rédacteurs en chef (en partance)

C'est donc l'uniforme quelque peu usé, mais avec un enthousiasme identique à celui des premiers jours, que Maxime Cormier et Nathan Allix nous ont proposé de reprendre la rédaction en chef de la *Revue*. Et c'est paré d'atours neufs, et avec un enthousiasme égal, que nous avons accepté cette mission.

Mission d'audace, car comme le rappellera le Professeur Denis Mazeaud, l'entreprise elle-même n'en manquait pas. Et qui plus est, celle-ci fête aujourd'hui ses 10 ans. Nous héritons donc de 10 ans d'aventure, 10 ans d'un formidable travail accompli par les successifs directeurs scientifiques et rédacteurs en chef. Aussi, nous adressons un immense merci à Cécile Chainais, directrice scientifique, ainsi qu'à Nicolas Balat et Étienne Casimir, directeurs éditoriaux, de la confiance qu'ils nous témoignent en nous confiant le flambeau. À nous à présent de déployer tous nos efforts afin d'en préserver et d'en attiser le feu.

Nous espérons en être d'autant plus dignes que nous avons été préparées à cette nouvelle fonction par nos prédécesseurs et amis, Maxime Cormier et Nathan Allix, qui nous ont accompagnées pendant plus d'un an avec patience et bienveillance et que nous remercions chaleureusement pour leurs précieux conseils.

Aussi, que les lecteurs de la *Revue* n'aient crainte : si la rédaction en chef se recompose, celles qui en ont la mission veilleront inlassablement à ce que perdure l'alliance unique de camaraderie et de rigueur scientifique qui la caractérise, et qui leur est si chère !

Jeanne de Dinechin et Mathilde Gheeraert,
(nouvelles) rédactrices en chef

Quelques mots d'un fondateur de la *Revue*

Denis Mazeaud, directeur scientifique de la *Revue* de 2010 à 2015

« De l'audace, toujours de l'audace ! »

Je dois le confesser désormais, lorsqu'à l'issue d'une année de Master 2 de droit privé général, alors que nous fêtions notre séparation après une fructueuse année commune au cours de laquelle j'avais réussi à convaincre ma petite armée d'étudiants qu'il était possible de travailler sérieusement sans se prendre au sérieux, j'avais sans trop y croire lancé un défi à une poignée d'entre eux. Après avoir tous vidé quelques verres dont le contenu m'avait servi de source d'inspiration, j'avais proposé, pour que notre aventure universitaire ne soit pas terminée à tout jamais, que nous créions une revue universitaire.

Parce que quelques imprudents me donnèrent l'impression que le jeu en valait la chandelle et m'affirmèrent qu'ils étaient prêts à donner leurs corps et leurs esprits à une telle revue, je les pris au jeu et leur proposai, à la suite d'une nouvelle rasade, de nommer cette future revue *la Revue de droit d'Assas*, essentiellement parce que cela nous permettrait de la citer « *RDA* », ce qui à l'époque ne manquait pas trop de sel...

Mais rien n'effrayait les deux compères qui allaient devenir mes futurs complices et dès 2010 sortait le premier numéro de cette revue universitaire.

Sans vouloir faire pleurer dans les chaumières, je peux affirmer que cette *RDA* a été l'une des plus belles et plus réussies aventures de ma modeste carrière universitaire. Elle m'a aussi donné l'occasion de travailler avec de jeunes étudiants qui sont devenus, le temps passant, des amis. Ah oui, combien de temps avons-nous passé avec Nicolas Balat et Étienne Casimir pour préparer le futur numéro de la *Revue*. Comme premier directeur scientifique, je peux affirmer que sans ces deux compères, cette *Revue* n'aurait été qu'un leurre. Or, je pense qu'il n'est pas prétentieux d'affirmer que progressivement la *RDA* s'est fait une place dans la doctrine, comme l'ont démontré les ouvrages, thèses et articles dans lesquels elle fut citée.

En 2020, la *RDA* existe encore et j'en suis, amis lecteurs, heureux et fier.

Quelques mots de la direction scientifique

Cécile Chainais, directrice scientifique depuis 2016

« Le meilleur moyen de prédire le futur, c'est de le créer »

Qui eût pu prédire, lorsque naquit la *Revue*, la jolie destinée qui serait la sienne ? Qui eût pu parier sur un si beau parcours pour une *Revue* née sur un coin de table, entre deux verres de fin d'année ? Ses fondateurs, assurément ! J'ai nommé, l'irremplaçable Denis Mazeaud, et ses complices de l'époque, doctorants depuis devenus professeurs de droit, Nicolas Balat et Étienne Casimir. Car en créant ce bijou, ils l'ont assurément inscrit dans la durée.

Il fallait de l'audace, assurément, mais aussi une bonne dose d'inconscience... et de compétence, pour se lancer dans cette aventure. Assurément, aucun des trois n'en manquait !

Lorsque me fut confiée la direction scientifique de la *Revue*, en 2016, j'avais entre les mains un trésor, avec pour simple mission de l'entretenir, ne pas l'abîmer, et si possible, le faire croître et embellir.

Ce serait mentir que de dire que la tâche a été de tout repos, mais elle est sans nul doute gratifiante, d'autant que j'ai eu la chance d'être accompagnée par des rédacteurs en chef aussi enthousiastes qu'inventifs : Nicolas et Étienne, d'abord, qui assurèrent la transition, pour laisser ensuite la place à Antoine Touzain, dont j'ai apprécié l'exceptionnel sens de l'initiative et la connaissance pointue du monde universitaire, puis Maxime Cormier qui, avec Nathan Allix à ses côtés, a œuvré inlassablement à la réussite de la *Revue*. Je leur sais gré d'avoir transmis le relais dans les meilleures conditions à Mathilde Gheeraert et Jeanne de Dinechin, nouvelles rédactrices en chef, qui ont déjà démontré, avec la réalisation du présent numéro-anniversaire, leur implication et leur formidable puissance de travail : la *Revue* est, une fois encore, en de très bonnes mains !

Numéro après numéro, nous avons eu à cœur de faire de la *RDA* une revue résolument pluraliste, faisant la part belle, non seulement au droit privé, mais également au droit public, aux approches européennes et internationales sur le droit, ainsi qu'aux perspectives pluridisciplinaires, à commencer par l'histoire et la sociologie. Chaque numéro de la *Revue* est ainsi le fruit de la recherche d'un équilibre, au sein du volume lui-même et, également, *entre* numéros successifs.

Pour mener à bien cet exercice d'équilibriste, nous avons toujours pu compter sur la participation active des enseignants-chercheurs, issus non seulement de notre université mais aussi d'autres institutions. Je ne saurais exprimer suffisamment ma reconnaissance à l'ensemble des collègues qui, recevant de notre part une sollicitation pour une contribution, ont généreusement apporté leur pierre à l'édifice durant toutes ces années et continueront de le faire. Ils répondent ainsi présents à une sollicitation avant tout portée par un vent qui fleure bon la fraîcheur des années de doctorat – venu tant de la rédaction en chef que des doctorants qui gravitent autour de la *Revue* et la font vivre.

Être fidèle à l'esprit des fondateurs de la *Revue* ne voulait pas dire la maintenir éternellement identique à elle-même. Loin de tout risque de fossilisation, il fallait au contraire, pour être fidèle à l'esprit qui a soufflé sur la *Revue* à ses origines, prédire l'avenir et donc le construire.

C'est ainsi qu'avec Antoine Touzain, Maxime Cormier et Nathan Allix, nous avons donné, à l'orée de l'année 2019, l'impulsion pour faire évoluer la *Revue*, avec l'accord bienveillant de Nicolas Balat et Étienne Casimir, devenus directeurs éditoriaux.

La petite revue devenue grande s'est alors départie de sa physionomie juvénile. On ne trouve plus le Grand I, le grand A, le petit 1 du B et autre petit 2 du A, qui faisaient le charme de la *Revue* en sa prime jeunesse ! Mais l'esprit vivant de la *Revue* – qu'incarnait à ses débuts la structuration « agrégative », délibérément « potache » – est resté, à travers une certaine simplicité et une bonne dose d'humour, perceptible notamment dans les très libres « variétés » présentes dans chaque numéro.

En outre, arrivée à l'âge mûr, la *Revue* s'est enrichie de nouveaux attributs : des rubriques innovantes sont apparues, telle la section « Projet », présentée sous la forme d'un grand entretien, au plus près de la vie et des enjeux du droit contemporain. Dans le même temps, est née la rubrique « Rétrospective », qui revisite, sous la plume d'un universitaire averti, de grands textes de la littérature juridique. Avant de donner lieu à une rubrique, la « rétrospective » est d'abord présentée par son auteur lors d'une conférence organisée de manière semestrielle par la *Revue*, offrant ainsi une occasion de rencontre entre auteurs et lecteurs.

Qui peut prédire maintenant le futur de la *Revue de Droit d'Assas* ?

Le plus simple est sans doute, une fois encore, de travailler collectivement à sa construction, à sa perpétuelle mutation, afin de lui dessiner l'avenir qu'elle mérite. La naissance prochaine d'un site internet de la *Revue* est l'un des signes – parmi d'autres – de la capacité de ce bijou à se renouveler et à trouver de nouveaux écrans, lui permettant de s'ancrer durablement dans le paysage français des revues juridiques.

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef	p. 3	L'article 6 du Code civil et les clauses de médiation et de conciliation <i>Valérie Lasserre</i>	p. 81
Quelques mots d'un fondateur de la <i>Revue</i>	p. 6	L'article 17 du Code civil et le droit international public <i>Sarah Cassella</i>	p. 92
Quelques mots de la direction scientifique	p. 7	L'article 47 du Code civil et le droit international privé <i>Sabine Corneloup</i>	p. 103
Un article, une matière			
Partie 1 : Articles issus de textes supralégislatifs			
Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen		L'article 229 du Code civil et le droit de la famille <i>Jean Garrigue</i>	p. 111
L'article 4 de la DDHC et le Droit public de l'économie : Les libertés économiques et la gouvernance des crises par l'État <i>Stéphane Braconnier</i>	p. 11	L'article 716 du Code civil et le droit des biens <i>Julien Dubarry</i>	p. 122
L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et le droit administratif des biens <i>Mathilde Heitzmann-Patin</i>	p. 27	L'article 967 du Code civil et le droit romain <i>Dominique Rouger-Thirion</i>	p. 135
Constitution		L'article 1171 du Code civil et le droit des contrats : double regard sur son champ d'application en droit interne et en droit comparé <i>Laurent Leveneur et Marie Leveneur-Azémar</i>	p. 144
L'article 56 de la Constitution et le droit constitutionnel <i>Samy Benzina</i>	p. 37	L'ex-article 1382 du Code civil et le droit de la responsabilité civile : Requiem pour une disposition méconnue <i>Jean-Sébastien Borghetti</i>	p. 153
Convention européenne des droits de l'homme		L'article 1833 du Code civil et le droit des sociétés <i>Étienne Casimir</i>	p. 164
L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit des libertés <i>Laure Milano</i>	p. 53	L'article 1956 du Code civil et le droit des contrats spéciaux : par le dépôt mais au-delà : le séquestre <i>Antoine Touzain</i>	p. 169
L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit pénal <i>Charlotte Dubois</i>	p. 62		
Partie 2 : Articles issus du Code civil			
L'article 2 du Code civil et les sources du droit : Dialogue entre l'article 2 et les dispositions transitoires <i>Sophie Gaudemet</i>	p. 75	Code de commerce	
		L'article L. 133-8 du Code de commerce (et les autres !) et le droit des transports : les fautes inexcusables des transporteurs <i>Nicolas Balat</i>	p. 176

Code de procédure civile

L'article 21 du Code de procédure civile
et la procédure civile

Morgane Reverchon-Billot

p. 187

Code des assurances

L'article L. 132-13 du Code des assurances
et le droit des successions et des libéralités

Claire-Marie Péglion-Zika

p. 198

Code des relations entre le public et l'administration

L'article L. 312-3 du CRPA et le contentieux
administratif

Anne-Laure Girard

p. 216

L'article L. 423-1 du Code des relations
entre le public et l'administration et le droit
administratif

Benoît Plessix

p. 226

Code du travail

L'article L. 2511-1 du Code du travail et le
droit de grève : Cinq chiffres pour un droit

Bernard Teyssié

p. 234

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Nathan ALLIX, Docteur en droit de l'Université
Panthéon-Assas

Nicolas BALAT, Professeur à l'Université de Lille

Samy BENZINA, Professeur à l'Université
de Poitiers

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

Stéphane BRACONNIER, Professeur
à l'Université Panthéon-Assas et Directeur
du Master de Droit public de l'économie

Étienne CASIMIR, Professeur à l'Université
de Poitiers

Sarah CASSELLA, Professeur à l'Université
du Mans et Co-directrice du Themis-UM

Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas et Directrice scientifique
de la *Revue*

Maxime CORMIER, Doctorant à l'Université
Panthéon-Assas

Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas et Directrice du Centre
de recherche de droit international privé
et du commerce international (CRDI)

Jeanne DE DINECHIN, ATER à l'Université
Panthéon-Assas

Julien DUBARRY, Professeur à l'Université
de la Sarre, Titulaire de la Chaire de droit civil
français et Membre associé du laboratoire
de droit civil (Paris II)

Charlotte DUBOIS, Professeur à l'Université
de Dijon et Membre du Centre Innovation
et Droit (CID EA 7531)

Jean GARRIGUE, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas

Sophie GAUDEMET, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Mathilde GHEERAERT, Doctorante
contractuelle chargée d'une mission
d'enseignement à l'Université
Panthéon-Assas

Anne-Laure GIRARD, Professeur de droit
public à l'Université de Poitiers
et Co-directrice de l'IDP

Mathilde HEITZMANN-PATIN, Professeur
à l'Université du Mans

Valérie LASSERRE, Professeur agrégée
à l'Université du Mans

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas et ancien directeur
scientifique de la *Revue*

Laure MILANO, Professeur à l'Université
de Montpellier et Membre de l'IDEDH

Laurent LEVENEUR, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Marie LEVENEUR-AZEMAR, Professeur
à l'Université de La Réunion

Claire-Marie PEGLION-ZIKA, Maître
de conférences à l'Université Panthéon-Assas
et Membre du Laboratoire de droit civil

Benoît PLESSIX, Professeur à l'Université
Panthéon-Assas

Morgane REVERCHON-BILLOT, Maître
de conférences à l'Université de Poitiers

Dominique ROUGER-THIRION, Maître
de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Bernard TEYSSIE, Professeur émérite
à l'Université Panthéon-Assas et Président
honoraire de l'Université

Antoine TOUZAIN, Maître de conférences
à l'Université Panthéon-Assas et Membre
du Laboratoire de droit civil

Un article, une matière

Pour célébrer ses dix ans, la *RDA* a demandé à des auteurs de choisir, pour une branche du droit donnée, une disposition normative, afin d'explorer les relations qu'entretiennent cette discipline et ladite disposition.

La plus grande liberté a été laissée à chaque auteur, comme chacun s'en apercevra. La norme choisie peut être, au gré de l'auteur, issue d'un *corpus* juridique d'origine législative, réglementaire, constitutionnelle, ou encore conventionnelle. La branche du droit examinée peut être directement régie par le *corpus* juridique dont l'article est extrait (par exemple, le droit des contrats examiné à l'aune d'une disposition du Code civil), ou autre contraire n'être pas directement visée par ce *corpus* juridique (ainsi, le droit patrimonial de la famille, confronté à une norme issue du Code des assurances).

Le lecteur s'en convaincra aisément, cette forme de commentaire est l'occasion de mettre en exergue l'importance de la disposition étudiée au sein de la branche du droit concernée, mais aussi parfois de mettre en lumière certaines tensions. De manière générale, l'approche consistant à revisiter une discipline sous le prisme d'un article en particulier s'avère particulièrement fertile.

À des fins de clarté, le choix a été fait de présenter les contributions des auteurs par ensemble de *corpus* juridiques. À tout seigneur, tout honneur, les contributions centrées sur une norme de nature supralégislative sont présentées en ouverture du dossier (Partie 1). Vient ensuite le bataillon des articles issus du Code civil – qui, sans surprise, ont retenu l'attention de nombreux auteurs, non seulement pour explorer des branches du droit privé, mais aussi pour examiner d'autres domaines, tels l'histoire du droit et le droit international public (Partie 2). Enfin, sont présentées les contributions qui ont mis à l'honneur des articles issus d'autres codes, depuis le Code de commerce jusqu'au Code du travail, en passant par le Code des relations entre le public et l'administration (Partie 3).

Au lecteur nous souhaitons un agréable périple à travers ces articles et matières, en espérant que ce numéro spécial lui permettra de les appréhender sous un jour nouveau.

Un article, une matière

Partie 1 : Articles issus de textes supralégislatifs

L'article 4 de la DDHC et le Droit public de l'économie Les libertés économiques et la gouvernance des crises par l'État

Stéphane Braconnier¹

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Directeur du Master de Droit public de l'économie

Révélatrice de l'influence de l'État sur l'activité économique, la question des libertés économiques se confond assez largement, et de manière traditionnelle, avec celle de l'interventionnisme étatique. Historiquement, elles se sont imposées pour endiguer l'interventionnisme excessif de l'État dans l'économie². L'interventionnisme étatique se nourrit en effet des crises de toute nature et, plus largement, des difficultés ou des carences rencontrées par les opérateurs économiques. En d'autres termes, l'intervention publique dans l'économie prend corps lorsque les opérateurs sont en crise ou défaillants³ et se matérialise par des formes diversifiées comme la planification économique, la création de puissants opérateurs publics, les aides

publiques aux entreprises, la stimulation de l'activité économique par la commande publique, etc. Or, les libertés économiques entendent brider et encadrer certains de ces mécanismes. Elles sont même programmées, et étalonnées, à l'aune de la « neutralisation publique du fonctionnement concurrentiel du marché »⁴.

Pour certains auteurs, la relation entre l'État et les opérateurs se noue autour de deux principes opposés, « un principe d'action et un principe d'abstention ». Selon eux, les libertés économiques « jouent comme une fédération [...] au service du principe d'abstention [de l'intervention de l'État dans l'économie]. Elles sont en effet invoquées par les opérateurs à l'encontre des contraintes directement imposées par les pou-

1. Avec la collaboration étroite de Sophie Meslin-Lière, Docteur en droit.

2. S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, 2^e éd., Thémis, 2017, p. 16 et s.

3. A.-S. Mescheriakoff, *Droit public de l'économie*, PUF, 1993, p. 23 et s.

4. J.-C. Videlin, « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFDA* 2010, p. 727.

voirs publics à leur activité économique ou indirectement induites par les décisions administratives »⁵. Cette équation, dominée en France par la doctrine de l'État libéral⁶, permet par ailleurs de révéler les libertés impliquées, qui sont surtout des « libertés de réaction » plutôt que des « libertés de revendication »⁷. Elles tendent en effet à préserver, au profit des opérateurs économiques, une sphère d'intervention et d'autonomie irréductible que constitue le marché.

C'est ainsi qu'a émergé la liberté du commerce et de l'industrie, née du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et érigée par le Conseil d'État au rang de principe général du droit⁸ et, surtout, la liberté d'entreprendre, fondée sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, que le Conseil constitutionnel français a consacré comme principe à valeur constitutionnelle⁹. En substance, la liberté du commerce et de l'industrie empêche les personnes publiques d'entraver l'initiative privée, soit par un encadrement excessif de l'activité économique, soit par la création d'activités économiques publiques susceptibles de venir faire concurrence à l'initiative privée. La liberté d'entreprendre protège les opérateurs économiques contre les incursions publiques excessives dans la gestion, l'organisation et la direction des entreprises privées. Elle se conçoit dans une double perspective, la liberté d'accéder à une liberté économique et la liberté d'exercer une telle activité¹⁰.

Sous l'influence déterminante, quoique non exclusive, du droit de l'Union européenne, le panel des libertés économiques a été étoffé par la libre concurrence, devenue une source de la légalité administrative¹¹. Ce principe constitue, dans la variété de sa formulation (libre concurrence, égale concurrence, liberté de concurrence) un principe général du droit¹² qui constitue, dans

une certaine mesure, une source d'inspiration du juge constitutionnel¹³. Davantage sans doute que les libertés économiques classiques, le principe de libre concurrence est un principe dynamique. Il empêche en effet la personne publique, et notamment l'État, en tant qu'opérateur économique ou dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, d'adopter des comportements anticoncurrentiels. Il oblige également la personne publique à adopter toute mesure propre à prévenir les atteintes au libre jeu de la concurrence.

Si la notion de « libertés économiques » est clairement identifiée dans les systèmes juridiques français et européens, celle de « crise » est en revanche moins aisée à cerner. Selon le sociologue et philosophe Edgar Morin, « la notion de crise s'est répandue au xx^e siècle à tous les horizons de la conscience contemporaine. [...] Mais cette notion, en se généralisant, s'est comme vidée de l'intérieur. À l'origine, *Krisis* signifie décision : c'est le moment décisif, dans l'évolution d'un processus incertain, qui permet le diagnostic. Aujourd'hui, crise signifie indécision : c'est le moment où, en même temps qu'une perturbation, surgissent les incertitudes »¹⁴. C'est donc un concept polymorphe qui renvoie à l'idée de perturbation, d'accroissement des désordres et des incertitudes et de changement sous l'angle de la progression ou de la régression¹⁵. Historiquement, la « crise » est essentiellement économique. Le xx^e et le début du xxi^e siècle montrent qu'elle peut être aussi de nature politique, financière, et désormais, climatique, environnementale et, dernièrement, sanitaire. Le terme de « crise » défie donc « toujours une définition univoque. Son succès actuel s'explique, en grande partie, par cette malléabilité et par son adéquation à la saisie des mouvements irréguliers de l'histoire »¹⁶. Les crises récentes apparues dans

5. S. Nicinsky, *Droit public des affaires*, 7^e éd., Domat, 2019, n° 7 et s.

6. G. Burdeau, *Le libéralisme*, Seuil, 1979.

7. S. Nicinsky, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 19-20.

8. CE, Ass., 22 juin 1951, n° 00590, 02551, *Daudignac*.

9. Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*.

10. G. Eckert, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *Rev. jur. éco. pub.*, 2014, comm. 18.

11. CE, Sect., 3 nov. 1997, n° 169907, *Société Million et Marais*.

12. CE, 30 juin 2004, n° 250124, *Département de la Vendée*.

13. Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

14. E. Morin, « Pour une crisologie », in A. Béjin, E. Morin (dir.), « La notion de crise », *Communications* 1976, n° 25, p. 149-163.

15. *Ibid.*

16. R. Starn, « Métamorphoses d'une notion », in A. Béjin, E. Morin (dir.), « La notion de crise », préc., spéc. p. 4-18.

le monde, qu'elles soient économiques ou sociétales, pourraient remettre en cause un équilibre entre libéralisme et interventionnisme qui paraissait intangible. Pour la première fois en effet, le face-à-face entre l'État et les libertés économiques ne domine plus le marché. C'est ce dernier, et tous ses appendices (bourses, banques, agences de notation, etc.), qui semble désormais dicter les termes et modalités de cet équilibre. Revanche des marchés sur l'État, à l'issue d'une longue apogée de l'État-Providence, ce renversement ne peut manquer d'avoir, à moyen ou plus long terme, des effets juridiques collatéraux sur la manière d'appréhender le rôle des libertés économiques et de l'État face aux crises.

Les libertés économiques ont ainsi été confrontées, tout au long du ^{xx}e siècle jusqu'à aujourd'hui, à des crises protéiformes, auxquelles la puissance publique doit répondre. La question est donc de savoir si, et dans quelle mesure, les libertés économiques peuvent encore avoir, en période de crise, une influence significative sur le pouvoir dont dispose un État pour édicter les mesures lui permettant, d'abord, d'amortir les effets de la crise puis d'en sortir et de reprendre le chemin du développement. Les relations entre libertés économiques et régulation des crises montrent que si l'intervention de la puissance publique est la réponse centrale aux aléas du ^{xx}e siècle, ce sont en revanche les libertés économiques qui prédominent la gestion des crises du ^{xxi}e siècle (I). Les libertés économiques sont également des outils de prévention des crises, notamment entre les mains d'un État devenu régulateur (II).

I. Libertés économiques et régulation des crises

A. Les crises du ^{xx}e siècle et la prédominance de la puissance publique sur les libertés économiques

Le ^{xx}e siècle a été marqué par une série de crises politiques et économiques¹⁷. Les deux guerres mondiales, la crise de 1929 suivie de la Grande

Dépression de l'entre-deux-guerres, les chocs pétroliers des années 1970 et la fin des « Trente Glorieuses » (J. Fourastié) ont en effet rythmé le déroulement du siècle dernier. Afin d'amoindrir les conséquences de ces différents chocs, la puissance publique est intervenue massivement, jusqu'à instaurer une véritable économie dirigée. C'est ainsi qu'en France, « un consensus politique valait jusque dans les années quatre-vingt sur la nécessité de l'interventionnisme. Il peut s'expliquer notamment par la tradition perpétuée par des grands corps techniques de l'État pour lesquels l'intervention économique assure la pérennité au pouvoir et constitue un objet même de pouvoir »¹⁸.

1. La naissance de l'interventionnisme public durant l'entre-deux-guerres

Pendant la Première Guerre mondiale, l'économie se caractérise par une « explosion d'étatisme sans précédent »¹⁹, liée à la prolongation du conflit. Des mesures dirigistes, contraires aux libertés économiques, sont adoptées afin de faire face à la situation de guerre : interdiction du commerce avec les États ennemis, interdiction d'exporter les marchandises utiles à l'effort de guerre (armes, denrées de première nécessité, etc.), planification impérative de la production, réquisition d'usines, fixation des prix, création d'offices. Selon l'historien P. Rosanvallon, « la liberté du commerce est pratiquement supprimée »²⁰.

Ces mesures sont certes remises en cause à la fin de la guerre, mais de manière partielle. La période de l'entre-deux-guerres est en effet marquée par la naissance d'un secteur public économique et une intervention de l'État rendues nécessaires par la gravité de la crise de 1929. Ceci se traduit par la création d'offices industriels, assimilables à des établissements publics, pour gérer diverses activités comme les Mines domaniales d'Alsace²¹ ou les manufactures d'État²². Le Front populaire crée des sociétés d'économie mixte, à l'instar d'Air France en 1933 puis de la SNCF en 1937, et met en œuvre une

17. D. Mongin, *Crises et conflits au ^{xx}e siècle*, Armand Collin, 2014.

18. S. Nicinsky, « Le mode de régulation », *RFDA* 2010, p. 735.

19. Trustee, *Le Bilan de la guerre*, Paris, 1921, p. 31.

20. P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Seuil, coll. « Points », 1990, p. 227-228.

21. Loi du 23 janvier 1937 portant fixation du régime définitif des mines domaniales de potasse d'Alsace et organisation de l'industrie de la potasse.

22. Décret-loi du 1^{er} octobre 1926.

vague importante de nationalisations qui touchent notamment les sociétés de construction aéronautique²³. Le juge administratif lui-même prend acte de la diversification des activités des personnes publiques à travers la consécration des services publics industriels et commerciaux dans l'affaire dite du *Bac d'Eloka*²⁴.

Il est ainsi admis que l'État, et plus largement les personnes publiques, peuvent agir comme des « industriels ordinaires ». Les décrets « Poincaré » des 5 novembre et 28 décembre 1926 autorisent d'ailleurs les communes et leurs groupements à exploiter directement des services d'intérêt général à caractère économique et social. Ces décrets, inspirés du courant du « socialisme municipal », conduiront le Conseil d'État à intervenir pour en fixer les limites²⁵. Ce faisant, le juge administratif marque néanmoins le point de départ d'un infléchissement du principe inhérent à la liberté du commerce et de l'industrie reconnu en 1901, qui est l'interdiction faite aux personnes publiques de prendre en charge une activité économique. En effet, par exception, une telle intervention est admise lorsque des « circonstances particulières de temps et de lieu » le justifient. À partir de ce moment, la jurisprudence administrative fera preuve d'une souplesse certaine, néanmoins encadrée, à l'égard de la prise en charge d'activités économiques par les personnes publiques.

2. L'interventionnisme public affirmé de 1945 au milieu des années 1980

En réponse à la Seconde Guerre mondiale puis aux « chocs pétroliers » des années 1970 qui marquent la fin de la période des « Trente Glorieuses », l'État se montre extrêmement présent et actif dans l'économie. C'est l'époque de l'État-Providence et la puissance publique, inspirée par les idées keynésiennes, intervient sous de multiples formes.

En effet, « l'économie cesse [alors] d'être considérée comme un donné, pour être appréhendée comme un construit. [...] La croissance, l'emploi et le pouvoir d'achat ne sont plus compris comme des résultats et des soldes ; ils deviennent des objectifs. D'où la notion, fondamentale, de politique économique : elle traduit le projet d'un rapport volontariste et articulé à la conjoncture. C'est une rupture considérable avec les visions du passé [...]. Si l'économie est considérée comme un système de variables et de flux à optimiser, elle constitue du même coup un objet pour l'action »²⁶. Le dirigisme économique se traduit d'abord par une réglementation de police que sont le contrôle des prix, des changes et des investissements²⁷ et le système de la planification. L'État se veut également « modernisateur », notamment à travers la mise en œuvre de « grands projets » comme Concorde puis Airbus dans l'aéronautique civil ou la construction de trains à grande vitesse dans le secteur ferroviaire²⁸.

En outre, le développement économique du pays passe par la consolidation d'un véritable secteur public entre les mains d'un État qui se mue en opérateur économique. Ceci s'organise autour d'activités stratégiques (énergie, transport ferroviaire et aérien, etc.) érigées au rang de services publics nationaux, et structurées en monopoles sous la forme d'établissements publics industriels et commerciaux dont l'État a la pleine propriété²⁹. La vague de nationalisations de l'après-guerre touche ainsi l'électricité et le gaz³⁰, les assurances³¹, la Banque de France et les quatre grandes banques de dépôt en décembre 1945. L'État aura à nouveau recours à la technique de la nationalisation en 1982 afin de soutenir l'économie, ce qui trouve par ailleurs un fondement juridique dans l'article 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

Les aides publiques sont également un moyen de soutenir et d'orienter l'économie au moment

23. Loi du 11 août 1936 sur la nationalisation de la fabrication des matériels de guerre et son décret d'application du 26 janvier 1937.

24. Trib. confl., 22 janv. 1921, n° 00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*.

25. CE, Sect., 30 mai 1930, n° 06781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*.

26. P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 250-251.

27. J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, 2^e éd., Economica, 2007, n° 394 et s.

28. P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Seuil, coll. « Points », 1990, p. 247 et s., p. 262 et s.

29. J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, op. cit., spéc. n° 394 et s.

30. Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, qui crée EDF et GDF.

31. Loi n° 46-835 du 25 avril 1946 relative à la nationalisation de certaines sociétés d'assurances et à l'industrie des assurances en France.

des chocs pétroliers des années 1970³². En parallèle, le Conseil d'État français assouplit significativement sa jurisprudence à propos des conditions de prise en charge d'une activité économique par une personne publique. Si en principe les activités exercées sur un marché restent réservées aux personnes privées, la jurisprudence admet toutefois que les personnes publiques puissent exercer ces activités à la condition de justifier d'un intérêt public, qui résulte notamment de la carence de l'initiative privée. Celle-ci fait l'objet d'une interprétation souple puisqu'elle peut être quantitative ou qualitative³³.

C'est donc un vaste secteur public qui s'est construit et développé tout au long du xx^e siècle. La puissance publique domine l'économie et encadre ainsi l'exercice des libertés économiques. En revanche, c'est le phénomène inverse qui se produit au xxi^e siècle. Si l'exercice « débridé » des libertés peut être à l'origine de crises majeures, il n'en demeure pas moins que celles-ci affirment leur prééminence sur l'intervention publique.

B. Les crises du xxi^e siècle et la prééminence des libertés économiques sur la puissance publique

Les crises du xxi^e siècle se produisent dans un contexte d'internationalisation, de globalisation des échanges et d'intégration de la France dans l'Union européenne, garante des libertés économiques et du fonctionnement concurrentiel du marché intérieur, ce qui change profondément la manière de traiter les crises. L'interventionnisme national trouve ainsi sa limite dans le respect des libertés économiques.

1. La crise financière et économique de 2007-2008

La dépression économique et financière qui a débuté en 2007 aux États-Unis par la crise des « *subprimes* » « se distingue par sa brutalité, son amplitude, son extension géographique et ses effets sur l'économie réelle et le système financier »³⁴. Elle a notamment eu pour conséquence la faillite de *Lehman Brothers*, l'une des plus

importantes banques d'investissement au monde. Cette crise majeure résulte de la combinaison de plusieurs facteurs, notamment de la déréglementation bancaire et financière issue des politiques (néo)libérales des années 1980 et de la défaillance du système de régulation³⁵. Face à cette crise inédite par son ampleur et le risque systémique qu'elle fait courir à l'économie mondiale, les États font appel à des outils « traditionnels » de réponse aux crises que sont principalement les aides publiques, les prises de participations financières dans les entreprises et la commande publique. Pour autant, leur utilisation reste encadrée par les libertés économiques. Contrairement à la période *post* 1945, l'objectif est de pallier les défaillances ponctuelles du marché et non d'instaurer une nouvelle administration de l'économie par l'État. Malgré la gravité de la crise, le rôle de la puissance publique reste finalement cantonné à des mesures temporaires et exceptionnelles. C'est la figure d'un « État sauveur »³⁶ qui apparaît. Les libertés économiques et la libre concurrence sont les références à l'aune desquelles l'interventionnisme de la puissance publique est évalué.

Pour preuve, les règles afférentes aux aides d'État, qualifiées de « droit de la crise », sont respectées durant cette période³⁷, alors qu'elles seront quasiment suspendues pendant la crise du COVID (v. *infra*). En effet, loin d'être octroyées en dehors de tout cadre juridique, les aides accordées aux opérateurs en difficulté s'inscrivent dans les règles du droit européen, lesquelles sont interprétées en tenant compte du contexte de crise. Ainsi, la procédure de contrôle de la Commission européenne demeure même si, compte tenu de l'urgence de la situation, elle est mise en œuvre dans des délais extrêmement resserrés. En décembre 2008, plusieurs décisions de compatibilité ont ainsi été adoptées en quelques jours seulement. En outre, les aides ont vocation à être temporaires et continuent d'être fondées sur les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, même si l'article 107 § 3 (ancien article 87 § 3), qui pré-

32. M. Karpenschif, « Les aides publiques face à la crise », préc.

33. CE, 12 juin 1959, n° 92099, *Syndicat des exploitants cinématographiques de l'Oranie*.

34. L. Tertrais, « La régulation et la crise financière : le rôle de l'Autorité des marchés financiers », *RFDA* 2010, p. 741.

35. *Ibid.*

36. S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », *RFDA* 2010, p. 756.

37. M. Karpenschif, « Les aides publiques face à la crise », préc.

voit la possibilité de déclarer compatibles avec le traité des « aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre », représente une base légale exceptionnelle³⁸.

Concernant les participations financières dans les entreprises, en dépit de l'importance des montants alloués, il ne s'agit en aucun cas de nouvelles nationalisations mais d'une simple participation financière minoritaire et temporaire de l'État. Ces interventions, comme celle de la Société de Prise de Participation de l'État qui a souscrit pour plusieurs milliards d'euros de fonds propres émis par les banques, ont avant tout pour objectif d'assurer leur solvabilité. En outre, l'acquisition d'actions par l'État a été faite sans droits de vote associés, ce qui montre la précarité de l'engagement public³⁹. Au surplus, le « plan de relance » qui organise cet ensemble de mesures se borne à être un « outil de réaction », et ne correspond pas à l'instrument de programmation connu par le passé⁴⁰.

L'État intervient avec prudence et mesure et n'a pas vocation à s'impliquer durablement. L'action de la puissance publique paraît ainsi modérée, même en temps de crise, par l'irréductible préservation des libertés économiques et d'une libre concurrence qui résulte d'un consensus selon lequel « non seulement le droit de la concurrence ne doit pas être remis en question, mais il doit être appliqué dans le cadre même de la crise, sans affaiblissement, car il est le garant que certaines opérations de concentration ou aides ne seront pas pour demain les causes de capture de la rente au profit de trusts »⁴¹. En effet, des études ont montré que, lors des crises antérieures, notamment celle des années 1930,

l'assouplissement des politiques de concurrence ralentit la sortie de crise⁴².

2. La crise climatique et environnementale

Le changement climatique est un phénomène qui ne cesse de s'amplifier, à tel point qu'il est possible de parler de « crise climatique »⁴³. La pollution de l'air à travers l'émission de gaz à effet de serre, qui résulte notamment d'une activité industrielle intense, et donc indirectement de l'exercice des libertés économiques, est l'une des principales causes du dérèglement climatique et de la dégradation de l'environnement⁴⁴. La prise de conscience du risque climatique s'est traduite par l'adoption de textes internationaux majeurs comme la Convention-cadre sur les changements climatiques conclue en 1992, le protocole de Kyoto signé en 1997, et plus récemment l'Accord de Paris conclu à l'issue de la COP21 en 2015.

En droit français, en réponse à la crise, l'intervention publique s'est classiquement concrétisée par l'adoption de normes juridiques à concilier avec les libertés économiques. En cohérence avec le droit européen, la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte de 2015 a récemment fixé l'objectif de « réduire les émissions de gaz à effet de serre de 40 % entre 1990 et 2030 et de diviser par 4 les émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050 ». En outre, après les droits civils et politiques « libéraux » nés de la Déclaration de 1789, les « droits sociaux » issus du Préambule de 1946, la protection de l'environnement est traditionnellement présentée comme « la troisième génération » de droits fondamentaux⁴⁵ dont le contenu, comme le principe de précaution consacré par la Charte de l'environnement de 2004, peut entrer en contradiction avec l'exercice de la liberté d'entre-

38. M. Lombard, « Le droit public économique face à la crise », rapport de synthèse, *RFDA* 2010, p. 764; M. Karpenschif, « Les aides publiques face à la crise », préc.; J.-Y. Chérot, « Le droit et la politique de concurrence au défi de la crise financière et économique », *RFDA* 2010, p. 745.

39. S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », préc.

40. S. Nicinsky, « Le plan de relance », *RFDA* 2009, p. 273.

41. J.-Y. Chérot, « Le droit et la politique de concurrence au défi de la crise financière et économique », préc.

42. *Ibid.*; A. Winckler, J. Padilla « La concurrence, pour quoi faire ? Quelques enseignements historiques », in M. Béhar-Touchais, N. Charbit, R. Amaro (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, Institut de droit de la concurrence, 2014, p. 135.

43. A. Gras, *Le choix du feu. Aux origines de la crise climatique*, Fayard, 2007, p. 286; Résolution 2018/2598 (RSP) du Parlement européen du 25 octobre 2018 sur la conférence des Nations unies de 2018 sur les changements climatiques à Katowice, Pologne COP 24.

44. J. Tirolle, *L'économie du bien commun*, PUF, 2016, p. 263-310.

45. J. Morand-Deviller, « La Charte de l'environnement et le débat idéologique », in « La charte constitutionnelle de l'environnement », *RJE* 2005, p. 97-106.

prendre⁴⁶. La protection de l'environnement a ainsi acquis une valeur juridique suprême, au même titre que la liberté d'entreprendre, le droit de propriété et le principe d'égalité⁴⁷. Pour autant, les effets juridiques de la Charte de l'environnement paraissent encore relativement incertains et limités par rapport à ceux des libertés économiques⁴⁸.

De manière plus originale, en droit européen puis en droit interne, la réduction des émissions de gaz à effet de serre est en partie fondée sur des instruments de marché, et donc sur les libertés économiques. En effet, pour certains économistes, la correction de la pollution, comme « externalité » ne passe pas par l'instauration d'une taxe mais prend la forme d'un permis ou d'un droit d'émission échangé et valorisé sur le marché⁴⁹. Ces nouveaux outils économiques se caractérisent « par la fixation d'un objectif contraignant pour l'ensemble des obligés, objectif qui est ensuite réparti entre eux. Les participants au système se voient allouer des quotas ou des certificats qui sont négociables, les transactions intervenant ne modifiant en aucune manière l'objectif global prédéterminé. Ce type de mécanisme a été mis en place pour réduire les émissions de gaz à effet de serre »⁵⁰; la directive

2003/87/CE du 13 octobre 2003, transposée dans le Code de l'environnement⁵¹ a ainsi mis en œuvre le système des quotas d'émission de gaz à effet de serre⁵² dont l'application n'a pourtant pas échappé au contrôle du juge au regard du principe d'égalité⁵³.

3. La crise sanitaire « COVID-19 »

La crise « COVID » que subit actuellement le monde entier apparaît comme la plus grave depuis la seconde guerre mondiale. Touchant l'ensemble des continents, cette crise sanitaire mondialisée a également eu pour conséquence une crise économique majeure. Qualifiée de « pandémie » le 11 mars par l'Organisation mondiale de la Santé⁵⁴, la COVID-19 est à l'origine de la plus forte récession économique depuis 1945. En effet, selon l'Insee, au deuxième trimestre 2020 et compte tenu des estimations des mois antérieurs, le PIB national a diminué d'environ 17 %⁵⁵.

Afin de préserver la santé des populations, de nombreux États européens ont pris des mesures radicales de confinement. En France, celles-ci se sont plus largement inscrites dans un dispositif nouveau d'état d'urgence sanitaire, qui s'est traduit par la fermeture administrative de très

-
46. M. Prieur, « L'environnement est entré dans la Constitution », in « La charte constitutionnelle de l'environnement », *RJE* 2005, p. 25-31; CE, 17 juin 2015, n° 387805, *Association Plastics Europe*; Cons. const., 17 déc. 2015, n° 2015-480 QPC, *Association Plastics Europe*.
47. Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*; CE, 3 oct. 2008, n° 297931, *Commune d'Annecy*.
48. S. Nicinsky, *Droit public des affaires*, Domat, 7^e éd., 2019, n° 7 et s. et 196 et s.; J. Bétaille, « Les obligations prudentielles : prévention et précaution », in C. Cerda-Guzman, F. Savonitto (dir.), *Les 10 ans de la Charte de l'environnement 2005-2015*, Institut Universitaire Varenne, 2016, p. 107; P. Frydman, « La Charte de l'environnement au prisme du contentieux », *Revue Environnement* 2012, n° 12, dossier 19.
49. R. Coase, *The Problem of Social Cost : The Journal of law and economics*, vol. 3, 1960, p. 1. S. Fauchaux, J.-F. Noël, « Théorie des externalités, droits de propriété et environnement », in *Économie des ressources naturelles de l'environnement*, Armand Colin, 1995.
50. M. Moliner-Dubost, *JurisClasseur Environnement et Développement durable, Fasc. 3350 : Air et Climat – Action sur les émissions. Instruments sectoriels*, 2016, point 236.
51. Article L. 229-5 et s. C. env.
52. J.-C. Rotoullié, *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement. L'exemple du système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, thèse, t. 297, LGDJ, 2017.
53. CE, Ass., 8 fév. 2007, n° 287110, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*; CJCE, 16 déc. 2008, n° C-127/07, *Sté Arcelor Atlantique*; CE, 3 juin 2009, n° 287110, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*.
54. <https://www.who.int/fr/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.
55. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4513016?sommaire=4473296>, point de conjoncture du 17 juin 2020.

nombreuses entreprises, et donc une restriction extrêmement forte des libertés économiques⁵⁶.

Néanmoins, dans le même temps, l'État est intervenu puissamment dans l'économie, avec pour objectif d'atténuer autant que possible les effets immédiats de la crise, principalement sur l'emploi, et d'accélérer la reprise économique une fois la période d'état d'urgence sanitaire terminée⁵⁷. Cette position équilibrée s'est concrétisée par de multiples mesures à l'échelle nationale, mais aussi européenne.

À l'échelle européenne d'une part, comme pour la crise financière de 2008 (cf. *supra*), le droit des aides d'État a été exceptionnellement et temporairement assoupli, sans que ses fondements ne soient pour autant remis en cause. Dans une communication du 20 mars 2020, la Commission européenne a annoncé les possibilités offertes aux États pour garantir la liquidité et l'accès au financement des entreprises, en s'inscrivant dans l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte de l'épidémie de covid-19. Par exemple, les États membres peuvent mettre en place des régimes accordant jusqu'à 800 000 euros à une entreprise afin de répondre à des besoins de liquidités urgents⁵⁸.

À l'échelle nationale d'autre part, l'État a mobilisé de nombreux outils de soutien aux entreprises et à l'emploi.

Parmi eux, un « plan d'urgence face à la crise sanitaire » prévoit notamment un soutien général à l'économie de 100 milliards d'euros accompagné de multiples plans sectoriels (aéronautique, automobile, tourisme, etc.)⁵⁹. Le plan de

relance pour le secteur du tourisme reconduit ainsi, jusqu'à la fin de l'année 2020, le fonds de solidarité pour les entreprises du secteur hôtellerie-restauration-tourisme, et les exonère des cotisations sociales patronales dues entre mars et juin⁶⁰. Une garantie de l'État sur les prêts, à hauteur de 300 milliards d'euros, a été également mise en œuvre afin de soutenir le financement bancaire des entreprises. L'objectif du législateur est de répondre aux difficultés liées à la baisse d'activité des entreprises en raison du confinement, ce qui explique que le dispositif de garantie soit effectif jusqu'au 31 décembre 2020⁶¹.

Des prises de participations ponctuelles de l'État dans les entreprises sont aussi prévues⁶². Le législateur a toutefois subordonné ces interventions en fonds propres à des contreparties de la part du bénéficiaire, et les a associé à un dispositif de contrôle. En effet, l'article 22 de la loi du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 prévoit que « ces entreprises intègrent pleinement et de manière exemplaire les objectifs de responsabilité sociale, sociétale et environnementale dans leur stratégie, notamment en matière de lutte contre le changement climatique », et que le Gouvernement remette un rapport au Parlement sur l'utilisation des ressources bénéficiaires contrôlées par l'État, « notamment en matière de lutte contre le changement climatique et de respect de l'Accord de Paris sur le climat »⁶³.

Enfin, le recours au chômage partiel a été facilité. Pour ce faire, le régime d'indemnisation a été révisé. Celui-ci correspond désormais à un

56. Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 ; loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ; décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ; loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ; décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

57. P. Idoux, « Les interventions publiques économiques urgentes dans la crise du Covid-19 », *Droit admin.* n° 5, mai 2020, étude 6.

58. Communication de la Commission européenne, Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19, *JOUE* du 20 mars 2020, (2020/C 91 I/01) ; C. Collin, « Coronavirus : la Commission européenne adapte son contrôle des aides d'État », *Dalloz actualité* du 26 mars 2020.

59. <https://www.economie.gouv.fr/covid19-soutien-entreprises/plans-de-soutien-sectoriels>.

60. Veille, « Coronavirus : présentation du plan de relance pour le secteur du tourisme », *JCP Notariale et Immobilière* n° 21, 22 mai 2020, act. 469.

61. Art. 6 de la loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020 et arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'État aux établissements de crédit et sociétés de financement en application de l'article 6 de la loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificatives pour 2020 : JO 24 mars 2020, texte n° 10 ; *JCP E* 2020, act. 236 ; J. Lasserre Capdeville, « Covid-19 : Soutien et aides des banques en faveur des entreprises », *JCP E* n° 15-16, 9 avril 2020, 1165.

62. Art. 10 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020.

63. <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/covid-19-letat-actionnaire-au-secours-des-entreprises/>

« système de compensation intégrale », reposant « sur un mécanisme de remboursement à l'employeur de l'indemnité qu'il est tenu de verser en vertu des dispositions réglementaires. Ce qui contribue à lever (ou, du moins, à atténuer) les inquiétudes des employeurs sur le "reste à charge" »⁶⁴.

Face à la crise sanitaire et économique COVID, les pouvoirs publics ont donc déployé un « arsenal » de mesures visant à assurer la continuité des activités économiques. Pour autant, l'objectif de l'État n'est pas de se substituer aux opérateurs, mais de répondre, de manière pragmatique, nécessaire et proportionnée, à une situation extrême. Tout en faisant primer la santé publique, l'État a ainsi préparé les conditions de la relance afin que les libertés économiques puissent pleinement s'épanouir.

Ainsi, le rôle de la puissance publique dans la gestion des crises du ^{xx}^e siècle, contrairement à l'interventionnisme massif du ^{xx}^e siècle, semble mesuré et respectueux des libertés économiques. Loin d'être remises en cause, elles apparaissent au contraire comme la référence à l'aune de laquelle l'intervention publique est admise, même en temps de crise. Au-delà d'un rôle de « censeur », il est intéressant de relever que les libertés économiques, associées au fonctionnement régulé du marché, peuvent être envisagées par les pouvoirs publics comme un instrument de résorption des crises. En tout état de cause, les libertés économiques et la libre concurrence représentent aujourd'hui des instruments de prévention des crises.

II. Libertés économiques et prévention des crises

À partir de la deuxième moitié du ^{xx}^e siècle, les libertés, comme outil de consolidation des structures économiques, ont été vues comme un moyen de prévenir les crises, principalement les crises économiques, la crise sanitaire échappant, par nature, à la logique des libertés écono-

miques. L'interventionnisme public, matérialisé par une police économique, a progressivement laissé le champ libre au marché (A). Face à ses défaillances, sans aucun doute issues d'une déréglementation trop importante, l'État régulateur, dont la mission est de garantir l'exercice des libertés économiques et la libre concurrence sur le marché, apparaît comme une figure majeure de la prévention des crises (B).

A. Les libertés économiques comme outil de prévention des crises

1. Une nouvelle vision (néo)libérale promue par l'Europe et le monde anglo-saxon

Tout en faisant preuve d'un interventionnisme important après la Seconde Guerre mondiale, la France s'investit dans la construction de l'Union européenne jusqu'à en être l'un des États fondateurs par la négociation puis la signature du Traité de Rome le 25 mars 1957. À la sortie de la guerre, la création d'une union économique au niveau européen et la structuration de celle-ci autour de grandes libertés économiques apparaît comme un remède aux crises présentes et futures. Comme le relève S. Nicinsky⁶⁵, « les traités fondateurs instituent surtout de grandes libertés économiques destinées à assurer un marché commun ». Certains n'hésitent d'ailleurs pas à parler de « constitution économique » pour l'Europe⁶⁶ tant « la place de l'économie dans les traités est consubstantielle au projet européen »⁶⁷. À partir de 1986 et de l'Acte unique sur le marché intérieur, c'est la régulation avec la libre concurrence qui devient « le principe référent »⁶⁸.

Quatre grandes libertés fondent le marché intérieur et limitent indirectement l'action des personnes publiques⁶⁹. Selon l'article 26 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il s'agit de la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Le droit européen consacre également la liberté d'établissement, la libre prestation de service et la libre concurrence dans le marché

64. F. Géa, « L'activité partielle, face à la crise », *Revue de droit du travail* 2020 p. 250.

65. S. Nicinsky, *Droit public des affaires*, Domat, 7^e éd., 2019, n° 7 et s. et 196 et s.

66. G. Farjat, « La Constitution économique de l'Europe et le couplage droit-économie », in *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, 2008.

67. Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, rapport annuel, 2015, p. 110 et s.

68. J.-C. Videlin, « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFDA* 2010, p. 727.

69. Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, op. cit.

intérieur⁷⁰. « Le libéralisme de la construction communautaire »⁷¹ se traduit également par la prohibition des discriminations, des aides publiques et l'ouverture à la concurrence des services publics en réseaux afin de consolider le marché intérieur, ce qui aura un impact particulièrement retentissant en France. Le respect des libertés économiques et de la libre concurrence est garanti par les institutions européennes. La Commission, qui veille à leur application⁷², dispose d'instruments juridiques variés, notamment le contrôle des manquement d'État⁷³. La Cour de justice de l'Union européenne protège aussi scrupuleusement les libertés économiques et le fonctionnement concurrentiel du marché intérieur, en faisant appliquer l'interdiction des restrictions et des discriminations⁷⁴. Des dérogations peuvent être accordées à des conditions strictes tenant à une raison impérieuse d'intérêt général, une nécessité et la proportionnalité à l'objectif poursuivi⁷⁵.

En parallèle, une doctrine « néolibérale » qui vise à remettre profondément en cause l'État-Providence apparaît dans les pays anglo-saxons à partir du milieu des années 1980⁷⁶. Elle prône la libre concurrence, la déréglementation de l'économie et de la finance et les privatisations⁷⁷. Le marché est désormais présenté comme le garant de l'intérêt général, « comme un mécanisme naturel qui, laissé à lui-même, engendre spontanément équilibre, stabilité et croissance. Les interventions des pouvoirs publics ne peuvent que perturber cet ordre »⁷⁸. À cet égard, il faut relever que dans son discours d'investiture en 1981, le Président des États-Unis Ronald Reagan proclame que « dans la crise actuelle, l'État n'est pas la solution à notre problème ; l'État est le problème ». Dans le même ordre d'idée, M. Thatcher, Premier ministre de Grande-Bretagne,

déclare « qu'il n'y a pas d'alternative » au marché⁷⁹. Dans ce contexte général, et en dépit de l'importance de son rôle dans la gestion des effets immédiats des crises, la place structurelle de l'État dans l'économie, en particulier en France, a vocation à se réduire.

2. Le recul structurel de l'État dans l'économie en France

Tout en restant un État-Providence en raison notamment de son système de protection sociale et de sa capacité à se mobiliser pour atténuer les effets immédiats des crises, plusieurs éléments montrent l'influence croissante de la doctrine libérale en France à partir du milieu des années 1980. Ceci se manifeste par le repli de l'État dans l'économie, ce qui se traduit d'abord par la libéralisation des prix (ordonnance de 1986) et la déréglementation économique et financière qui passe par la fin de la planification de l'économie⁸⁰. La remise en cause de la place de l'État se manifeste aussi par le retrait de l'actionnariat public, initié par un mouvement de privatisations en 1986 puis en 1993, en réaction aux nationalisations de 1982, ce que permettent une « constitution économique pondérée » et « la plasticité » du droit constitutionnel français. Le juge constitutionnel prend en effet soin de « ne pas opposer les normes constitutionnelles aux orientations de fond des politiques économiques des majorités successives »⁸¹. Ensuite, sur le modèle anglais de la *Private Finance Initiative*, l'externalisation est encouragée, notamment au moyen de partenariats public-privé. L'ordonnance de juin 2004 introduit en droit français les contrats de partenariats. Ils reposent sur l'idée que le contrat global, porté par un financement privé et les forces vives des opérateurs économiques est vec-

70. Art. 49, 56 et s., 101 et s. TFUE.

71. S. Nicinsky, *Droit public des affaires*, 6^e éd., Domat, 2018, n° 41.

72. Art. 17 TUE.

73. J. Pertek (2013), *Droit des institutions européennes*, Thémis, 4^e éd., 2013, pts 524 et s.

74. S. Nicinsky, *Droit public des affaires*, op. cit., n° 7 et s. et 196 et s.

75. CJUE, 9 mars 2017, n° C-342/15, *Leopoldine Gertraud Piringer*, pour la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers ; CJUE, 1^{er} juin 2010, n° C-570/07, *Blanco Pérez*, pour l'approvisionnement en médicaments sûrs et de qualité.

76. G. Dostaler, *Le libéralisme de Hayek*, La Découverte, 2001, p. 107.

77. P. Minford, « La politique économique de Margaret Thatcher, 1979-1986 », *Politique étrangère* 1986, n° 4, p. 1015-1034.

78. G. Dostaler, *Le libéralisme de Hayek*, La Découverte, 2001, p. 107.

79. TINA, « *there is no alternative* », Thatcher.

80. Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, op. cit.

81. *Ibid.*, p. 89 s.

teur de performance, contrairement à une maîtrise d'ouvrage publique classique⁸².

Surtout, sous l'impulsion du droit européen, les années 1990 et 2000 ont été marquées par la spectaculaire ouverture à la concurrence des secteurs stratégiques jusque-là gérés en monopole par des structures publiques (télécommunications, énergie, transport). D'une part, l'ouverture au marché a été accompagnée par la mise en œuvre d'une régulation sectorielle. Des autorités indépendantes du pouvoir politique veillent à ce que des opérateurs alternatifs puissent effectivement accéder au marché et à l'infrastructure essentielle associée. D'autre part, afin d'offrir aux opérateurs historiques plus de souplesse et surtout de ne pas méconnaître l'interdiction des aides d'État, s'amorce le passage d'une structure de droit public, l'établissement public industriel et commercial, à une structure de droit privé, la société anonyme régie par les règles du Code de commerce, à capitaux publics, au sein d'une entreprise verticalement intégrée.

La puissance publique s'est ainsi recentrée sur les grandes entreprises publiques françaises stratégiques comme EDF, dont le capital est détenu à plus de 80 % par l'État, ou Engie, dont l'« action spécifique » (*golden share*) assure à l'État des prérogatives exorbitantes comme le pouvoir de s'opposer aux décisions de cession d'actifs⁸³. Ces dernières années, le désengagement de l'État actionnaire dans l'économie tend à s'intensifier. De nouvelles privatisations dans des secteurs stratégiques se dessinent, comme celle d'Aéroports de Paris⁸⁴, appelée à suivre la cession, en 2014, de 49,9 % des parts de l'État dans le capital de la société Aéroport Toulouse-Blagnac⁸⁵,

puis, en 2016, celle de la majorité du capital des sociétés Aéroport de Lyon et Aéroport de la Côte d'Azur⁸⁶. Ce phénomène de retrait de l'actionnaire public se manifeste aussi localement. Par exemple, une société d'économie mixte à objet unique⁸⁷ peut être constituée avec un capital public minoritaire, contrairement aux sociétés d'économie mixte classiques. Le retrait de l'État actionnaire passe également par l'alignement progressif du cadre juridique dans lequel il exerce ses fonctions sur celui du droit commun des sociétés⁸⁸. En quelque sorte, l'État actionnaire est « banalisé » et semble irrémédiablement voué à être un actionnaire « ordinaire »⁸⁹.

Que ce soit au niveau national ou local, la société à participation publique minoritaire tend ainsi à devenir le modèle dominant d'une simple « stratégie d'influence » des personnes publiques, en particulier l'État qui « choisit d'être un investisseur avisé, ajustant son niveau de participations en tant que de besoin pour conserver son niveau d'influence ou lui permettre d'investir dans certaines entreprises lorsque la situation l'exige »⁹⁰. Cette dernière précision est importante car, à l'évidence, la nationalisation d'entreprises peut, en situation de crise, s'imposer à l'État pour préserver certains secteurs stratégiques et protéger de grandes entreprises fragilisées par la crise. La nationalisation, même temporaire, demeure en effet un levier stratégique majeur lorsque des « champions » nationaux deviennent des proies sur le marché.

Le net recul de l'intervention de l'État, accompagné symétriquement du développement de la concurrence et des libertés, peut ainsi être consi-

82. S. Braconnier, « Les contrats de partenariat et les collectivités territoriales locales : entre mythe et réalités », *BJCP* 2004, n° 36, p. 340.

83. Dispositif introduit par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations ; désormais régi par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, modifiée par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « PACTE ».

84. CC, 16 mai 2019, déc. n° 2019-781 DC, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises* : *Constitutions* 2019 p. 364 ; *AJDA* 2019 p. 1077 ; *ibid* p. 1560, étude M. Carpentier ; *Rev. sociétés* 2019. 493, obs. B. François ; *RFDA* 2019 p. 763, chron. A. Roblot-Troizier.

85. CE, 9 octobre 2019, *Aéroport Toulouse-Blagnac*, n° 430538 ; Mentionné aux Tables du Recueil Lebon ; *JCP A* 2019, act. 643 ; *Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 389, comm. G. Eckert ; *AJDA* 2019 p. 1964 ; *RFDA* 2019 p. 1065. Concl. M.-A. de Barmon, Maître des requêtes au Conseil d'État, rapporteur public.

86. Respectivement, les décrets n° 2016-276 et n° 2016-275 du 7 mars 2016.

87. Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

88. Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, préc.

89. C. Boiteau, « Les entreprises liées aux personnes publiques », *RFDA* 2017, p. 57.

90. *Ibid*.

déré comme un vecteur d'accroissement économique au service de la prévention des crises. Toutefois, il apparaîtra que le marché « débridé » est aussi vecteur de crise. En effet, la structure oligopolistique a contribué à la crise de 2008 puisqu'elle a « abouti à ce que de nombreuses banques soient systématiquement importantes avec l'aléa moral que cela comportait, ainsi que des garanties et une prise de risque excessive. Tandis qu'une structure de marché moins oligopolistique devrait contribuer à la stabilité, une meilleure réglementation prudentielle devrait également limiter la prise de risque excessive et réduire davantage le risque d'instabilité »⁹¹. L'action d'un État régulateur, encadrée par le respect des libertés économiques, semble alors nécessaire, afin de prévenir l'apparition de nouvelles crises.

B. L'État régulateur comme acteur de la prévention des crises

L'État régulateur, au sens de puissance publique, apparaît comme le garant de l'équilibre entre le marché libéral et l'interventionnisme étatique. Comme le souligne le professeur Nicinsky⁹², « l'intervention de l'État régulateur repose sur un panel de prérogatives allant de la réglementation *a priori* aux décisions particulières, sanctions ou règlements des conflits *a posteriori* ». L'État régulateur agit à la fois pour préserver les libertés économiques et la libre concurrence ou en sanctionner les atteintes : « ses actions sont entièrement déterminées par le principe suivant lequel l'efficacité doit être atteinte par la voie la moins invasive possible pour les opérateurs économiques. L'action révèle la recherche de la méthode incitative plus que coercitive, le choix de la méthode la moins attentatoire aux libertés économiques »⁹³.

1. L'État au soutien des libertés économiques

Dans sa fonction législative, l'État apparaît comme un promoteur des libertés économiques.

En effet, ces dernières années, de nombreuses lois ont été présentées comme destinées à diminuer les contraintes pesant sur les entreprises ou à leur donner l'opportunité de conquérir de nouveaux marchés (projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises). La loi dite *Macron* du 6 août 2015 a libéralisé le transport régulier interurbain de voyageurs par autocar. Les débats récurrents sur l'accès aux professions réglementées ont abouti récemment à la consécration de la liberté d'installation des notaires⁹⁴.

L'État peut aussi agir en soutien aux libertés comme investisseur. Ceci passe notamment par la création de structures de soutien aux opérateurs, comme la Banque publique d'investissement, créée en 2012, qui leur propose des outils de financement⁹⁵. Ceci rappelle d'une part l'importante mobilisation de l'État dans le financement de l'économie en crise afin de pallier les difficultés d'accès des entreprises au crédit et illustre, d'autre part, un choix étatique d'intervention mesurée, d'accompagnement du marché au lieu de s'y substituer. Ainsi, la Banque publique d'investissement privilégie les « segments de marchés risqués » et « les prises de participations minoritaires pour créer un effet d'entraînement de l'investissement privé »⁹⁶.

Dans sa fonction juridictionnelle, l'État est aussi le garant du respect des libertés économiques. L'introduction en droit français en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité a en effet permis un approfondissement du contrôle du juge constitutionnel sur l'action économique des personnes publiques, ce qui a conduit « à une affirmation des droits et libertés économiques, notamment la liberté d'entreprendre et le droit de propriété, à leur application à un nombre accru de normes »⁹⁷.

Également, dans le cadre traditionnel de son contrôle *a priori*, le juge constitutionnel n'hésite pas à censurer des dispositions législatives sur le fondement des libertés économiques, en particulier la liberté d'entreprendre. Par exemple, s'agissant de l'obligation faite aux entreprises d'accep-

91. Note de référence aux travaux du comité de la concurrence de l'OCDE, cité in J.-Y. Chérot, « Le droit et la politique de concurrence au défi de la crise financière et économique », préc.

92. S. Nicinsky, « Le plan de relance », préc. ; *Droit public des affaires*, op. cit., n° 7 et s. et 196 et s.

93. S. Nicinsky, « Le plan de relance », préc.

94. S. Nicinsky, « La réglementation des professions », *RFDA* 2017, p. 68.

95. L. de Fournoux, « La banque publique d'investissement : le nouveau visage de l'intervention publique », *Dr. Admin.* 2014, ét. 12.

96. C. Boiteau, « Les entreprises liées aux personnes publiques », préc.

97. Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, op. cit., spéc. p. 110 et s.

ter une « offre de reprise sérieuse », le Conseil constitutionnel estime que ces dispositions « font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »⁹⁸. Plus récemment, des dispositions qui obligeaient certaines sociétés à déclarer publiquement certaines informations en matière d'impôt sur les bénéfices ont été censurées puisqu'elles sont de nature « à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale »⁹⁹. Même si certaines décisions illustrent une « tolérance » du juge constitutionnel à l'égard des atteintes aux libertés économiques¹⁰⁰, elles bénéficient d'un « statut solide » et ont vocation à encadrer fortement l'activité du législateur¹⁰¹.

De plus, le juge administratif veille scrupuleusement à ce que la puissance publique respecte les règles de la concurrence dans toute l'étendue de ses missions. D'une part, les conditions d'intervention des personnes publiques sur le marché ne doivent pas fausser le jeu de la concurrence¹⁰². D'autre part, et surtout, une banalisation remarquable du droit de la concurrence s'est opérée dans le champ de la légalité administrative. Désormais, tous les actes administratifs, unilatéraux ou contractuels, qui ont des effets sur le marché sont soumis au droit de la concurrence, même des actes de police administrative

qui touchent pourtant au cœur de la puissance publique¹⁰³.

Outre son soutien aux libertés économiques, l'État veille à ce que le marché respecte les libertés économiques.

2. Les libertés économiques comme instrument de régulation du marché par l'État

Si les libertés économiques sont un vecteur de croissance, elles peuvent également, sans ajustement de la puissance publique, conduire à des crises comme celle de 2008. En effet, le marché peut se révéler défaillant. L'existence de « pouvoirs de marché » peut faire obstacle aux « effets bénéfiques de l'initiative privée »¹⁰⁴. Dès lors, le rôle de l'État régulateur consiste à prévenir la survenance de nouvelles crises en veillant à ce que le marché respecte les libertés économiques, en particulier la libre concurrence. « Conformément aux thèses libérales, loin de se désintéresser du fonctionnement du marché, l'État doit en être le gardien et assurer un rôle de garant du respect des règles d'une libre, saine et loyale concurrence par les opérateurs »¹⁰⁵.

Ceci se concrétise, par exemple, par une réglementation renforcée de l'activité bancaire (dite *Bâle III*) qui passe par des mesures de surveillance, d'application de ratios ou de règles de gestion durcies aux niveaux international, européen et national¹⁰⁶. La loi de modernisation de l'économie de 2008 a également donné un rôle central dans le contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence¹⁰⁷, ce qui va également dans le sens d'une plus grande efficacité de l'État régulateur comme garant de la libre concurrence sur le marché.

98. Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*.

99. Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*.

100. P. Delvolvé, « Les libertés économiques », *RFDA* 2017, p. 33.

101. D. de Béchillon, « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », in « Dossier : l'Entreprise », *Nouv. cah. Cons. const.*, 2005, n° 49, p. 7 à 14.

102. CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, Rec. CE, p. 272.

103. Pour un arrêté ministériel de classement d'armes : CE, 3 déc. 2010, n° 332540, 332679, *Société SMP Technologie*, Rec. CE, p. 615.

104. J.-Y. Chérot, « Le droit et la politique de concurrence au défi de la crise financière et économique », préc.

105. S. Nicinsky, *Droit public des affaires*, op. cit., n° 505.

106. L. Tertrais, « La régulation et la crise financière : le rôle de l'Autorité des marchés financiers », préc.; G. Bourdeaux, « *Bâle III et la résilience du secteur bancaire* », *RD banc. fin.* 2012, n° 2, dos. 15; ordonnance n° 2014-158 du 20 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière.

107. M. Chagny, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? – À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G* 2008, n° 42, doct. 196.

Plus généralement, les autorités de régulation ont fait l'objet, ces dernières années, de plusieurs réformes qui visaient toutes à étendre leurs missions et renforcer leurs pouvoirs¹⁰⁸. Concernant les autorités de régulation sectorielles, principalement celles qui ont pour mission de veiller à l'ouverture effective à la concurrence des anciens monopoles nationaux, la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique confie désormais à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes, tout en consolidant son pouvoir d'enquête, la protection de la neutralité de l'Internet ainsi qu'une mission d'incitation au déploiement de la fibre optique. Le champ de compétences du régulateur des transports a également été significativement élargi aux activités routières¹⁰⁹. De manière inédite, les concessions d'autoroutes sont régulées afin de veiller au maintien d'un équilibre des relations entre l'État et les concessionnaires, dans l'intérêt des usagers, particulièrement en matière de tarification des péages. En matière de régulation financière, la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires confie à l'Autorité de contrôle prudentiel, devenue l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, le soin de veiller à l'élaboration et la mise en œuvre des mesures de prévention et de résolution des crises bancaires. L'Autorité des marchés financiers a quant à elle en charge la protection de l'épargne depuis la loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché.

Les pouvoirs des autorités de régulation se sont aussi accrus. La loi *Macron* a donné à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de sanctionner l'inexécution d'injonctions¹¹⁰. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut désormais adresser aux établissements de monnaie électronique une injonction afin d'assurer l'existence de fonds propres suffisants pour l'émission

et la gestion de monnaie électronique¹¹¹. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dispose d'un nouveau pouvoir de sanction depuis l'ordonnance du 12 mars 2014. En outre, les réformes récentes ont renforcé le pouvoir de règlement des différends d'autorités de régulation sectorielles¹¹².

En veillant à maintenir une libre et égale concurrence sur le marché tout en soutenant l'exercice des libertés économiques, l'État, et plus généralement la puissance publique, s'est transformé pour passer d'une intervention directe et massive sur le marché à un rôle de régulateur avisé.

L'ascension des libertés économiques et de la libre concurrence semble ainsi avoir profondément modifié le rapport entre l'État et le marché. Si une grande partie du xx^e siècle a largement été marquée par une domination de l'État sur l'économie, au détriment des libertés, c'est bien une inversion de ce rapport qui se produit à la fin du siècle dernier. Les crises du début du xxi^e siècle ont en effet contribué à rétablir une forme d'équilibre. L'État joue désormais le rôle de régulateur afin de prévenir la survenance de nouvelles crises. Néanmoins, le retour à l'équilibre entre l'État et le marché ne se traduit pas par une restriction des libertés économiques. Bien au contraire, leur respect est une exigence qui s'impose à la fois à la puissance publique et au marché, précisément dans l'objectif de résorber les crises et de les prévenir. Les libertés économiques paraissent donc transcender le rapport de force entre l'État et le marché. Leur préservation, à laquelle l'État doit veiller, apparaît comme le vecteur principal de développement économique. Loin d'être érodées, les libertés économiques sortent donc triomphantes des crises qui ont ponctué les xx^e et xxi^e siècles.

108. Th. Pez, « Les attributions des autorités de régulation économique », *RFDA* 2017, p. 42; M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, Ch. Le Berre, B. du Marais, A. See, *Dictionnaire des régulations*, 2016. V^o, de manière plus générale, la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

109. Loi *Macron* du 6 août 2015.

110. Art. 9 Loi *Macron* du 6 août 2015.

111. Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

112. Th. Pez, « Le règlement des différends et la fonction de régulation », in « Règlement des différends et régulation sectorielle », *RFDA* 2017, p. 643.

Un article, une matière

L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et le droit administratif des biens

Mathilde Heitzmann-Patin

Professeur à l'Université du Mans

Ceci n'est pas une faute de frappe. L'article 16 n'est pas celui de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui paraît le plus lié au droit administratif des biens. S'il fallait en choisir un, l'on penserait en premier lieu à son article 17 qui protège le droit de propriété, tout en prévoyant les possibles expropriations. Pourquoi choisir l'article 16 quand l'article 17 protège, au côté de l'article 2, la propriété publique, et ce depuis la décision du 26 juin 1986¹ du Conseil constitutionnel ? Pourquoi choisir l'article 16 quand l'article 17 est l'un des fondements du droit de l'expropriation, partie fondamentale du droit administratif des biens, constituant une atteinte au droit de propriété privée² ? Cette association ne manquera donc pas de surprendre. L'article 16 n'apparaît pas, au premier abord, comme directement lié au droit administratif des biens. Selon cet article, « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Il est en général présenté comme l'article consacrant, en droit constitutionnel, certes la séparation des pouvoirs, le plus souvent exécutif et législatif, mais aussi comme « la clef de voûte des droits et

libertés »³, notamment en ce qu'en découlent le droit à un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, les droits de la défense et l'impartialité et l'indépendance des juridictions. L'on n'y voit alors aucun rapport spécifique avec le droit administratif des biens.

Pourtant, un certain nombre de décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de droit administratif des biens mobilisent l'article 16 de la Déclaration, particulièrement depuis la mise en œuvre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil d'État ne fait pas exception en usant de cet article parfois pour rejeter une demande de transmission de QPC au Conseil constitutionnel, considérant alors que le moyen soulevé n'est pas sérieux. Peut-on en déduire un lien spécifique entre cet article et la matière ?

Il convient d'abord de comprendre les raisons de la mobilisation de l'article 16 dans ces décisions. Cela implique un bref retour historique sur la mobilisation de cet article comme norme de référence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En quelques mots, cette mobilisation a été progressive et évolutive. Les délibérations désormais publiées de l'année 1994 sont

-
1. Cons. const., 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 58, décision dite « Privatisations ».
 2. Pour une étude sur le lien entre droit administratif des biens et le droit de propriété protégé par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, v. E. Langelier, « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens », *RDP* 2011, n° 6, p. 1493.
 3. R. Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouv. Cah. Cons. const.* juin 2014, n° 44, disponible en ligne.

éclairantes à ce sujet. L'on apprend ainsi que le Président Badinter était tout à fait opposé à la reconnaissance de l'article 16 comme fondement du principe du droit au recours, ce que proposait alors Noëlle Lenoir⁴. L'article 16 en tant que garantie des droits est apparu en 1994 avec « retenue »⁵. Les droits reconnus sur son fondement se sont ensuite multipliés⁶.

Les principes découlant de l'article 16 étant désormais légion, son invocation dans le cadre d'un contentieux en droit administratif des biens ne relève pas toujours des mêmes questions. Comme nous le verrons plus loin, plusieurs principes ont donc été invoqués selon l'article qui était contesté devant le Conseil constitutionnel, comme le respect des droits de la défense, des situations légalement acquises, la sécurité juridique... Parfois même l'article n'était pas invoqué par les requérants mais son respect a été examiné par le juge. Il ne sera pas ici question d'établir une liste exhaustive des décisions rendues en droit administratif des biens qui mobilisent l'article 16. Mais certaines d'entre elles nous permettront d'explorer quelques pistes liant cette matière à cet article, ou inversement.

Si la QPC n'a pas le monopole du lien potentiel entre droit administratif des biens et l'article 16, elle en constitue pourtant le catalyseur. L'on peut trouver des décisions juridictionnelles rendues en droit administratif des biens qui mobilisent l'article 16 en dehors de cette procédure spécifique. Toutefois, le recours à l'article 16 n'a rien de spécifique à la matière mais est davantage lié à des questions plus générales. Ainsi, dans une décision du 9 novembre 2011, le Conseil d'État affirme-t-il le caractère effectif – et non conforme à l'article 16 de la Déclaration – du recours ouvert contre les décisions de déclaration d'utilité publique d'une expropriation et contre les arrêtés de cessibilité⁷. Cette décision rendue en matière d'expropriation – que l'on n'aura pas de difficulté à admettre parmi les élé-

ments de droit administratif des biens – mobilise cet article de la Déclaration de 1789 à propos du droit au recours effectif. Les décisions rendues dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité peuvent-elles, de leur côté, permettre d'établir un lien plus étroit entre la disposition en cause et le droit administratif des biens ? Pas forcément. Le refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au second alinéa de l'article L. 11-2 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique (là encore) ainsi que des articles L. 111-1 et L. 112-1, alinéa 3 du Code de justice administrative l'illustre⁸. L'article L. 11-2 prévoit notamment que « L'utilité publique est déclarée par arrêté ministériel ou par arrêté préfectoral. » Mais il précise surtout qu'« un décret en Conseil d'État détermine les catégories de travaux ou d'opérations qui, en raison de leur nature ou de leur importance, ne pourront être déclarées d'utilité publique que par décret en Conseil d'État ». La contestation d'un tel décret devant le Conseil d'État fut alors l'occasion pour les requérants de remettre en cause la conformité à la Constitution de la dualité fonctionnelle du Conseil d'État, amené à la fois à donner son avis sur le texte puis, potentiellement, à statuer sur sa légalité par la suite. Les requérants invoquaient alors la méconnaissance du droit à un procès équitable découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Le Conseil d'État a, sans surprise, refusé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel au motif qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux. Le Code de l'expropriation est alors un prétexte et l'on ne peut en déduire un lien spécifique entre le droit administratif des biens et l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Certes, que la QPC a eu pour effet une certaine constitutionnalisation de toutes les branches du droit est un fait assez unanimement affirmé⁹. Comme de nombreux droits et libertés découlent de l'article 16 de la Déclaration, il peut

4. Procès-verbal de la délibération du 21 janv. 1994, spéc. p. 10 et s., disponible en ligne.

5. R. Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », préc.

6. Pour une étude exhaustive sur cet article, v. R. Fraisse, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », préc.

7. CE, 9 nov. 2011, n° 351890.

8. CE, 16 avr. 2010, n° 320667, *Association Alcalá et autres*.

9. Sur cette question, et de manière non exhaustive, v. V. Mazeaud, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouv. Cah. Cons. const.* 2015/3, n° 48, p. 5-20 ; J. Prevost-Gella, « Réflexions autour de la constitutionnalisation d'un point de procédure pénale : la motivation des peines en assises », *RDLF* 2019, chron. n° 07. Constitutionnalisation parfois contestée aussi : sur ce point, v. not. « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit », *Jus Politicum* juill. 2018, n° 20-21 (disponible en ligne), ainsi que Ph. Blacher, « Constitution et droit du travail : cinq ans de QPC », *LPA* 2015, p. 4.

sembler logique qu'il soit invoqué en QPC, y compris lorsque les dispositions contestées relèvent du droit administratif des biens. Pourtant, c'est davantage la méconnaissance des articles 2 et 17 de ce même texte qui est le plus souvent invoquée en cette matière. Il s'agira donc ici de s'interroger sur le rôle de l'article 16 de la Déclaration dans le contentieux constitutionnel du droit administratif des biens et, plus précisément, de déterminer si cet article, lorsqu'il est mobilisé, produit des effets davantage en faveur de l'administration ou des administrés. À la lecture d'un certain nombre de décisions rendues par le Conseil constitutionnel, comme par le Conseil d'État, l'article 16 peut apparaître principalement comme protecteur de l'administration (I). Toutefois, il se place aussi de manière incidente comme protecteur des administrés (II).

I. L'article 16, protecteur de l'administration à titre principal

La mobilisation de l'article 16 dans les décisions rendues en matière de droit administratif des biens dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité apparaît d'abord plutôt en faveur de principes constitutionnels protégeant les exigences de la puissance publique (A). En outre, l'article 16 garantit la sauvegarde des principes du droit administratif des biens protégeant les biens de l'administration (B).

A. La primeur ou la conciliation avec d'autres principes constitutionnels

La protection de l'administration passe d'abord par la protection des principes – au sens large – que celle-ci doit faire respecter, au nombre desquels figurent l'intérêt général mais aussi les objectifs de valeur constitutionnelle¹⁰. Ces objectifs doivent être conciliés avec d'autres exigences constitutionnelles¹¹. Le contentieux constitutionnel du droit administratif des biens est vecteur de

ces conciliations comme l'illustrent des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en 2012 et en 2019. Une première décision mobilise la jurisprudence du Conseil relative aux validations législatives à l'époque (aujourd'hui révoquée¹²) qui exigeait un but d'intérêt général pour déclarer une telle validation conforme à la Constitution. L'on rappellera ici que depuis la décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, le Conseil fonde sa jurisprudence relative aux validations législatives sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 et non plus sur l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Le droit administratif des biens fait alors son apparition dans la décision de 2012 car la validation dont il était question concernait l'arrêté du 8 août 2007 par lequel le maire de Paris a accordé à la Fondation d'entreprise Louis Vuitton un permis de construire sur le domaine public de la ville de Paris, pour l'édification d'un bâtiment à usage de musée dans l'enceinte du Jardin d'acclimatation. La disposition législative de validation était contestée au motif qu'elle aurait porté atteinte aux principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et du droit à un recours juridictionnel effectif. Or, le Conseil constitutionnel considère que le législateur « a entendu assurer la réalisation sur le domaine public d'un projet destiné à enrichir le patrimoine culturel national, à renforcer l'attractivité touristique de la ville de Paris et à mettre en valeur le Jardin d'acclimatation ; que, dans ces conditions, la disposition contestée répond à un but d'intérêt général suffisant »¹³. Après avoir ensuite déterminé que la portée de la validation avait été strictement définie, le Conseil en a conclu que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 16 devait être rejeté. L'article 16 était alors concilié avec un but d'intérêt général, considéré comme suffisant par le juge constitutionnel : la valorisation du domaine public au sens large. L'article 16 jouait ici doublement en ce qu'il est le fonde-

10. Pour deux études exhaustives sur ces principes constitutionnels, en dehors de tout lien avec la QPC, on pourra se référer à G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. BCSP, 2004 et P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. BPC, 2006.

11. V. G. Drago, « La conciliation entre principes constitutionnels », *D.* 1991, p. 265.

12. Depuis la décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France (Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »)*, le Conseil constitutionnel a calqué sa formulation sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme en requérant un motif impérieux d'intérêt général (v. cons. 3).

13. Cons. const., 24 févr. 2012, n° 2011-224 QPC, *Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne (Validation législative de permis de construire)*, cons. 5.

ment de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les validations législatives mais aussi en ce qu'il se trouvait constituer le fondement du recours mettant en avant la méconnaissance de la séparation des pouvoirs et du droit au recours effectif.

Toujours en 2012, une telle conciliation a aussi été opérée au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale. Était contesté l'article L. 13-17 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique qui prévoit, notamment, qu'en cas d'une telle expropriation, « le montant de l'indemnité principale ne peut excéder l'estimation du service des domaines [...] si une mutation à titre gratuit ou onéreux, antérieure de moins de cinq ans à la date de la décision portant transfert de propriété, a donné lieu à une évaluation administrative rendue définitive ». Selon la requérante, cette disposition contrevenait notamment aux principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de l'autorité judiciaire, en ce qu'elle liait le pouvoir du juge de l'expropriation. Après avoir rappelé « que l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 64 de la Constitution garantissent l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative »¹⁴, le juge constitutionnel a mis en avant que le législateur, par ces dispositions, poursuivait un but de lutte contre la fraude fiscale pour « inciter les propriétaires à ne pas sous-estimer la valeur des biens qui leur sont transmis ni à dissimuler une partie du prix d'acquisition de ces biens »¹⁵, but qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle. La réserve d'interprétation ensuite formulée n'est pas relative à une éventuelle contradiction avec l'article 16 mais avec l'article 17 de la Déclaration de 1789. En ce qui concerne l'article 16, le Conseil estime que la disposition ne lui porte pas atteinte. Ainsi, le fait que le juge n'ait pas les mains libres dans certaines situations donne un

objectif permettant l'atteinte aux dispositions de l'article 16.

Enfin, une décision de 2019 laisse encore ressortir plus clairement cette conciliation entre objectif de valeur constitutionnelle et article 16 en matière de droit administratif des biens. Était contestée une disposition de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage. Les requérants reprochaient notamment à cette disposition de prévoir un délai trop restreint pour agir contre une mise en demeure de quitter les lieux adressée par le préfet en cas de stationnement irrégulier, ce qu'ils considéraient contraires au droit au recours effectif ainsi qu'au respect des droits de la défense protégés par l'article 16 de la Déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel a d'abord relevé qu'« en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu garantir l'exécution à bref délai des arrêtés d'interdiction de stationnement des gens du voyage lorsque leur méconnaissance est de nature à porter atteinte à l'ordre public »¹⁶. Il a ensuite rappelé que les requérants pouvaient « présenter tous moyens à l'appui de leur requête en annulation jusqu'à la clôture de l'instruction qui n'intervient qu'à l'issue de l'audience publique »¹⁷, pour en conclure que le législateur avait concilié, de façon équilibrée, le droit à un recours juridictionnel effectif et l'objectif poursuivi. Ici, c'est la protection de l'ordre public qui l'emporte face à la protection du droit au recours juridictionnel effectif dans la mesure où la restriction de ce dernier est justifiée par la conciliation de ce droit avec les exigences de protection de l'ordre public.

L'article 16 de la Déclaration de 1789 semble donc avoir un effet plutôt protecteur de l'administration car les principes qu'il garantit s'effacent derrière des exigences d'intérêt général ou d'ordre public. De surcroît, la mobilisation de cet article a échoué à remettre en cause les principes protecteurs du domaine public des personnes publiques, dès lors que l'application de

14. Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-236 QPC, *Mme Marie-Christine J. (Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation)*, cons. 4. Sur cette décision, v. not. S. Gilbert, « L'article L. 13-17 du Code de l'expropriation est-il conforme à la Constitution ? », *AJDA* 2012, p. 1517.

15. Cons. const., 20 avr. 2012, préc., spéc. cons. 7.

16. Cons. const., 27 sept. 2019, n° 2019-805 QPC, *Union de défense active des forains et autres (Obligation d'accueil des gens du voyage et interdiction du stationnement des résidences mobiles)*, § 23.

17. *Ibid.*, § 24.

ces principes exclut toute situation légalement acquise ou conventions légalement conclues.

B. La conformité à la Constitution des principes protecteurs du domaine public

Parmi les principes inhérents au droit administratif des biens et, plus spécifiquement, au domaine public des personnes publiques, figurent ceux d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité. Déjà présents sous l'Ancien Régime, ils ont été confirmés par le Code général de la propriété des personnes publiques (ci-après CGPPP) dans son article L. 3111-1 qui dispose : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles. » Selon ces principes, aucun droit de propriété ni aucun démembrement d'un tel droit ne peut être constitué sur un bien du domaine public d'une personne publique, de même qu'aucun droit ou bien de ce type ne peut être acquis par prescription. Ainsi, les biens du domaine public sont spécifiquement protégés contre d'éventuelles négligences de l'administration, ce qui permet d'assurer le maintien de leur affectation à l'utilité publique (que cela soit par le biais d'un usage direct du public ou d'un service public).

Ces principes sont à l'origine de nombreux conflits entre administration et particuliers dans la mesure où certaines personnes privées ont acquis (ou du moins ont cru acquérir) des biens alors que ces principes les y empêchaient. Dès lors, par exemple, l'administration peut requérir de récupérer les biens prétendument acquis (par vente ou par prescription) ou encore demander la destruction d'ouvrages construits sur des terrains appartenant au domaine public. C'est ici qu'intervient l'article 16 de la Déclaration de 1789 ou, plus précisément, que certains administrés cherchent à l'invoquer. En effet, l'article 16 protège les éventuelles atteintes aux conventions légalement conclues et à des situations légalement acquises, et ce respectivement depuis les décisions n° 2002-465 DC¹⁸ et n° 2005-530 DC¹⁹.

C'est en se fondant sur ces principes qu'ont été soulevées des questions prioritaires de constitutionnalité, notamment celle contestant spécifiquement la conformité à la Constitution de l'article L. 3111-1 du CGPPP.

Cette question a été posée par une société d'antiquités qui avait acquis en 2002 une pierre du jubé de la cathédrale de Chartres. Sans entrer dans les détails, l'on peut relever que cette pierre avait été retirée de la cathédrale alors que cette dernière faisait déjà partie du domaine public de l'État. Ce dernier en a donc demandé la restitution et est né un contentieux, devant le juge judiciaire, en raison du refus de la société de rendre cette pierre. Lors du pourvoi en cassation contre l'arrêt confirmant le jugement ordonnant la restitution du bien, la société a posé une question prioritaire. Selon la requérante, en ce qu'il ne prévoit pas de dérogation pour les acquéreurs de bonne foi de biens meubles corporels, l'article L. 3111-1 du CGPPP méconnaissait les articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789. Le Conseil a considéré cette disposition conforme à la Constitution. Sa motivation est ici, une fois n'est pas coutume, limpide : « Il résulte de ce qui précède, d'une part, qu'aucun droit de propriété sur un bien appartenant au domaine public ne peut être valablement constitué au profit de tiers et, d'autre part, qu'un tel bien ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive en application de l'article 2276 du Code civil au profit de ses possesseurs successifs, même de bonne foi. Dès lors, les dispositions contestées ne portent pas atteinte à des situations légalement acquises, ni ne remettent en cause les effets qui pourraient légitimement être attendus de telles situations. Elles ne portent pas davantage atteinte aux conventions légalement conclues. Les griefs tirés de la méconnaissance des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 doivent donc être écartés. »²⁰ En d'autres termes, aucune atteinte à des situations ou conventions légales ne peut exister dans la mesure où ces situations ou conventions n'ont jamais été légales !

18. Cons. const., 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*.

19. Cons. const., 29 nov. 2005, n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*.

20. Cons. const., 26 oct. 2018, n° 2018-743 QPC, *Société Brimo de Laroussilhe (Inaliénabilité et imprescriptibilité des biens du domaine public)*, § 7. Sur cette décision, v. not. N. Foulquier, « Les principes fondamentaux de la domanialité publique et le Conseil constitutionnel », *AJDA* 2019, p. 1982, H. de Gaudemar, « Jubé au Conseil constitutionnel : la constitutionnalité consacrée de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du domaine public », *JCP G* 25 févr. 2019, n° 8, p. 370 et F. Grabias, « Inaliénabilité et imprescriptibilité du domaine public : le son de cloches assourdissant du Conseil constitutionnel », *Droit admin.* janv. 2019, n° 1, p. 36.

Cette décision peut être considérée comme annoncée par une décision plus ancienne rendue au sujet de la zone des cinquante pas géométriques. Un requérant a alors remis en cause la conformité à la Constitution de l'article L. 5112-3 du CGPPP, tel qu'interprété par la Cour de cassation. Selon lui, cette interprétation entraînait que la commission départementale de vérification des titres ne pouvait valider que les titres de propriété délivrés à l'origine par l'État ce qui, toujours d'après le requérant, était contraire, au droit de propriété (articles 2 et 17), au principe d'égalité (article 6) et à la sécurité juridique (article 16). Le moyen relatif à la sécurité juridique renvoie aux mêmes principes que ceux qui étaient en cause dans l'affaire de 2018 : le respect des situations légalement acquises et les conventions légalement conclues. Il s'agissait ici de conventions qui étaient, selon les requérants, légalement conclues. Le Conseil constitutionnel rejette l'ensemble des griefs au motif suivant : « Considérant qu'il ressort de l'édit de Saint-Germain-en-Laye de décembre 1674, du décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, de l'ordonnance du 9 février 1827, ainsi que des décrets du 21 mars 1882 et du 4 juin 1887, susvisés, qu'à l'exception de « ventes particulières » faites antérieurement à l'édit de 1674 qui les a validées, les terrains situés dans la zone des cinquante pas géométriques en Guadeloupe et en Martinique n'ont pu être aliénés que par l'État; qu'en conséquence, sous réserve des droits résultant d'une telle cession ou validation par l'État, *aucun droit de propriété sur ces terrains n'a pu être valablement constitué au profit de tiers*; qu'il s'ensuit que doit être écarté le grief tiré de ce que la disposition contestée, en vertu de laquelle les seuls titres opposables à l'État antérieurs à l'entrée en vigueur du décret du 30 juin 1955 sont ceux délivrés ou validés par lui, serait contraire au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789; qu'il en est de même des griefs tirés de la violation de la garantie des droits proclamée par son article 16 et du principe d'égalité devant la loi »²¹. La formulation est alors la même que celle utilisée quelques années plus tard.

Ici, l'article 16 de la Déclaration est donc invoqué par les requérants pour protéger des situations ou conventions qu'ils pensent légalement acquises ou conclues. Toutefois, il échoue à assurer cette protection dans la mesure où elles ne sont pas légales en raison, notamment, des principes inhérents au domaine public des personnes publiques. La protection de l'administration, et de ces biens du domaine public, est alors plus forte.

L'étude de ces différentes décisions jurisprudentielles illustre que l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne fait pas obstacle ni aux règles exorbitantes qui fondent en partie le droit administratif des biens, ni à la protection, dans le cadre de cette matière, de principes inhérents à la puissance publique. Mais cette analyse serait lacunaire si elle ne prenait pas en considération un certain nombre de décisions rendues par le juge constitutionnel et, de manière incidente, par le juge administratif suprême, qui pourraient faire infléchir l'affirmation première. En effet, sur certains aspects du droit administratif des biens, l'article 16 de la Déclaration de 1789 peut apparaître comme protecteur des administrés.

II. L'article 16, protecteur des administrés à titre incident

C'est par la protection de l'indemnisation des administrés (A) et celle de leur droit au recours effectif (B) que l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen peut être considéré comme protecteur incident des particuliers.

A. La protection de l'indemnisation des administrés

Deux thèmes particuliers du droit administratif des biens ont été vecteurs de protection des administrés par le biais de l'article 16 : celui des biens des sections de commune et celui de la délimitation du domaine public maritime naturel.

La première décision que l'on peut mentionner a été rendue au sujet des biens des sections de commune le 8 avril 2011. Était contesté l'article L. 2411-12-1 du Code général des collectivités territoriales (ci-après « CGCT ») qui prévoit le

21. Cons. const., 4 févr. 2011, n° 2010-96 QPC, *M. Jean-Louis de L. (Zone des 50 pas géométriques)*, cons. 6. Sur cette décision, v. not. L. Janicot et alii, « Droit de propriété [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (1^{re} partie)] », *LPA* 30 juill. 2012, n° 151, p. 11.

transfert à la commune de biens, droits et obligations d'une section de commune dans trois cas possibles : « lorsque depuis plus de cinq années consécutives, les impôts ont été payés sur le budget communal ou admis en non-valeur ; lorsque les électeurs n'ont pas demandé la création d'une commission syndicale alors que les conditions [étaient] réunies ; lorsque moins d'un tiers des électeurs a voté lors d'une consultation ». Les requérants contestaient cette disposition au regard du droit de propriété mais le juge constitutionnel a décidé de vérifier également sa conformité à la garantie des droits. L'article 16 n'était donc ici pas invoqué par les requérants mais a été, selon le commentaire de la décision rédigé par les services du Conseil, envisagé « par précaution » dans les observations du Premier ministre. Le Conseil constitutionnel a alors statué sur son éventuelle méconnaissance. Ces cas de transfert de propriété des biens des sections de commune à une commune ne sont pas les seuls envisagés par le CGCT. Toutefois, contrairement aux autres possibilités prévues, il n'est pas ici envisagé d'indemnisation pour les membres de la section. Le Conseil devait donc statuer sur le fait de savoir si ce cas présentait un motif d'intérêt suffisant justifiant l'atteinte à la situation légalement acquise. Selon le juge constitutionnel, « les dispositions contestées n'autorisent le transfert à titre gratuit des biens ou droits de la section que pour des motifs imputables aux membres de la section ou à leurs représentants ; qu'au demeurant, le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où le transfert de propriété entraînerait pour les membres de la section une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ; que, dans ces conditions, ces dispositions n'affectent pas une situation légalement acquise dans des conditions contraires à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 »²². Le grief a donc été écarté dans la mesure où le transfert

résulte, dans ce cas, de l'absence ou de l'abandon de gestion des biens par la section. La situation étant de leur fait, ils ne peuvent prétendre avoir été lésés par le transfert²³.

De façon tout à fait accessoire, mentionnons « l'instant communication » du Conseil constitutionnel dans cette décision au sein du commentaire rédigé par le service juridique. Il y est fait référence au fait que la QPC conduit le Conseil à statuer dans des matières très diverses, en rappelant notamment le discours de Jean-Louis Debré prononcé à l'occasion du premier anniversaire de cette procédure le 1^{er} mars 2011²⁴.

L'on peut remarquer que la contestation de cet article du CGPPP relatif aux sections de commune a été transmise au Conseil constitutionnel par le Conseil d'État alors qu'il avait refusé d'en transmettre une autre, sur le même thème, le 23 octobre 2015²⁵. Était alors contestée la conformité à la Constitution du dernier alinéa de l'article L. 2411-16 du CGCT. Selon la disposition alors remise en cause, le conseil municipal a compétence pour autoriser seul la vente de biens d'une section de commune lorsque cette vente « a pour but la réalisation d'un investissement nécessaire à l'exécution d'un service public, à l'implantation de lotissements ou à l'exécution d'opérations d'intérêt public ». Par conséquent, le conseil municipal, dans ce cas précis, peut décider de la vente d'un tel bien sans consulter les électeurs de la section considérée. Le requérant considérait alors qu'elle violait à la fois le droit de propriété (articles 2 et 17) et la garantie des droits (article 16). Pour rejeter l'ensemble des griefs, le Conseil d'État s'est appuyé sur deux éléments. D'abord, le conseil municipal ne peut procéder à cette vente que « pour des finalités déterminées, répondant à un but d'intérêt général suffisant »²⁶. En effet, cette vente n'est possible que lorsqu'elle « a pour but la réalisation d'un investissement nécessaire à l'exécution d'un service public ou d'une opération d'intérêt public ou, pour attirer de nouveaux habitants dans la

22. Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-118 QPC, *M. Lucien M. (Biens des sections de commune)*, cons. 8. Sur cette décision, v. not. L. Janicot et alii, « Droit de propriété [Chronique de jurisprudence constitutionnelle (1^{re} partie)] », préc. et A. Le Quinio, « Constitutionnalité du transfert aux communes des biens des sections de communes », *RFDA* 2011, p. 830.

23. Pour un exemple de décision reprenant le raisonnement du juge constitutionnel dans sa décision *Lucien M.*, v. Cons. const., 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC, *Société Électricité de France (Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation)*.

24. Commentaire de la décision Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-118 QPC, *M. Lucien M. (Biens des sections de commune)*, p. 1, disponible en ligne.

25. CE, 23 oct. 2015, n° 390080.

26. *Ibid.*, cons. 7.

commune, à l'implantation d'un lotissement »²⁷. Ensuite, il résulte du CGCT que « le produit de la vente doit être employé dans l'intérêt de la section »²⁸.

Si la mise en avant d'un but d'intérêt général suffisant nous renvoie à la protection de l'administration par la protection des buts qu'elle défend, ce qui nous intéresse ici au premier chef est la question de l'emploi du produit de la vente du bien de la section de commune. En effet, est finalement mise en avant la garantie des droits des électeurs de la section de communes car le bénéficiaire de la vente d'un tel bien ne peut être utilisé que dans l'intérêt de la section. Il est alors possible de rattacher cet argument à celui de la décision *Lucien M.* dans la mesure où cette dernière mettait en jeu l'indemnisation nécessaire du requérant. Des questions financières sont alors en jeu.

La décision relative aux biens des sections de commune peut, dans une certaine mesure, être considérée comme ayant annoncé une décision rendue sur les limites du domaine public maritime naturel. Était contesté le 1° de l'article L. 2111-4 du CGPPP. Selon cette disposition, « Le sol et le sous-sol de la mer entre la limite extérieure de la mer territoriale et, côté terre, le rivage de la mer. Le rivage de la mer est constitué par tout ce qu'elle couvre et découvre jusqu'où les plus hautes mers peuvent s'étendre en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles ». Parmi les nombreux griefs soulevés figuraient celui de la possible automaticité de l'incorporation des biens des requérants au domaine public naturel qui contreviendrait aux droits de la défense et au respect du contradictoire. Il ne semble donc pas fait mention, par les requérants, de l'atteinte aux situations légalement acquises. Le Conseil constitutionnel commence par rappeler « qu'un propriétaire riverain peut contester devant la juridiction compétente les actes de délimitation du domaine public maritime naturel ainsi que les actes pris sur le fondement de l'appartenance de terrains au domaine

public maritime naturel [et qu'il] peut prétendre à une indemnisation lorsqu'il justifie que l'absence d'entretien ou la destruction d'ouvrages de protection construits par la puissance publique ou la construction de tels ouvrages est à l'origine de cette incorporation »²⁹. Une indemnisation est alors possible lorsque l'incorporation automatique est due au fait de la puissance publique. Pour autant, c'est également une question financière qui conduit le Conseil à opérer, dans le considérant 8 de sa décision, une réserve d'interprétation. Le juge a estimé que le propriétaire riverain de la mer ne pouvait être contraint de détruire à ses propres frais une digue qu'il avait légalement érigée pour protéger sa propriété. La destruction forcée à ses frais de cet ouvrage serait contraire à la garantie des droits du propriétaire et, ainsi, à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Cette solution rejoint alors la décision relative aux biens des sections de commune dans la mesure où, ici, aucun frais ne semble pouvoir être mis à la charge du propriétaire car il n'a aucune responsabilité dans l'origine de son dommage. Au contraire, la décision de 2011 retenait la conformité de la non indemnisation des habitants des sections de commune car le transfert des biens leur incombait.

L'on peut mentionner que le renvoi de la question de la conformité de cet article au Conseil constitutionnel n'a pas été une évidence. D'une part, le Conseil d'État a d'abord rejeté la question dans une décision du 13 juillet 2011³⁰. Était alors contesté l'ensemble des articles L. 2111-4 et 5 du CGPPP. D'autre part, dans la décision de renvoi au Conseil constitutionnel de la question qui a donné lieu à la décision *SCI Pascal*, le Conseil a certes admis la question relative au 1° de l'article L. 2111-4 du CGPPP mais a rejeté, sans toutefois le motiver, celle relative à la conformité de l'article L. 2111-3 et 5 du CGPPP à l'article 16 de la Déclaration de 1789³¹.

L'article 16, qui consacre la garantie des droits, sert donc de fondement au juge constitu-

27. *Ibid.*, cons. 5.

28. *Ibid.*, cons. 7.

29. Cons. const., 24 mai 2013, n° 2013-316 QPC, *SCI Pascal et autre (Limite du domaine public maritime naturel)*, cons. 7. Sur cette décision, v. not. G. Eveillard, « La constitutionnalité de la consistance du domaine public maritime », *Droit admin.* oct. 2013, n° 10, p. 29 et N. Foulquier, « Le domaine public maritime naturel la soi-disant évidence de la nature », *AJDA* 2013, p. 2260.

30. CE, 13 juill. 2011, n° 347529.

31. CE, 13 mars 2013, n° 365115.

tionnel pour vérifier que les droits des requérants ne sont pas lésés, spécifiquement quand est en jeu une question financière. Il est également mobilisé pour assurer la protection du droit au recours effectif des administrés.

B. La protection du droit au recours effectif et de ses corollaires

L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen est le fondement du droit au recours effectif et de ses corollaires tels le droit à la défense ou encore le principe du contradictoire. Cet argument est souvent présenté devant le juge constitutionnel en matière de droit administratif des biens. Le juge constitutionnel semble y accorder une protection réelle tout en accueillant rarement ce moyen.

La première décision rendue en QPC en cette matière a toutefois donné lieu à une censure du juge constitutionnel. Il s'agissait de la contestation de l'article L. 321-5-1 du Code forestier relatif aux servitudes de passage et d'aménagement dans les bois classés et certains massifs forestiers sur le fondement, notamment, de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Le Conseil a considéré que le législateur avait adopté une disposition contraire à la Constitution en ne prévoyant pas une procédure « destinée à permettre aux propriétaires intéressés de faire connaître leurs observations ou tout autre moyen destiné à écarter le risque d'arbitraire dans la détermination des propriétés désignées pour supporter la servitude »³². En effet, une enquête publique n'était prévue que dans le cas où la servitude serait supérieure à six mètres. Dans les autres cas, les dispositions étaient donc contraires au recours et aux droits de la défense.

Pour autant, les décisions rendues postérieurement à cette dernière n'ont pas accueilli les moyens des requérants. Dans chacune d'entre elles, le juge constitutionnel a cherché à démontrer le respect du droit au recours juridictionnel

effectif par les dispositions contestées. À titre d'exemple, l'on peut noter la décision rendue le 16 mai 2012 sur l'ordonnance d'expropriation pour cause d'utilité publique³³. Était contestée la procédure selon laquelle le transfert de propriété des biens expropriés était ordonné par le juge de l'expropriation sans audition des expropriés et sans débat contradictoire. Selon les requérants, cette procédure méconnaissait notamment le droit à une procédure juste et équitable. Or, le Conseil constitutionnel relève que la déclaration d'utilité publique ainsi que l'arrêt de cessibilité peuvent être contestés devant le juge administratif. En outre, c'est notamment l'arrêt de cessibilité qui détermine précisément la liste des parcelles à exproprier. Cet arrêt, contrairement à la déclaration d'utilité publique, est notifié aux propriétaires concernés. Ces derniers, à l'occasion d'un recours contre l'arrêt de cessibilité, peuvent également contester la déclaration d'utilité publique par voie d'exception. Le Conseil constitutionnel a donc jugé que l'absence de débat contradictoire devant le juge de l'expropriation ne faisait pas obstacle au droit au recours et au respect du contradictoire : d'une part, ce recours est possible au préalable devant le juge administratif; d'autre part, le juge judiciaire de l'expropriation ne détermine pas les parcelles à exproprier et ne fait que contrôler le dossier transmis par l'autorité expropriante; enfin, l'ordonnance d'expropriation est susceptible de recours en cassation et l'ordonnance de fixation des indemnités est rendue après procédure contradictoire et est susceptible de recours³⁴. Le juge constitutionnel démontre ainsi que le droit au recours n'est pas méconnu car il existe des voies de recours effectives.

Il en a fait de même, par exemple, dans une décision rendue le 28 septembre 2012 sur la contestation de l'article L. 13-8 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique fondée notamment sur le droit au recours juridictionnel

32. Cons. const., 14 oct. 2011, n° 2011-182 QPC, *M. Pierre T. (Servitude administrative de passage et d'aménagement en matière de lutte contre l'incendie)*, cons. 8. Sur cette décision, v. not. H. Pauliat, « Le caractère absolu ou relatif du droit de propriété ? L'acceptation constitutionnelle de limitations justifiées et proportionnées », *JCP A* 2011, n° 48.

33. Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-247 QPC, *Consorts L. (Ordonnance d'expropriation pour cause d'utilité publique)*. Sur cette décision, v. not. P. Bourdon, « La procédure de transfert de propriété suivie devant le juge de l'expropriation : le malaise, malgré la constitutionnalité », *AJDI* 2013, p. 189 et S. Gilbert, « Constitutionnalité du caractère non contradictoire de l'ordonnance d'expropriation », *AJDI* 2012, p. 767.

34. Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-247 QPC, préc., spéc. cons. 6.

effectif³⁵. Cet article oblige le juge de l'expropriation à fixer le montant de l'indemnisation indépendamment des contestations quand existe, entre autres, une contestation sérieuse sur le fond du droit ou sur la qualité des réclamants. De la même manière que dans la décision du 16 mai 2012 précitée, le juge constitutionnel emploie ses considérants 5 et 6 à démontrer l'existence de voies de recours effectives pour rejeter la question³⁶. L'on peut noter également que le Conseil a rejeté une QPC relative à la prise de possession d'un bien exproprié selon la procédure d'urgence et a notamment écarté le grief selon lequel un recours qui ne serait possible que par voie de cassation méconnaîtrait l'article 16 de la Déclaration de 1789. En effet, selon l'article L. 15-5 du Code de l'expropriation, la décision fixant le montant des indemnités provisionnelles ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation. Dans cette décision, le juge constitutionnel précise que « le double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle »³⁷. Ainsi, le droit au recours n'implique pas le droit au double degré de juridiction³⁸.

Enfin, dans le même esprit, le Conseil d'État a, lui aussi, refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative au pre-

mier alinéa de l'article L. 2132-3 du CGPPP fondée sur le droit au recours effectif et le principe du contradictoire en arguant de l'existence, dans le cas considéré, d'une procédure juridictionnelle préalable³⁹. Selon cette disposition, « Nul ne peut bâtir sur le domaine public maritime ou y réaliser quelque aménagement ou quelque ouvrage que ce soit sous peine de leur démolition, de confiscation des matériaux et d'amende. » Or, selon le Conseil d'État, l'exécution des mesures de remise en l'état demandées aux propriétaires privés dépendent de « l'accomplissement régulier d'une procédure juridictionnelle préalable » garantissant le droit au recours effectif.

Ainsi, l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen n'est pas dénué de tout lien avec le droit administratif des biens et peut être considéré comme un article qui ne fait pas obstacle à l'application du droit exorbitant par l'administration. Si cet article semble être parfois mobilisé en faveur des propriétaires lésés par les règles spécifiques existant en droit administratif des biens, cette protection semble secondaire par rapport à celle des principes inhérents à cette matière.

35. Cons. const., 28 sept. 2012, n° 2012-275 QPC, *Consorts J. (Obligation pour le juge de l'expropriation de statuer sur le montant de l'indemnité indépendamment des contestations)*.

36. À titre d'exemple, il en fera de même, de façon plus ou moins développée, dans ses décisions n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *M. Antoine de M. (Classement et déclassé de sites)*, n° 2015-518 QPC du 2 février 2016, *Association Avenir Haute Durance et autres (Traversée des propriétés privées par les ouvrages de transport et de distribution d'électricité)* ou encore n° 2013-341 QPC du 27 septembre 2013, *M. Smaïn Q. et autre (Majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial pour stationnement sans autorisation)*. Sur l'affirmation, par le juge constitutionnel, de l'existence d'un droit à un recours juridictionnel effectif dans le cadre de l'établissement d'une servitude de reculement, v. égal. Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-201 QPC, *Consorts D. (Plan d'alignement)*.

37. Cons. const., 13 sept. 2013, n° 2013-338/339 QPC, *Société Invest Hôtels Saint-Dizier Rennes et autre (Prise de possession d'un bien exproprié selon la procédure d'urgence)*, cons. 8. Sur cette décision, v. not. M. Amilhat, « En urgence l'expropriation reste également à l'abri de la Constitution ? », *JCP G* 2013, n° 43, p. 1956 et J.-P. Grandemange, « Une décision de conformité aux fondements incertains », *AJDA* 2013, p. 2317.

38. Sur l'importance de l'article 16 en matière de protection des administrés dans le cadre de l'expropriation, v. J.-M. Auby et alii, *Droit administratif des biens, op. cit.*, p. 471.

39. CE, 7 mars 2012, n° 355009.

Un article, une matière

L'article 56 de la Constitution et le droit constitutionnel

Samy Benzina

Professeur à l'Université de Poitiers

Article 56 de la Constitution

« Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République.

Le Président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage. »

Parmi les dispositions constitutionnelles qui apparaissent aujourd'hui les plus anachroniques dans la Constitution du 4 octobre 1958, il nous semble que l'article 56 de la Constitution tient une place toute particulière au sein du droit constitutionnel français entendu à la fois comme

l'ensemble des règles constitutionnelles qui organisent et encadrent les pouvoirs publics et la discipline doctrinale qui a pour objet d'étude ces règles. Cet article 56 et sa pratique, par les autorités de nomination, sont devenus le point de focal principal des critiques contre le Conseil constitutionnel portant à la fois sur l'inadaptation des personnes qui y sont nommées et la présence des anciens présidents de la République. À chaque renouvellement partiel du Conseil constitutionnel, de nouvelles voix se font entendre pour dénoncer une ou plusieurs nominations. Cette attention dont fait aujourd'hui périodiquement l'objet l'article 56 de la Constitution est en fort contraste avec le peu d'intérêt porté à cette disposition lors de l'élaboration de la Constitution de 1958¹.

En effet, si on se fie aux versions successives de cet article, de sa première rédaction du 8 juillet 1959 issue du groupe de travail présidé par Michel Debré² à la version définitivement adoptée, force est de constater que les débats, tout du moins ceux auxquels il est possible d'avoir accès³, ont porté sur des éléments mineurs. La question de la composition proprement dite, c'est-à-dire le profil que devraient avoir les futurs membres du Conseil, n'est guère évoquée. Le problème de la compétence des membres et des conditions à leur nomination n'est jamais soulevé, il fut simplement supposé que seraient

-
1. V. plus généralement sur les débats concernant le Conseil constitutionnel lors de l'élaboration de la Constitution : B. Quiriny, « Le Conseil constitutionnel dans les travaux du Comité consultatif constitutionnel de 1958 », *RFDC* 2019, n° 117, p. 145.
 2. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, *Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1988, p. 381.
 3. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 confiait au Gouvernement l'établissement d'un projet de loi constitutionnelle. Ainsi, l'essentiel des débats tenus dans des groupes de travail ou lors de conseils interministériels n'a pas été retranscrit. Seuls les débats devant le comité consultatif constitutionnel et le Conseil d'État ont fait l'objet d'une retranscription puis d'une publication.

nommés dans cette nouvelle institution des juristes et des personnalités de premier plan⁴. Tout au plus, devant le Conseil d'État fut posée la question d'une éventuelle parité entre les membres nommés par le pouvoir exécutif et ceux nommés par le pouvoir législatif, compte tenu de la fonction d'arbitre que le Conseil aurait entre ces deux pouvoirs⁵. Certains ont aussi pu défendre la nécessité de prévoir la présence du premier président de la Cour de cassation et du vice-président du Conseil d'État parmi les membres nommés au Conseil⁶. La question de l'appartenance de droit des anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel ne fut en revanche pas questionnée, seul un membre du Conseil d'État, Roger Latournerie, l'évoqua pour s'en féliciter⁷.

Ce peu d'intérêt des membres du comité consultatif constitutionnel et des membres du Conseil d'État pour le Conseil constitutionnel en général, et sa composition en particulier, s'explique assez aisément. Il est lié au fait que cette institution et son rôle ne sont pas perçus comme des éléments centraux de la Constitution de 1958. La question de la place du président de la République, les rapports entre le Parlement et le Gouvernement ainsi que la relation entre la métropole et l'outre-mer ayant plus largement occupé les esprits.

Si les fonctions et les pouvoirs du Conseil constitutionnel pouvaient, dès 1958, apparaître importants⁸, ils étaient considérablement limités par deux éléments. D'une part, le Conseil ne pouvait apprécier la constitutionnalité d'une loi qu'au regard des dispositions de la Constitution de 1958, à l'exclusion en particulier du Préam-

bule⁹. Or, la Constitution elle-même ne contenait, pour l'essentiel, que des dispositions relatives au statut des organes constitutionnels, à la répartition des compétences entre ces organes et aux procédures qui leur étaient applicables. Le Conseil était ainsi pensé comme un simple répartiteur des compétences entre le Gouvernement et le Parlement et plus particulièrement « une arme contre la déviation du régime parlementaire »¹⁰. Comme l'écrivaient alors les commentateurs officiels de la Constitution en 1959 : « Le constituant, par l'institution du Conseil constitutionnel a voulu maintenir le Parlement dans son rôle et aménager une sanction des empiétements qui, dans le passé, ont souvent transformé le régime parlementaire en régime d'Assemblée »¹¹. D'autre part, les autorités pouvant saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité de la loi étaient peu nombreuses et susceptibles d'appartenir à la même majorité politique, rendant peu probable son intervention fréquente. Dès la première version de l'article 56 discutée lors d'une réunion du groupe de travail du 8 juillet 1958, un membre de ce groupe, François Luchaire, faisait justement remarquer que « le Conseil constitutionnel ne pouvant être saisi que par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat, [il] ne sera pas en réalité le gardien de la Constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'État »¹².

Le Conseil constitutionnel tel que conçu en 1958 était ainsi, pour reprendre la formule de Charles Eisenmann, « que bien peu de chose »¹³ et n'avait pas vocation à devenir une cour consti-

4. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, *Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La Documentation française, 1988, p. 163.

5. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. III, *Du Conseil d'État au référendum*, La Documentation française, 1988, pp. 372 et s.

6. *Ibid.*, p. 373.

7. *Ibid.*

8. Lors des débats devant le comité consultatif constitutionnel, M. Coste-Floret déclare, à contre-courant de certains de ses collègues, que « Je pense que ce Conseil constitutionnel est une des pièces maîtresses de l'avant-projet qui nous a été soumis » (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, *op. cit.*, p. 178).

9. *Ibid.*, p. 256 et s.

10. Michel Debré, « Allocution devant l'Assemblée générale du Conseil d'État le 27 août 1958 », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. III, *op. cit.*, p. 260.

11. J. Boitreaud, J. Foyer, F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel », in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. IV, *Commentaires de la Constitution (1958-1959)*, p. 302.

12. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, *op. cit.*, p. 382.

13. Ch. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur », *Le Monde*, 5 mars 1959.

tutionnelle¹⁴ qui participerait à façonner le droit et la pensée constitutionnels. Si l'expertise juridique des futurs membres paraissait alors souhaitable, l'expérience d'ancien parlementaire ou membre du Gouvernement apparaissait bien plus primordiale compte tenu du rôle qu'était censé jouer le Conseil notamment dans la résolution des conflits de compétence entre le Gouvernement et le Parlement.

Il n'est donc pas surprenant que dans les premières années de la V^e République, le Conseil constitutionnel soit largement demeuré dans l'angle mort de la doctrine. Un auteur relevant ainsi que « le Conseil constitutionnel demeura jusqu'aux changements décisifs de la première moitié des années 1970 une figure somme toute secondaire tant dans le jeu politique que dans sa représentation scientifique »¹⁵. Au point d'ailleurs, que le premier président du Conseil constitutionnel, Léon Noël, jugeait dans ses mémoires qu'« au cas où on n'y prendrait pas garde, l'intervention du Conseil constitutionnel serait susceptible de tomber peu à peu en désuétude »¹⁶. Les décisions du Conseil constitutionnel faisaient l'objet de peu de commentaires, la plupart des auteurs conservant une approche du droit constitutionnel essentiellement influencée, depuis la Seconde Guerre mondiale, par Maurice Duverger. Ce dernier défendait un droit constitutionnel plus en prise avec la réalité de la vie politique,

ayant pour objet l'analyse empirique des systèmes politiques. Cette approche était en rupture avec la conception normative du droit constitutionnel dominant avant 1945, accusée d'être trop dogmatique et théorique¹⁷.

Avec la démission du Général de Gaulle le 27 avril 1969, le Conseil constitutionnel est libéré de la figure tutélaire de la V^e République¹⁸. Dès qu'il en a eu l'opportunité, à l'occasion de la décision du 19 juin 1970¹⁹, il reconnut implicitement au Préambule de la Constitution la qualité de norme de référence du contrôle de constitutionnalité avec la fameuse référence « Vu la Constitution et notamment son préambule »²⁰. Avec ses décisions du 16 juillet 1971 *Liberté d'association*²¹ et du 27 décembre 1973 *Taxation d'office*²², il consacra explicitement le caractère normatif du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789. La révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 achèvera la révolution en habilitant 60 députés ou 60 sénateurs à saisir le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi : elle va permettre une augmentation considérable du nombre de saisines. En l'espace de quatre ans, le Conseil va passer d'institution politique mineure à un vecteur d'un nouveau droit constitutionnel. La production doctrinale sur le sujet s'accroît considérablement à partir des années 1970-1980 avec la constitution de l'« école aixoise »²³ qui défend le droit constitu-

14. V. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, op. cit., p. 249. Lors d'une réunion du 13 juin 1958 sous la présidence de De Gaulle cette question est directement tranchée par le général : « le président Cassin indique qu'il est hostile à l'idée d'une Cour constitutionnelle qui a été lancée dans la presse. Le général De Gaulle précise que cette idée n'a jamais été envisagée par le Gouvernement ».

15. O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum* 2009, n° 2.

16. L. Noël, *De Gaulle et les débuts de la V^e République, 1958-1965*, Plon, coll. « Espoir », 1976, p. 33.

17. V. en ce sens O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, Puf, 2010, 3^e éd., p. 259.

18. Gaston Palewski écrit dans ses mémoires que le Conseil n'aurait pas pu étendre son contrôle au Préambule de la Constitution tant que De Gaulle était au pouvoir dans la mesure où il lui « semblait absurde d'expliquer à l'auteur de la Constitution de quelle manière celle-ci devait être appliquée » (G. Palewski, *Mémoires d'action*, Plon, 1988, p. 292).

19. Cons. const., 19 juin 1970, n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes*.

20. Si on se fie à la délibération de cette décision accessible sur le site internet du Conseil, cette référence au préambule dans les visas n'est évidemment pas le fruit du hasard, mais le souhait de plusieurs membres comme François Luchaire, Georges-Léon Dubois ou encore Pierre Chatenet que le Préambule soit reconnu « comme une source de droit ».

21. Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, § 2.

22. Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC, *Loi de finances pour 1974*, § 2.

23. L'« école aixoise » désigne l'école de droit constitutionnel qui s'est développée à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence à l'initiative et sous la direction de Louis Favoreu. Sur ce sujet, voir notamment G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Puf, coll. « Thémis droit », 4^e éd., 2016, p. 11 et s.; P. Gaia, « L'école aixoise », in S. Mouton, X. Magnon (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Mare et Martin, à paraître.

tionnel comme un « droit de la Constitution sanctionné par un juge »²⁴. Une partie de la doctrine constitutionnaliste se convertit alors à ce « néo-constitutionnalisme »²⁵ en se donnant pour objet principal de recherche la Constitution, définie comme norme juridique suprême, telle qu'interprétée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁶. La jurisprudence constitutionnelle est alors présentée comme le moyen de faire du droit constitutionnel un « vrai » droit appliqué et sanctionné par un juge. Cette approche va être perçue, par une partie de la doctrine de droit constitutionnel, comme un moyen de relégitimer la discipline, de prendre ses distances avec la science politique et la conception essentiellement politique et institutionnelle du droit constitutionnel²⁷. Ainsi, l'autonomisation de la science politique au tout début des années 1970²⁸ combinée à l'émergence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel vont conduire la doctrine constitutionnaliste à se recentrer sur une « conception normative de la Constitution »²⁹. L'un des plus grands défenseurs de cette évolution, le doyen Louis Favoreu, écrivait en 1990, pour s'en féliciter, que « la Constitution a cessé d'être seulement une "idée" pour devenir une "norme", c'est-à-dire une règle juridique obligatoirement sanctionnée »³⁰.

Si l'émergence de la jurisprudence constitutionnelle va permettre de légitimer les juristes

« constitutionnalistes », en retour la doctrine s'attachera à légitimer le Conseil constitutionnel qui va apparaître progressivement comme un gardien des libertés et une véritable juridiction constitutionnelle³¹. Ce processus aboutit avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009 qui ont introduit la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Toutefois, s'il a longtemps existé une symbiose entre une partie de la doctrine et le Conseil constitutionnel, malgré la composition singulière de ce dernier, il nous semble qu'aujourd'hui, l'article 56 et sa pratique par les autorités de nomination sont progressivement devenus une cause de rupture entre une partie des constitutionnalistes et leur objet d'étude. Si les esprits simples voient certainement dans cette tendance une critique corporatiste liée à l'absence récurrente de professeur de droit parmi les membres de la Haute instance, il nous semble que la cause de ce schisme est plus profonde. Le Conseil constitutionnel a beaucoup évolué depuis 1959 et joue un rôle plus central encore depuis l'introduction de la QPC, au point d'être qualifié³² et de se qualifier lui-même de juridiction constitutionnelle³³. Un élément est cependant demeuré constant sur la même période : sa composition issue de l'article 56 de la Constitution. Hormis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui

24. V. l'article fondateur en la matière : L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, n° 1, p. 71.

25. Pour reprendre la formule de L. Favoreu : « Propos d'un néo-constitutionnaliste », in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, p. 4.

26. V. sur ce sujet : X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 233-254.

27. Olivier Jouanjan observe justement en ce sens que « La doctrine française du droit constitutionnel trouva, à partir de cette époque, une matière et une impulsion nouvelles : elle avait une jurisprudence à commenter et le droit constitutionnel pouvait commencer de prendre l'aspect ordinaire des disciplines juridiques qui, en France, passe moins par le commentaire des lois, que par le commentaire d'arrêtés » (O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », préc.).

28. M. Millet, « L'autonomisation d'une discipline. La création de l'agrégation de science politique en 1971 », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 2001, n° 4, pp. 95-116 ; Ph. Raynaud, « Le droit et la science politique », *Jus Politicum* 2009.

29. O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », préc., spéc. p. 258.

30. L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC* 1990, n° 1, p. 71.

31. V. notamment sur cette évolution : B. François, « Justice constitutionnelle et "démocratie constitutionnelle". Critique du discours constitutionnaliste européen », in *CURAPP, Droit et politique*, 1993, pp. 53-64.

32. V. par ex. R. Badinter, « Une longue marche "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Cah. Cons. const.* 2008, n° 25, p. 6. V. aussi : J.-J. Urvoas, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois sur la question prioritaire de constitutionnalité*, A.N., n° 842, 2013, p. 8. L'auteur du rapport estime ainsi que : « la création de la QPC a manifestement transformé le Conseil en une juridiction constitutionnelle pleine et entière et ce, de manière définitive ».

33. Sur son site internet, le Conseil se présente de la manière suivante : « *Le Conseil constitutionnel est une juridiction dont les audiences et séances suivent le rythme des requêtes dont il est saisi* ». Voir : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale>

a introduit un contrôle parlementaire sur les nominations, l'article 56 n'a pas fait l'objet de modification, ni formelle ni dans sa pratique. Or, si on pouvait justifier la composition quelque peu baroque du Conseil en 1959, il est difficile aujourd'hui d'affirmer qu'il s'agit d'une véritable cour constitutionnelle, jouant un rôle déterminant aussi bien dans la construction du droit constitutionnel que la constitutionnalisation des branches du droit, et d'admettre dans le même temps que sa composition puisse demeurer largement en décalage avec les standards européens, en faisant une large place à des personnalités sans expertise juridique.

La composition du Conseil constitutionnel est de longue date dénoncée par une partie de la doctrine³⁴ ; elle suscite aujourd'hui une littérature abondante³⁵ et des propositions de modification³⁶. Il ne s'agit donc pas de reprendre ici l'ensemble des éléments d'un débat bien connu. Plus restrictivement, nous entendons démontrer que l'article 56 de la Constitution et sa pratique sont largement en décalage avec le droit constitutionnel français. En effet, ils apparaissent d'abord contraires au droit constitutionnel, c'est-à-dire aux règles issues de la Constitution (I). Cet article et sa pratique sont ensuite de nature à délégitimer démocratiquement le droit constitutionnel tel que produit par le Conseil constitutionnel (II). Enfin, il nous semble que l'article 56 et sa pratique, plus que toute autre disposition de la Constitution, participent à l'appauvrissement du droit constitutionnel en tant que discipline doctrinale (III).

I. Une pratique de l'article 56 contraire au droit constitutionnel

Les nominations au Conseil constitutionnel de février 2019 ont montré avec une certaine évidence que la pratique de l'article 56 de la Constitution demeure très largement constante depuis 1959, malgré les évolutions qu'a connues le Conseil constitutionnel ces soixante dernières années. Cette pratique consiste à nommer principalement des personnalités qui n'ont ni expertise juridique de très haut niveau ni de véritable connaissance de la justice constitutionnelle. Ainsi, le président de la République et les présidents des deux assemblées ont choisi Alain Juppé, Jacques Mézard et François Pillet pour siéger au Conseil constitutionnel. Si J. Mézard, sénateur, et ministre entre 2017 et 2018, et F. Pillet, sénateur, sont avocats, il semblerait qu'il ne s'agissait là que d'un élément accessoire pour les autorités de nomination, leur expérience politique et leur lien avec leur autorité de nomination semblant avoir été décisifs³⁷, comme souvent en la matière³⁸. Le doyen Favoreu, défendant la composition du Conseil constitutionnel, avait tenté de démontrer que les membres nommés avaient souvent une ou des qualifications juridiques, écartant ainsi l'argument selon lequel les juristes ne seraient pas majoritaires au sein du Conseil³⁹. Mais il omettait alors un élément essentiel : il ne suffit pas d'avoir un diplôme juridique pour être membre d'une cour constitutionnelle. En effet, dans la plupart des autres États européens, pour être nommé à la cour constitutionnelle, encore faut-il être un juriste qui, par son expérience, sa connaissance du droit

34. Les premières nominations faisaient déjà l'objet de critiques sévères : voir Ch. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur », *Le Monde*, 5 mars 1959 ; M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5^e éd., 1960, p. 649.

35. Pour une perspective générale sur le sujet, voir notamment : L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* 1994, n° 2, p. 557 ; F. Hourquebie, « Les nominations au Conseil constitutionnel », *PA*, n° 108, 2001, pp. 9-15 ; C. Grewe, « La question du statut des juges constitutionnels », in D. Rousseau (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, L'Harmattan, 2004, p. 77 ; D. Rousseau, « Une procédure de nomination toujours discutable », *LPA*, n° 254, 2008, pp. 101-102 ; P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* 2010, n° 5.

36. V. notamment Rapport Winock-Bartelone, *Refaire la démocratie*, A.N., Rapport n° 3100, 2015, prop. n° 17.

37. V. notamment dans la presse généraliste : N. Raulin, « Conseil constitutionnel : les noms dits de Macron », *Libération*, 10 février 2019 ; J.-B. Jacquin, C. Pietralunga, « Alain Juppé quitte la mairie de Bordeaux pour rejoindre le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 14 février 2019.

38. Même les rares professeurs de droit nommés au Conseil constitutionnel peuvent ne l'avoir été qu'au regard de considérations politiques, leur qualité de professeur n'étant alors qu'un bonus. L'exemple de Nicole Belloubet, qui avait détenu des mandats politiques, est en la matière assez topique, elle remarquait elle-même qu'« Il n'y avait pas de logique à ce que je devienne membre de ce Conseil. Il y avait juste les conditions. Les circonstances ont fait le reste » (G. Laval, « Nicole Belloubet. Bien sage », *Libération*, 12 mars 2013).

39. L. Favoreu, « Les juges constitutionnels », *AJC* 1998, IV, p. 141-155.

et son expertise, jouit d'une grande reconnaissance dans la communauté des juristes⁴⁰. Compte tenu de l'importance de telles fonctions dans une démocratie, il ne suffit donc pas d'être un juriste, il faut être un des tout meilleurs juristes reconnus au plan national pour espérer pouvoir être considéré à une telle fonction. Quant à Alain Juppé, lors de son audition par la commission de l'Assemblée nationale au titre de l'article 13 de la Constitution, il admettait avec une grande franchise : « je ne suis pas un juriste. Certes j'ai fait du droit constitutionnel et du droit administratif à SciencePo, mais là aussi on peut parler de droit à l'oubli »⁴¹. Si ces nominations n'ont donc rien d'exceptionnel, elles apparaissent aujourd'hui, comme l'a rappelé la doctrine⁴², incompatibles avec la nature juridictionnelle du Conseil et encore plus avec la volonté de « faire du Conseil constitutionnel une cour constitutionnelle de référence »⁴³.

Ces nominations de 2019 ne font qu'illustrer un problème plus général qui est celui de la contrariété de l'article 56 et de sa pratique avec certaines règles du droit constitutionnel français. Comme l'avait déjà relevé Patrick Wachsmann⁴⁴, ces nominations n'apparaissent en effet pas conformes à l'article 6 de la Déclaration de 1789 tel qu'interprété... par le Conseil constitutionnel. Celui-ci dégage de l'article 6 une norme constitutionnelle selon laquelle les nominations aux dignités, places et emplois publics doivent tenir compte « des capacités requises pour l'exercice des attributions »⁴⁵. En particulier, le Conseil

constitutionnel exige que les fonctions juridictionnelles soient en général soumises à des conditions de capacité⁴⁶. Il a par exemple pu juger que « les connaissances juridiques constituent une condition nécessaire à l'exercice de fonctions judiciaires » et que « l'exercice antérieur de "fonctions impliquant des responsabilités ... dans le domaine ... administratif, économique ou social" ne révèle pas par lui-même, quelles que soient les qualités professionnelles antérieures des intéressés, leur aptitude à rendre la justice ; qu'en définissant de telles catégories de candidats aux fonctions de juge de proximité sans préciser le niveau de connaissances ou d'expérience juridiques auquel ils doivent répondre, le législateur organique a manifestement méconnu l'article 6 de la Déclaration de 1789 »⁴⁷. Ainsi, même pour les juridictions constituées de juges non professionnels, le Conseil constitutionnel s'assure que le législateur a prévu des conditions d'élection ou de nomination présentant de réelles garanties en termes de compétences professionnelles⁴⁸.

Si le Conseil constitutionnel est une juridiction, il doit alors nécessairement être soumis à ces mêmes exigences de capacité et de connaissances juridiques qu'il impose aux autres juridictions. Pourtant, au vu de la pratique de l'article 56 de la Constitution, les autorités de nomination et les commissions compétentes des assemblées soit ne font pas des capacités du candidat à exercer des fonctions de juge constitutionnel une condition à la nomination, soit

40. Par ex., l'article 159 § 2, de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 dispose que : « Les membres de la Cour constitutionnelle sont nommés parmi les magistrats et les procureurs, les professeurs des universités, les fonctionnaires publics et les avocats, tous seront des juristes à la compétence reconnue, exerçant leur profession depuis plus de quinze ans ».

41. Audition accessible à l'adresse suivante : http://videos.assemblee-nationale.fr/video.7309242_5c6eacc890b5e.commission-des-lois--m-alain-juppe-et-m-jacques-mezard-proposes-a-la-fonction-de-membre-du-conseil-21-fevrier-2019

42. Plusieurs universitaires ont publié des tribunes contestant ces nominations, voir notamment : Ph. Blachère, W. Mastor, « Les nominations politiques au Conseil constitutionnel nuisent à sa légitimité », *Huffingtonpost*, 14 février 2019 ; S. Benzina, « La dangereuse fragilité du Conseil constitutionnel », *AOC*, 19 février 2019 ; P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel démettra-t-il d'office d'Alain Juppé ? », *Blog MédiaPart*, 19 février 2019 ; Th. Hochmann, « Conseil constitutionnel : "L'expertise requise est avant tout juridique, pas politique" », *Le Monde*, 21 février 2019 ; E. Lemaire, « Réformons en profondeur le Conseil constitutionnel », *Libération*, 21 février 2019 ; J. Roux, « Des politiques nommés au Conseil constitutionnel, une anomalie française », *Le Figaro*, 24 février 2019.

43. V. De Senneville, D. Seux, « Le Conseil constitutionnel doit être une balise dans une société française anxiogène » (interview de Laurent Fabius), *Les Échos*, 27 mai 2016. V. l'analyse très juste de Thomas Hochmann sur cette prétention : Th. Hochmann, « Et si le Conseil constitutionnel était une "Cour constitutionnelle de référence" ? », *RDLF* 2019, chron. n° 32.

44. P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* 2010, n° 5.

45. Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-94 QPC, *M. Robert C. [Nomination aux emplois supérieurs de la fonction publique]*, § 4.

46. Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, § 10.

47. Cons. const., 20 fév. 2003, n° 2003-466 DC, *Loi organique relative aux juges de proximité*, § 14.

48. Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-241 QPC, *EURL David Ramirez [Mandat et discipline des juges consulaires]*, § 28-32.

n'ont pas véritablement conscience de ce que sont ces capacités, comme le montrent tant les profils choisis que les questions posées aux candidats lors des auditions⁴⁹. Dans certaines hypothèses, l'expertise juridique d'un candidat peut même être la raison pour laquelle une autorité exclut sa nomination⁵⁰. On notera qu'un nombre considérable de personnes nommées au Conseil constitutionnel français n'aurait pas les compétences requises pour l'exercice des fonctions dans la plupart des autres États européens⁵¹.

Surtout, indépendamment de la capacité des candidats à exercer les fonctions de juge constitutionnel, l'élément qui apparaît le plus en contradiction avec le principe constitutionnel d'égalité d'accès aux places et emplois publics est la propension des autorités de nomination à choisir une partie des candidats non pas sur la base de leurs mérites personnels, mais au regard de considérations purement politiques. Il peut tout d'abord s'agir de récompenser des soutiens politiques fidèles, ce qui semble avoir été le cas, si on se fie à la presse⁵², dans les dernières nominations. Le pouvoir de nomination a pu aussi être utilisé par le président du Sénat afin de favoriser les membres issus de son assemblée⁵³. Un tel pouvoir peut également être mobilisé dans des stratégies politiques plus ou moins complexes. Un exemple topique est celui de la tentative de nomination de Michel Mercier au Conseil constitutionnel par le président du Sénat, Gérard Larcher, durant l'été 2017. Les médias présentaient alors cette nomination comme une tentative de

la part du président du Sénat d'éviter que M. Mercier, alors pressenti pour être le candidat de la République en marche à la présidence du Sénat, devienne une menace à sa réélection lors du renouvellement partiel de septembre 2017⁵⁴. Cette nomination n'a pas échoué à cause d'une quelconque opposition de la commission des lois du Sénat, qui a validé la candidature, mais par le renoncement de M. Mercier à siéger au Conseil du fait de l'emploi d'un membre de sa famille comme assistant parlementaire⁵⁵. Il est assez curieux de voir des autorités de nomination utiliser ce pouvoir, conféré par la Constitution, non pas afin de nommer les personnes les plus aptes à exercer les fonctions de juge constitutionnel, mais afin de servir des intérêts partisans/personnels. On peut d'ailleurs se demander si pour certaines de ces nominations, à supposer qu'elles puissent être contestées⁵⁶, l'existence d'un détournement de pouvoir ne pourrait pas être raisonnablement soutenue.

La pratique des nominations au Conseil constitutionnel est donc loin du cadre constitutionnel et de l'esprit qui devrait guider les autorités de nomination dans le choix des candidats. En cela, l'introduction d'un contrôle parlementaire par la révision constitutionnelle de 2008 n'est pas apparue comme un remède efficace. Au-delà de l'incompatibilité manifeste entre la pratique de l'article 56 de la Constitution et certaines règles du droit constitutionnel, cette pratique tend à délégitimer démocratiquement le droit constitutionnel français.

49. Les auditions organisées par les commissions des lois des deux assemblées présentent dans l'ensemble peu d'intérêt dans la mesure où les questions sont rarement pertinentes et quand elles le sont, les candidats se réfugient pour l'essentiel derrière le devoir de réserve pour refuser de répondre à toute question qui viserait à identifier une quelconque pensée constitutionnelle ou apprécier leur maîtrise de la jurisprudence constitutionnelle.

50. V. N. Raulin, « Conseil constitutionnel : les noms dits de Macron », *Libération*, 10 février 2019. La journaliste relève que lors des nominations de 2019, le président de l'Assemblée nationale entendait « installer dans [le] fauteuil de la rue de Montpensier une juriste respectée. Las ! c'est au tour de Macron de se braquer. Le chef de l'État exclut d'abandonner le Conseil constitutionnel aux seuls professionnels du droit. C'est au sein du personnel politique qu'il convient de trouver des remplaçants aux anciens élus qui siègent rue de Montpensier, argue-t-il ».

51. V. P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* 2010, n° 5.

52. J.-B. Jacquin, C. Pietralunga, « Alain Juppé quitte la mairie de Bordeaux pour rejoindre le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 14 février 2019.

53. On notera par exemple que l'actuel président du Sénat, Gérard Larcher, a nommé quatre sénateurs (dont M. Mercier) parmi les six nominations qu'il a effectuées depuis qu'il est titulaire de cette fonction.

54. V. C. Pietralunga, J.-B. de Montvalon, « Michel Mercier proposé au Conseil constitutionnel par Gérard Larcher », *Le Monde*, 26 juillet 2017.

55. B. Jérôme, « Michel Mercier renonce à intégrer le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 9 août 2017.

56. CE, Ass., 9 avr. 1999, n° 195616, *Mme Ba*. Le Conseil d'État juge qu'« il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle le Président de la République nomme, en application des dispositions de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, un membre du Conseil constitutionnel ». Cela signifie qu'en l'état du droit, les décisions de nomination au Conseil constitutionnel sont des actes de gouvernement insusceptibles de recours.

II. Une pratique de l'article 56 délégitimant le droit constitutionnel

Sous l'empire de la Constitution du 4 octobre 1958, la souveraineté appartient au peuple qui est donc la source de la puissance publique au sein de l'État. Les organes de l'État n'exercent cette puissance publique que sur délégation du peuple par le truchement en particulier de la Constitution qui habilite tel ou tel organe à exercer tel ou tel pouvoir. Les juridictions n'exercent ainsi le pouvoir de trancher les différends que parce qu'il leur est délégué soit par le peuple directement, à travers la Constitution, soit par ses représentants par le biais de la loi. Cela explique que la formule « Au nom du peuple français » se trouve en entête de l'ensemble des décisions de justice, à l'exclusion notable des décisions du Conseil constitutionnel.

Il est souvent argué, à juste titre, que le contrôle de constitutionnalité n'est en rien antidémocratique, que dans le cadre du constitutionnalisme moderne, il tire sa légitimité, outre du fait qu'il n'aurait pas le dernier mot⁵⁷, notamment de son rôle de garant de l'État de droit en soumettant l'ensemble des gouvernants aux règles constitutionnelles ce qui permettrait, en protégeant la volonté constituante du peuple, l'avènement d'une « démocratie constitutionnelle »⁵⁸. En outre, sous la V^e République, le Conseil constitutionnel est l'une des rares institutions contre-majoritaires face à un présidentialisme tout puissant susceptible de dérives liberticides. Il n'en reste pas moins qu'en tant qu'il exerce un pouvoir délégué par le peuple, le Conseil constitutionnel a l'obligation de rendre compte de l'usage de ce pouvoir au souverain en application de l'article 15 de la Déclaration de 1789, interprété largement, selon lequel « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Et ce d'autant plus que les évolutions de ces dernières

décennies ont conduit à faire du Conseil constitutionnel le principal créateur de normes constitutionnelles. Au point que certains ont pu qualifier ce phénomène de « triomphe du droit constitutionnel jurisprudentiel »⁵⁹. Comme le relève justement un auteur « la logique profonde du droit constitutionnel moderne consiste dans l'identification de l'autorité de la constitution écrite à celle des interprétations qu'en donne le juge », il ajoute qu'« on fait "comme si" ce qu'a dit le juge ne se distinguait pas de ce qu'a dit le constituant ou le législateur ordinaire, mais au contraire s'y incorporait totalement »⁶⁰.

Or, compte tenu du rôle considérable du Conseil constitutionnel dans la construction du droit constitutionnel et dans le contrôle de la législation ainsi que de la centralité des normes constitutionnelles dans l'ordre juridique, les exigences démocratiques imposent que le titulaire d'un tel pouvoir rende des comptes de son utilisation au souverain. En particulier, le Conseil constitutionnel est censé exercer le pouvoir qui lui a été délégué conformément à son habilitation constitutionnelle. Cela implique notamment qu'en tant que juridiction, il doit rendre compte, dans ses décisions, du raisonnement juridique qu'il l'a conduit à découvrir une nouvelle norme constitutionnelle ou à censurer la loi. De même, ce pouvoir de contrôler la constitutionnalité de la loi a été spécifiquement confié par le souverain à des juges constitutionnels nommés par ses représentants qui doivent donc l'exercer pleinement et personnellement.

Toutefois, la pratique de l'article 56 de la Constitution tend au contraire à provoquer un double phénomène délégitimant l'édifice jurisprudentiel créé par le Conseil constitutionnel et par voie de conséquence le droit constitutionnel dans son ensemble. En premier lieu, cette pratique peut favoriser un contrôle politique de la loi plutôt qu'un contrôle juridique (A). En second lieu, elle est à l'origine du fonctionnement très

57. V. en ce sens : L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* 1994, n° 2, p. 557 (sur l'argument du Conseil constitutionnel comme simple aiguilleur); G. Vedel, « Schengen et Maastricht (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA* 1992, n° 2, p. 173 (sur la théorie du lit de justice constitutionnelle).

58. Sur cette idée de « démocratie constitutionnelle », voir : D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008.

59. V. en ce sens : A. Delcamp, « Après le triomphe du "droit constitutionnel jurisprudentiel", peut-on encore "penser" les institutions ? », *RFDC* 2014, n° 100, p. 865.

60. D. Baranger, « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" » in O. Beaud, Ph. Conte et P. Wachsmann (dir.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, Dalloz, coll. « Jus Politicum », 2019, p. 125, spéc. p. 132.

particulier du Conseil qui peut conduire à marginaliser les juges constitutionnels dans la prise de décision (B).

A. Un article 56 favorisant un contrôle politique

Il semble exister un hiatus entre la manière dont la doctrine constitutionnaliste d'une part et la classe politique d'autre part perçoivent la nature du contrôle de constitutionnalité effectué par le Conseil constitutionnel. Alors que la doctrine semble en majorité voir dans le contrôle de constitutionnalité une véritable fonction juridictionnelle dont le rôle est essentiellement de trancher des questions de droit au moyen de techniques et raisonnements juridiques, la pratique de l'article 56 de la Constitution montre que les autorités de nomination persistent à y voir un contrôle de nature politique. Contrôler la constitutionnalité de la loi implique en général une méthode particulière : le juge doit interpréter la Constitution afin d'en tirer des normes constitutionnelles et déterminer leur portée ; s'assurer, le cas échéant, que la loi a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution ; interpréter la loi et déterminer si elle poursuit au minimum un objectif d'intérêt général ; concilier cet objectif poursuivi par la loi avec les normes constitutionnelles applicables ; déterminer si les moyens choisis par le législateur, c'est-à-dire les dispositions législatives en cause, ne portent pas une atteinte disproportionnée à telle ou telle norme constitutionnelle au regard de l'objectif poursuivi ; ce contrôle de proportionnalité implique notamment de s'assurer que l'atteinte à une norme constitutionnelle est entourée de garanties suffisantes. Or, le caractère relativement technique d'un tel contrôle, propre à une juridiction, suppose des méthodes et un raisonnement juridiques très précis que ce soit dans l'interprétation de la Constitution, et donc de la détermination de l'existence et de la portée d'une norme constitutionnelle, ou dans le contrôle des atteintes à une norme constitutionnelle qui implique de pouvoir justifier de manière méthodique pourquoi le juge estime que l'atteinte est ou non proportionnée.

Pourtant, il semble que pour les autorités de nomination, les méthodes et les raisonnements du juge constitutionnel relèvent avant tout d'une appréciation politique et non juridique. C'est au fond l'idée que le contrôle de constitutionnalité serait rétif à toute juridicisation : sous des apparences juridiques, le contrôle du Conseil constitutionnel demeurerait fondamentalement politique. Les méthodes et raisonnements juridiques ne serviraient alors qu'à habiller rétrospectivement des décisions ontologiquement politiques. La nomination de personnalités qui ont été confrontées au suffrage universel et ayant une expérience pratique des institutions et de l'exercice du pouvoir serait alors non seulement appropriée, mais indispensable. À n'en pas douter, la légitimité des nominations politiques au Conseil constitutionnel est en partie fondée sur l'idée que derrière son apparence juridictionnelle, cette institution exerce avant tout des fonctions politiques qui supposent une expertise politique. Cette justification à la pratique des autorités de nomination apparaît pourtant fragile et manifeste une méconnaissance de l'office du juge constitutionnel⁶¹.

Certes, le contrôle de constitutionnalité a nécessairement une dimension politique dans la mesure où il suppose que le juge peut, par son pouvoir d'interprétation du droit qui n'est pas toujours aisément différenciable d'un pouvoir de création du droit, poser des normes constitutionnelles, faire prévaloir certaines normes constitutionnelles sur d'autres et fixer les limites ou seuils que la loi ne peut pas franchir lorsqu'elle restreint un droit ou une liberté constitutionnel⁶². Toutefois, cette dimension politique est en réalité intrinsèque à la fonction de juger. Tout juge doit, par son pouvoir d'interprétation, déterminer les normes applicables au litige et concilier des normes contraires. Certes, l'office du juge constitutionnel se singularise dans la mesure où sont en cause des normes constitutionnelles généralement indéterminées, mais il reste l'office d'un juge qui doit trancher une question de droit. Il y a d'ailleurs une grande similarité, au moins en matière de droits fondamentaux, entre le contrôle de constitutionnalité des lois effectué

61. Sur le sujet de l'office du juge constitutionnel, voir C.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle », 2015, 593 p.

62. V. notamment en ce sens : J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum* 2012, n° 7.

par le Conseil constitutionnel et le contrôle de conventionnalité des lois exercé par les juridictions ordinaires⁶³. Or, dans ce second cas, la dimension politique du contrôle de conventionnalité n'interdit pas pour autant aux juridictions judiciaires et administratives, constituées principalement de juges professionnels, d'effectuer un contrôle juridique.

En outre, le pouvoir discrétionnaire du juge est censé être encadré par la mobilisation de techniques juridictionnelles, comme le contrôle de proportionnalité, qui imposent au juge de suivre une méthode dont il déduira une solution. L'obligation de motivation des décisions est une garantie que le juge constitutionnel suivra un raisonnement formellement juridique dans la mesure où il devra justifier, en exposant les normes prises en compte, le contexte ou la méthode retenue et les différentes étapes qu'elle implique, comment il arrive à la décision prononcée. Le lecteur de la décision doit alors être en mesure de retracer le cheminement intellectuel du juge et d'évaluer si le raisonnement juridique tenu et la solution à laquelle il arrive sont ou non cohérents et convaincants. La qualité de la motivation est ainsi un enjeu important de légitimation de la solution dans la mesure où elle va permettre de réduire l'impression d'arbitraire ou le caractère partisan de la décision.

Autrement dit, la dimension politique du contrôle de constitutionnalité sera d'autant plus marquée que le raisonnement du juge n'est pas ensermé dans un cadre juridique déterminé. Cela lui confère en effet un large pouvoir discrétionnaire, risquant de dériver vers l'arbitraire, dont sera tirée une solution difficile à justifier juridiquement. Or, au risque de formuler un truisme, plus la composition du Conseil est politique, moins le raisonnement du juge peut être juridique. Le droit est une discipline qui suppose l'apprentissage d'une culture juridique ainsi que de méthodes et raisonnements particuliers qui

ne sont acquis qu'après de longues études et une pratique professionnelle régulière. Une personnalité nommée au Conseil constitutionnel qui n'aurait pas acquis la culture, la méthode et l'expérience adéquates ne serait tout simplement pas en mesure de pleinement raisonner en droit. Elle sera conduite à porter un jugement politique sur la loi dans la mesure où elle n'est pas en mesure de l'appréhender dans un cadre juridique déterminé. Le risque est alors que les discussions et les raisonnements tenus par les membres se rapprochent plus de ceux d'une assemblée parlementaire que d'une véritable juridiction. La composition politique induit par conséquent un risque considérable de contrôle politique⁶⁴. Il ne s'agit pas d'arguer que les juristes seraient drapés de toutes les vertus et seraient incapables de laisser leurs convictions politiques l'emporter sur les considérations juridiques. Mais il s'agit de remarquer que si la présence de professionnels du droit n'est pas un obstacle absolu contre les dérives, elle garantit au minimum que les membres comprendront les enjeux juridiques de l'affaire et qu'ils tenteront de formuler une réponse ayant une véritable rationalité juridique à la question de droit qui leur est posée. On peut par conséquent avancer que plus le Conseil est composé de personnalités au profil principalement politique, moins il est démocratiquement légitime. En effet, si le contrôle de la Haute instance est moins juridique et plus politique, il conduit à ce que le Conseil constitutionnel puisse outrepasser son habilitation en ne s'attachant pas à un contrôle juridique visant à s'assurer de la conformité de la loi à la Constitution, mais en permettant à des juges constitutionnels non élus d'exercer un véritable contrôle politique visant à créer des normes constitutionnelles en se substituant au pouvoir constituant ou à évaluer l'opportunité de la loi contrôlée.

Il pourrait être argué que ce risque de contrôle politique apparaît bien souvent comme un simple

63. V. notamment sur ce point O. Dutheillet de Lamothe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315 ; C. Grewe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : à la recherche d'une frontière introuvable », *RFDC* 2014, n° 100, p. 961-970 ; E. Dubout, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP* 2013, n° 1, p. 107-134.

64. Certains témoignages d'anciens membres du Conseil semblent soutenir ce risque de contrôle politique du Conseil constitutionnel. V. par ex. P. Joxe, *Cas de conscience*, Labor et Fidès, 2010, p. 159-160. Dans son ouvrage, l'auteur relève que durant son mandat au Conseil constitutionnel, « dans une vingtaine de circonstances, c'est une question politique majeure, posant des problèmes constitutionnels évidents, qui a reçu contre mon gré sa réponse politique, revêtue d'un costume juridique plus ou moins élégant, mais taillé sur mesure ».

chiffon rouge agité par la doctrine. En pratique, le juge constitutionnel français rappelle non seulement régulièrement sa doctrine de l'autolimitation de ses pouvoirs⁶⁵, mais raisonnerait en outre exclusivement en droit. Pourtant, le fait que le Conseil tienne en général un raisonnement formellement juridique n'est pas une garantie qu'il n'effectue pas de contrôle politique. Sa motivation est en effet trop lacunaire pour déterminer quels sont les véritables ressorts de sa décision⁶⁶. La réforme récente en la matière a produit peu d'amélioration⁶⁷ et semble avoir laissé place à une simple politique de communication⁶⁸. Très souvent, il se contente de rappeler les normes constitutionnelles applicables, dont il énonce rarement la portée exacte, de manière très brève les moyens des requérants, la disposition législative contestée et enfin de déclarer la disposition conforme ou non. Dans cette dernière étape, le Conseil constitutionnel est généralement très peu loquace. Il se contente d'ailleurs parfois de juger une disposition conforme ou non sans véritable explication⁶⁹. Ce manque de transparence dans le raisonnement du juge est susceptible de mettre en doute l'idée selon laquelle le Conseil n'exerce pas un contrôle de nature politique sur la loi dans la mesure où il n'est pas véritablement possible de reproduire son raisonnement juridique. Un exemple récent illustre parfaitement cette situation : dans sa décision du 26 mars 2020⁷⁰ à propos de la loi organique suspendant les délais d'examen des QPC devant les cours suprêmes et le Conseil constitutionnel dans le cadre de la crise du Covid-19, le juge constitutionnel a refusé de sanctionner l'inconstitution-

nalité de la procédure d'adoption de la loi au regard de mystérieuses « circonstances particulières de l'espèce »⁷¹. Face aux critiques dont a fait l'objet cette décision, le président du Conseil constitutionnel a entendu justifier la position de son institution en explicitant le raisonnement sous-jacent à ces « circonstances particulières de l'espèce » : « Le législateur organique a adopté un texte en se soustrayant à la règle prescrivant le respect d'un délai de quinze jours entre le dépôt du projet de loi organique sur le bureau de la première assemblée saisie, et l'examen en séance publique. Le choix de passer outre a été fait par accord tacite entre le gouvernement et les deux assemblées parlementaires, compte tenu de l'urgence, alors que la capacité même du Parlement à siéger selon les formes ordinaires était affectée par l'épidémie de Covid-19, avec les risques que nous connaissons pour la santé de tous les protagonistes de la procédure législative ». Il ajoute plus loin « je n'ose d'ailleurs imaginer les critiques d'inconséquence qui auraient plu sur nous si cette loi organique avait été censurée »⁷². Ces justifications du président du Conseil manifestent clairement que le choix a été fait de ne pas censurer la loi non sur le fondement d'un raisonnement strictement juridique, mais au regard de considérations essentiellement politiques. Certains verront sans doute dans cette décision la manifestation de la sagesse propre aux anciens politiques capables de discerner les impératifs politiques du moment. D'autres se demanderont cependant si le rôle du Conseil constitutionnel est de mettre la Constitution entre parenthèses selon les circonstances politiques.

65. Le Conseil s'attache à rappeler, depuis une décision du 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, § 1, qu'il ne « dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ».

66. V. sur sujet : D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum* 2012.

67. V. C. Guérin-Bargues, « L'amélioration de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel : vrai progrès ou faux-semblant ? », *RDA* 2019, n° 19, p. 69.

68. On remarquera que le Conseil a fait le choix depuis quelques années, et en particulier depuis 2018 avec la création d'un service de communication au sein de l'institution, de concentrer ses efforts non sur l'intelligibilité de ses décisions, mais sur la diffusion auprès du grand public d'informations concernant l'institution : il a créé un concours « Découvrons notre Constitution » qui s'adresse aux élèves des établissements scolaires du primaire et du secondaire ; le président du Conseil accorde régulièrement des interviews dans lesquelles il lui arrive de commenter les décisions rendues ; des audiences QPC sont décentralisées en région ; le Conseil diffuse régulièrement des vidéos sur les réseaux sociaux afin de faire connaître l'institution.

69. Pour un exemple topique récent, voir : Cons. const., 8 déc. 2017, n° 2017-680 QPC, *Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]*, § 14.

70. Cons. const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, § 3.

71. V. sur ce sujet l'intéressante analyse de J. Jeanneney, « La non-théorie des "circonstances particulières" », *AJDA* 2020, n° 15, p. 843.

72. « Grand entretien » de Laurent Fabius par Stéphane Durand-Souffland, *Le Figaro*, 17 avril 2020.

Cette absence de rigueur dans la motivation explique en partie pourquoi il n'est pas toujours vu comme nécessaire, par les autorités de nomination et les personnes nommées, d'avoir une expérience juridique solide avant de pouvoir être membre du Conseil. Lorsque le juge n'a pas à expliquer comment il arrive à sa solution, une partie considérable de son travail s'en trouve allégé. Le contentieux constitutionnel apparaît alors comme « facile », consistant pour le Conseil à concilier de manière arbitraire des normes constitutionnelles sans expliquer pourquoi l'une devrait prévaloir sur l'autre ou pourquoi telle atteinte à un droit ou une liberté est ou non proportionnée.

Les carences de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel posent un véritable problème démocratique. Il est souvent reproché en France aux juridictions constitutionnelles étrangères d'être trop désertes, de rendre des décisions faisant parfois plusieurs centaines de pages⁷³. Mais cette longueur s'explique par les exigences démocratiques : le juge a l'obligation de justifier au titulaire de la souveraineté, c'est-à-dire le peuple, la manière dont il utilise son pouvoir et rend la justice constitutionnelle. L'indétermination des dispositions constitutionnelles suppose que lorsque le juge leur donne une signification, il soit dans l'obligation d'expliquer pourquoi il a retenu telle ou telle signification. Or, le Conseil ne rend pas véritablement de compte quant à la manière dont il exerce le pouvoir qui lui a été délégué par le souverain. Pour illustrer le propos, on peut prendre la décision la plus célèbre du Conseil, la décision du 16 juillet 1971 *Liberté d'association* : la lecture de la décision ne permet pas de comprendre ce qui justifie que le Préambule de 1946 devienne une norme de référence du contrôle de constitutionnalité, alors que cette idée avait été expressément rejetée par les constituants. Un autre exemple récent est celui de la décision du 28 mai 2020⁷⁴ dans laquelle le Conseil opère un revirement de jurisprudence en qualifiant de « dispositions législa-

tives » les dispositions d'une ordonnance non ratifiée dans le délai prévu par la loi d'habilitation⁷⁵. La Haute instance ne juge cependant pas utile d'informer le citoyen sur les raisons justifiant un tel changement de politique jurisprudentielle. Il nous semble ainsi que la composition politique Conseil, issue de la pratique de l'article 56 de la Constitution, force le Conseil à avoir une position qui tend à affirmer sans démontrer. Ce qui est de nature à fragiliser un droit constitutionnel jurisprudentiel qui, dans un contexte de crise de la démocratie, semble plus que jamais être un colosse aux pieds d'argile.

B. Un article 56 réduisant le pouvoir de décision des juges constitutionnels

L'apparente réussite du Conseil constitutionnel à effectuer, malgré sa composition, un contrôle de constitutionnalité dans les délais fixés par la Constitution se fait au prix d'un fonctionnement très atypique⁷⁶. Ce dernier a la particularité de disposer d'un service juridique constitué de cinq juristes, inconnus du grand public, dirigé par un secrétaire général dont le supérieur hiérarchique est le seul président du Conseil constitutionnel. Le duo secrétaire général-président du Conseil tient donc l'institution, parfois d'une main de fer. Les membres du Conseil ne disposent pas, contrairement à leurs homologues étrangers, de référendaires ou de *law clerks* qui les assisteraient dans le traitement des affaires. Ils sont entièrement dépendants du service juridique. Ce dernier joue donc un rôle absolument cardinal dans la préparation, l'instruction et la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel. Le service juridique est censé assister le membre-rapporteur, choisi par le président du Conseil, chargé d'instruire l'affaire dont est saisie la juridiction. Le problème est que, d'une part, le membre-rapporteur, au moins en QPC, est saisi du dossier alors que l'instruction a déjà été largement conduite par le service juridique; d'autre part, moins le membre-rapporteur est compétent, plus il va devoir se reposer sur l'expertise du

73. V. notamment Th. Hochmann, « Motivation et justice constitutionnelle : le modèle allemand », *Nouv. Cah. Cons. const.* 2017, n° 55-56, p. 23.

74. Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC, *Force 5 [Autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité]*, § 11.

75. Jusqu'à cette décision du 28 mai 2020 le Conseil considérait que les dispositions non ratifiées d'une ordonnance n'étaient pas des dispositions législatives, voir : Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-219 QPC, *M. Patrick É.* [Non lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur].

76. V. J.-E. Schoettl, « Ma cinquante rue de Montpensier », *CCC* 2009, n° 25, p. 47.

service juridique. La position de ce service peut donc rapidement devenir la position du Conseil constitutionnel, car le membre-rapporteur ne peut pas toujours s'opposer aux arguments d'un service juridique ayant travaillé intensément sur le dossier avec l'expertise juridique qui est la sienne⁷⁷ et dont la position pourra être défendue lors du délibéré par le secrétaire général. Et ce d'autant plus que depuis l'introduction de la QPC, le contentieux constitutionnel porte sur des dispositions législatives plus précises et techniques qui supposent des compétences juridiques particulières simplement pour comprendre la portée de la disposition contrôlée. Le risque n'est donc pas qu'un membre incompetent juge mal, mais qu'il ne juge pas... Par ailleurs, les autres membres du Conseil sont encore moins armés : ils ne peuvent pas présenter seuls, et alors qu'ils ont eux-mêmes des affaires à instruire, une position alternative crédible à celle du membre-rapporteur assisté par le service juridique.

Ce fonctionnement atypique a une justification historique assez convaincante : le Conseil a dû s'organiser de manière à ce que, peu importe sa composition, il soit en mesure de rendre des décisions, dans des délais très limités, en cohérence avec sa jurisprudence, et formellement juridique. Son fonctionnement a donc vocation à atténuer l'aléa des nominations. Autrement dit, le Conseil constitutionnel fonctionne non pas grâce, mais malgré sa composition politique. Ce fonctionnement pose une difficulté démocratique centrale : dans quelle mesure les décisions du Conseil sont-elles véritablement issues de la délibération des membres en particulier lorsque sont en cause des questions juridiques techniques ? Un tel fonctionnement favorise alternativement soit une forme de ratification par les membres des solutions choisies par le service juridique, soit force les membres à se prononcer au regard de considérations extrajuridiques dans

la mesure où ils ne maîtrisent pas entièrement les enjeux juridiques des affaires dont ils sont saisis. Or, il faut rappeler que les membres du service juridique sont choisis à la discrétion du président du Conseil constitutionnel, et que leur nomination ne fait l'objet d'aucun contrôle parlementaire ou démocratique.

III. Une pratique de l'article 56 appauvrissant le droit constitutionnel

Une partie de la doctrine constitutionnaliste se trouve aujourd'hui face à une forme de « crise d'identité ». Les défenseurs du droit constitutionnel jurisprudentiel ont conduit ces dernières décennies à une redéfinition du droit constitutionnel autour des règles issues de la Constitution et sanctionnées par le juge. Cette doctrine refusait alors de voir dans le droit constitutionnel un « droit politique »⁷⁸ ; elle défendait l'idée que le droit constitutionnel est une discipline essentiellement juridique ayant pour objet l'étude de normes juridiques telles que formulées par le juge constitutionnel. Le problème d'une telle redéfinition du droit constitutionnel, centrée autour de la jurisprudence constitutionnelle, est que la discipline est alors largement dépendante de la qualité des décisions du juge constitutionnel et donc des membres qui composent l'institution.

Or, la pratique de l'article 56 de la Constitution implique qu'un nombre considérable de membres du Conseil constitutionnel arrivant dans l'institution ne sont pas opérationnels pour exercer les missions qui leur ont été confiées. Si le fonctionnement de l'institution permet de pallier les carences des membres en centralisant le travail autour du service juridique, elle ne permet pas de résoudre une difficulté centrale du Conseil constitutionnel : la qualité très critiquée de sa jurisprudence. Il faut en effet remarquer que les membres du service juridique doivent

77. Sur ce sujet, voir L. Gay, « De la Cour suprême junior au dixième membre du Conseil constitutionnel. Le pouvoir des services et assistants juridiques des juridictions constitutionnelles en question », in X. Magnon et al. (dir.), *Les pouvoirs d'instruction des juridictions constitutionnelles et la formation de l'intime conviction des juges constitutionnels*, PUAM, coll. « Cahiers de l'ILF », n° 6, 2016, p. 45.

78. V. notamment sur ce sujet : M. Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », in CURAPP, *Droit et politique*, 1993, p. 82 ; D. Baranger, « Politisation et dépolitisation du droit constitutionnel français », in X. Magnon, S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Mare & Martin, coll. « Le sens de la science », 2020, à paraître ; X. Magnon, A.-V. Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, 2018, n° 6, p. 107 ; M. Altwegg-Boussac, « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum* 2020, n° 24 ; E. Bottini, « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *Jus Politicum* 2020, n° 24.

souvent se familiariser à la jurisprudence constitutionnelle « sur le tas » ainsi qu'aux différentes branches du droit qu'elle affecte, avec en sus une charge de travail particulièrement conséquente. Il apparaît évident que l'absence d'une bonne connaissance préalable du droit constitutionnel et de la jurisprudence du Conseil conjuguée au rythme de travail soutenu sont peu propices à un travail de réflexion juridique approfondi et à une parfaite rigueur dans la manipulation des diverses catégories juridiques. Cela conduit à la production d'une jurisprudence qui est aujourd'hui largement critiquée par la doctrine.

Cette tendance s'est accentuée avec l'introduction de la QPC dans la mesure où les commentateurs des décisions du Conseil ne sont plus simplement les constitutionnalistes, mais l'ensemble des juristes. Une décision QPC est susceptible d'intervenir dans n'importe quel pan du droit; depuis 2010, il y a une accélération de la « constitutionnalisation des branches du droit »⁷⁹. Cette expression désigne le phénomène qui consiste, pour le Conseil constitutionnel, depuis le début des années 1970, à créer de nouveaux principes et exigences constitutionnels ou à transformer certains principes préexistants dans les différentes branches du droit en principes ou exigences constitutionnels. Cette extension des normes constitutionnelles conduit à encadrer constitutionnellement les branches du droit et à potentiellement les faire évoluer ou à les transformer. Le phénomène de constitutionnalisation induit que l'on ne peut plus raisonner en droit pénal, en droit civil ou en droit administratif sans s'interroger sur les fondements consti-

tutionnels de ces matières tels qu'ils sont interprétés par le Conseil constitutionnel. Or, cette infiltration du droit constitutionnel dans l'ensemble de l'ordre juridique n'est pas sans poser de difficultés dans la mesure où trop souvent, tel l'éléphant dans un magasin de porcelaine, le Conseil semble intervenir sans parfaitement maîtriser l'ensemble des enjeux de la matière concernée par sa décision. Un ouvrage collectif récent, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*⁸⁰, a en ce sens mis en exergue le fait que la jurisprudence était souvent perçue par les juristes comme n'ayant pas de véritable apport⁸¹ ou comme étant une menace au regard de la mauvaise maîtrise par le Conseil des notions de droit privé ou de droit pénal⁸².

Mais au-delà des problèmes posés par la constitutionnalisation des différentes branches du droit, il est frappant que plusieurs auteurs relèvent que le Conseil constitutionnel est très approximatif lorsqu'il traite de notions centrales du droit constitutionnel comme la « souveraineté »⁸³ ou la « représentation »⁸⁴. Il s'agit d'un problème fondamental dès lors que le juge constitutionnel est l'interprète authentique de la Constitution, la signification qu'il donne aux dispositions constitutionnelles affecte la manière dont celles-ci sont appréhendées. On comprend alors que la symbiose qui existait entre la doctrine et le Conseil laisse progressivement place à un divorce. Longtemps la doctrine constitutionnaliste a en partie éludé les faiblesses de la jurisprudence constitutionnelle dans la mesure où il était nécessaire de défendre l'existence même du contrôle de constitutionnalité. Mais le Conseil

79. Louis Favoreu est souvent présenté comme le précurseur sur ce sujet, voir : « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* 1980, n° 13, p. 17-31; « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 235-244. Même s'il semble lui-même faire remonter les premières analyses à Michel Fromont, voir : L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *L'Unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1999, p. 25.

80. O. Beaud, P. Conte, P. Wachsmann (dir.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, Dalloz, coll. « Jus Politicum », 2019, 351 p.

81. V. notamment D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes. Promotion ou déformation ? », in O. Beaud, P. Conte, P. Wachsmann (dir.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : Regards critiques*, op. cit., p. 23; F. Chénéde, « Quelle "constitutionnalisation" pour le droit civil des contrats ? », *ibid.*, p. 68; B. Girard, « La responsabilité civile dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 81.

82. P. Conte, « La matière pénale revue par le Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 120. L'auteur observe que « le Conseil rend des décisions qui révèlent une méconnaissance sidérante des notions pénales élémentaires et, plus grave, des catégories protectrices des libertés dans le procès pénal ».

83. O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *ibid.*, p. 175; A. Hamann, « Sur un "sentiment" de souveraineté », *ibid.*, p. 227.

84. B. Daugeron, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *ibid.*, p. 261.

constitutionnel apparaît aujourd'hui bien établi dans le paysage politique et constitutionnel français, sa suppression n'étant plus défendue qu'à la marge⁸⁵. L'étude de sa jurisprudence est devenue un champ de recherche non seulement légitime⁸⁶, mais probablement majoritaire⁸⁷ dans la doctrine constitutionnaliste⁸⁸. Ce faisant, les fragilités de cette jurisprudence sont devenues de plus en plus apparentes avec non seulement l'émergence d'une nouvelle génération de spécialistes du droit constitutionnel plus critique, car moins portée à défendre une institution largement en décalage avec les standards européens, mais aussi du fait du regard acéré porté par les auteurs appartenant aux différentes branches du droit dans lesquelles les décisions du Conseil interviennent. Alors que la jurisprudence du Conseil a été longtemps perçue comme un moyen pour les constitutionnalistes de fonder le droit constitutionnel en tant que discipline véritablement juridique, les fragilités de cette jurisprudence entraînent aujourd'hui avec elle la faiblesse de la discipline. Tel Sisyphe, les commentateurs de la jurisprudence constitutionnelle sont condamnés à réitérer les mêmes critiques sur la motivation insuffisante, le manque de clarté du raisonnement, les approximations dans le contrôle ou la portée incertaine des décisions⁸⁹. Ces éléments conduisent certains auteurs

à s'interroger sur l'intérêt de continuer à analyser et systématiser une jurisprudence qui semble rétive à un tel exercice compte tenu de ses faiblesses conceptuelles⁹⁰. Il est désormais difficile pour la doctrine de laisser le droit constitutionnel, en tant que discipline, principalement orienté et influencé par le Conseil « selon son bon plaisir »⁹¹. Si la doctrine souhaite que le droit constitutionnel soit pris au sérieux en tant que discipline juridique si ce n'est scientifique, à défaut d'une réforme du Conseil constitutionnel qui ne peut plus être raisonnablement attendue, il est nécessaire de remettre la jurisprudence constitutionnelle à sa place : non pas comme objet d'étude central et outil principal d'identification de la « vérité constitutionnelle », mais comme une des nombreuses sources à la disposition du juriste pour penser le droit constitutionnel⁹².

En conclusion, la pratique actuelle de l'article 56 de la Constitution n'a plus d'autre justification que la volonté des autorités de nomination de conserver un pouvoir discrétionnaire qui échappe à tout véritable contrôle. D'aucuns pouvaient penser que l'introduction d'un contrôle parlementaire des nominations permettrait de réguler ce pouvoir et obligerait les autorités de nomination à présenter des candidats compétents ; cette réforme a cependant fait long feu.

85. Sur la légitimation progressive du Conseil, voir : B. François, « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs* 2003, n° 105, p. 133.

86. V. notamment : J.-L. Halpérin, « Une nouvelle République des constitutionnalistes ? », *RDJ* 2014, n° 6, p. 1494.

87. Le conditionnel est ici important dans la mesure où aucune étude systématique n'a été réalisée en la matière. On peut seulement noter que s'il nous semble que la production doctrinale porte majoritairement sur le Conseil, certains auteurs doutent de ce caractère majoritaire, voir : A. Vidal-Naquet, « Quels équilibres entre droit constitutionnel institutionnel, normatif et substantiel ? », in X. Magnon, S. Mouton (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, Mare & Martin, coll. « Le sens de la science », 2020, à paraître.

88. Sur cette évolution, voir : B. François, « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP* 1997, n° 3-4, p. 377.

89. V. X. Magnon et A.-V. Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », préc., p. 116. Les deux auteurs relèvent en ce sens que « La majorité de la doctrine s'accorde à reconnaître aujourd'hui que les décisions du Conseil constitutionnel sont globalement mal rédigées, en dépit du changement rédactionnel de 2016, mal justifiées, par une motivation standardisée et arc-boutée autour du précédent et par référence générique à des dispositions constitutionnelles générales et abstraites, mobilisant sans rigueur des concepts indéterminés (la séparation des pouvoirs par exemple), bref, que l'objet d'étude est pauvre ». Ils estiment cependant que « ce constat rend d'autant plus nécessaire son étude scientifique rigoureuse ».

90. V. notamment J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum* 2012, n° 7. L'auteur relève très justement qu'« il est particulièrement mal venu d'attendre la lumière des décisions du Conseil. Qu'une partie de la doctrine succombe à cette tentation entraîne un appauvrissement singulier du droit constitutionnel. Celui-ci n'est-il pas aujourd'hui bien moins capable qu'hier de définir ses notions essentielles, la démocratie, la représentation ou la séparation des pouvoirs ? ».

91. O. Beaud, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *JCP G* 2018, n° 40, pp. 1765-1773.

92. V. notamment sur ce sujet : J.-M. Denquin, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDJ* 2014, n° 6, p. 1472 ; X. Magnon et A.-V. Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », préc., p. 123 et s. ; O. Beaud, *ibid.*

Pourtant, à ce jour, la seule réforme de l'article 56 envisagée par la majorité actuelle⁹³, comme la précédente⁹⁴, est la suppression des membres de droit. La justification avancée par le président Macron pour cette révision est peu contestable : relevant que le « Conseil constitutionnel [...] s'est installé dans le paysage institutionnel et dans l'esprit de nos concitoyens comme une véritable juridiction », il ajoute que pour « [l']installer encore davantage dans ce rôle proprement juridictionnel, il faut que nous allions

un pas plus loin, en supprimant la présence parmi vous des anciens Présidents de la République »⁹⁵. On ne comprend alors pas comment la nature juridictionnelle du Conseil justifierait la suppression de la présence des anciens présidents et n'imposerait pas *en même temps* l'interdiction de nominations purement politiques de personnalités qui n'ont pas les « capacités requises pour l'exercice des attributions » de juge constitutionnel.

93. V. l'article 5 du projet de loi constitutionnelle (n° 2203) pour un renouveau de la vie démocratique, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 29 août 2019.

94. Projet de loi constitutionnelle (n° 814) du 14 mars 2013 relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice de fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel.

95. Transcription du discours du Président Emmanuel Macron au Conseil Constitutionnel le 4 octobre 2018.

Un article, une matière

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit des libertés

Laure Milano

Professeur à l'Université de Montpellier

Membre de l'IDEDH

Nul doute que les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme, dont nous fêtons en 2020 les soixante-dix ans de l'adoption, n'avaient pas envisagé le destin de ce texte et le formidable succès du mécanisme de protection qui l'accompagne.

Sous l'influence de la jurisprudence européenne, des pans entiers des droits nationaux ont évolué et, quoi qu'en disent ses pourfendeurs, la Cour européenne a contribué à faire progresser les démocraties européennes vers une meilleure protection des droits et libertés et a participé à renouveler la matière même des droits et libertés, notamment par la place qu'elle a accordée aux garanties procédurales.

En effet, parmi les dispositions de la Convention, le sort de l'article 6, qui protège le droit à un procès équitable, est singulier.

Il suffit pour s'en convaincre de partir des données statistiques réalisées par les services de la Cour européenne. De 1959 à 2018, le tableau des violations par article et par État donne un

total de 11 209 arrêts de constats de violation de l'article 6¹. L'article qui arrive en deuxième place, l'article 5 qui garantit le droit à la liberté et à la sûreté², est très loin derrière puisqu'il comptabilise 3778 arrêts. Dans les dernières statistiques disponibles, celles de 2018 et de 2019, les violations de l'article 6 restent en tête, même si l'écart s'est réduit par rapport aux violations des autres dispositions de la Convention. Si l'on prend plus spécifiquement le cas de la France, État dans lequel la protection des garanties procédurales, au moins par le biais des principes d'origine pré-torienne, est ancienne, les statistiques relatives aux violations du droit à un procès équitable³ depuis 1959 la place en sixième position sur les 47 États membres. Si ces chiffres doivent largement être relativisés⁴, ils nous éclairent néanmoins sur la place de cette disposition dans la jurisprudence de la Cour et donne une idée de l'impact qu'elle a pu avoir sur les droits nationaux.

-
1. Le tableau distingue la violation : du droit à procès équitable (4 902 arrêts), de la durée des procédures (5 778 arrêts) et de la non-exécution d'une décision de justice (529 arrêts).
 2. Article qui contient dans son énoncé un volet procédural important, v. § 3 et 4 de cette disposition, v. *infra*.
 3. Le chiffre est de 272 violations. Nous n'incluons pas ici les violations relatives à la durée des procédures, ni à l'exécution des arrêts car les violations relatives au délai raisonnable de jugement sont si massives dans certains États, témoignant de problèmes structurels, qu'elles faussent selon nous les statistiques (pour la France ce chiffre est de 284 violations). Il faut également signaler qu'en 2018, la France n'a fait l'objet d'aucun constat de violation des garanties du procès équitable.
 4. Les écarts entre les six États en tête sont considérables, par exemple la Turquie comptabilise 919 constats de violation du procès équitable depuis 1959, et dépendent d'une série de facteurs (facteurs politiques internes, accès au droit et à la justice des citoyens, etc.).

Qui aurait pu imaginer que les violations les plus nombreuses de la Convention portent sur cette garantie et non sur des droits substantiels, et que l'article 6 deviendrait le fer de lance de la jurisprudence européenne ?

Cette donnée statistique, purement matérielle, va avoir des conséquences importantes sur la politique jurisprudentielle menée par le juge européen. En raison du nombre d'affaires mobilisant cette garantie, très tôt, le juge européen va s'évertuer à développer en la matière une jurisprudence précise et exigeante destinée à encadrer les procédures nationales.

Si la jurisprudence de la Cour européenne est, en particulier ces dernières années, soumise à la critique de son manque de lisibilité, de l'insécurité juridique qu'elle générerait⁵, quelle que soit la réalité de cette critique, la jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention constitue un pan jurisprudentiel à part.

S'il y a eu dans ce domaine, comme dans d'autres, quelques errements jurisprudentiels⁶, l'analyse des décisions et des arrêts des organes de contrôle strasbourgeois atteste d'une réelle continuité dans le sens d'un approfondissement constant des garanties procédurales⁷.

Cette jurisprudence a eu des effets déterminants sur les droits nationaux mais également sur la conception du rôle des garanties procédurales dans une « société démocratique », pour reprendre la terminologie de la Cour. Ce mouvement jurisprudentiel a érigé le droit à un procès équitable en garantie majeure dans le système conventionnel, dans les droits nationaux des États membres et dans des systèmes juridiques connexes tel que celui de l'Union européenne⁸.

Cet acquis est toutefois aujourd'hui en danger.

À contre-courant du mouvement de renforcement constant des garanties procédurales, la Cour a entamé depuis 2016⁹ sur le terrain des droits de la défense un recul jurisprudentiel notable, véritable revirement régressif¹⁰.

C'est parce que cette régression des garanties procédurales à l'aune de considérations sécuritaires est à l'œuvre, aujourd'hui, dans la jurisprudence européenne que nous avons choisi de traiter de la place de l'article 6 au sein du droit des libertés. À l'heure où de grands dangers guettent l'Europe rongée par les replis identitaires, par un populisme en constante progression, par une remise en cause des droits et libertés et un rejet de la Cour européenne des droits de l'homme, soumise au feu des critiques d'un certain nombre d'États membres, nous avons voulu rappeler « la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique »¹¹. Tout renoncement en la matière, par un effet domino, entraîne un abaissement de la protection de l'ensemble des droits et libertés. Pour que vive l'État de droit, pour que perdurent les sociétés démocratiques, les garanties procédurales sont le ciment indispensable, la condition *sine qua non* du respect des droits et libertés fondamentaux.

Aussi ne faut-il pas oublier que l'article 6 de la Convention a constitué une disposition fondatrice du droit de la Convention EDH (I) et que l'interprétation de cette disposition par le juge européen a participé au renouveau du droit des libertés (II).

5. Voir Y. Lecuyer, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour EDH », *RDLF* 2019, n° 53. Voir la thèse d'H. Hardy, *Le principe de sécurité juridique au sens de la CEDH*, Université de Montpellier, 2019.

6. Nous pensons, par exemple, à la jurisprudence relative à l'applicabilité de l'article 6 § 1, matière civile, au contentieux de la fonction publique. Sur cette question voir F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour EDH*, 9^e éd., PUF, 2019, n° 23 (ci-après *GACEDH*).

7. Voir notre thèse, *Le droit à un tribunal au sens de la CEDH*, Dalloz, Bibliothèque des thèses, 2006.

8. Dans l'arrêt CJCE, 15 mai 1986, *M. Johnston*, C-222/84, la Cour de justice se fonde notamment sur les articles 6 et 13 de la CEDH pour reconnaître le principe général du droit communautaire à un recours effectif ; v. X. Bioy, L. Burgorgue-Larsen, P. Deumier et al., *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, 2^e éd., Dalloz, 2019, n° 21.

9. Depuis l'arrêt CEDH, GC, 13 sept. 2016, *Ibrahim c/ Royaume-Uni*. Sur le recul des droits de la défense depuis cet arrêt, voir nos articles, « La jurisprudence récente de la Cour EDH en matière de droits de la défense, une jurisprudence en déconstruction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur F. Sudre, Les droits de l'homme à la croisée des droits*, LexisNexis, 2018, p. 483 et « La régression actée du droit d'accès à un avocat », *RDP* 2019, p. 862.

10. Voir la thèse d'H. Hardy, *op. cit.*, spéc., p. 532 et s. ; sur la notion d'interprétation régressive ou involutive voir S. Van Drooghenbroeck, « Retour sur l'interprétation « involutive » de la Cour EDH », in *Mélanges F. Ost, Le droit malgré tout*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2018, p. 417.

11. CEDH, 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*, § 24, *GACEDH*, n° 2.

I. L'article 6, une disposition fondatrice du droit de la Convention EDH

Sans doute parce que le flot contentieux a rapidement placé l'article 6 en tête des décisions et arrêts rendus par feu la Commission EDH et par la Cour EDH, cette disposition a été un terrain d'expérimentation privilégié pour le juge européen en matière interprétative (A), celui-ci ayant aussi très vite compris la place centrale qu'occupait cette disposition dans l'économie du système conventionnel (B).

A. Un terrain d'expérimentation interprétative privilégié

Que ce soit dans le but d'élargir le champ d'application ou le contenu du droit à un procès équitable, la Cour a toujours fait preuve sur le terrain de l'article 6 de la plus grande audace jurisprudentielle.

Ainsi, s'agissant du champ d'application de l'article 6, il faut se souvenir que, chronologiquement, les premières notions autonomes dégagées par la Cour sont celles de « matière pénale » dans l'arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976¹² et de « matière civile » dans l'arrêt *König* du 28 juin 1978¹³. Critiquée comme permettant au juge européen de « s'aventurer sur le terrain de la politique législative »¹⁴, cette nouvelle technique d'interprétation sera pourtant étendue à de nombreuses autres notions de la Convention¹⁵. Les garanties procédurales se sont néanmoins avérées être un terrain propice à leur utilisation puisque, dans le cadre de l'article 6, la Cour a également qualifié la notion de « tribunal »¹⁶ et celle de « témoin »¹⁷ de notions autonomes,

dans le cadre de l'article 7 qui garantit le principe de légalité des délits et des peines, la notion de « peine » a reçu cette qualification¹⁸ et dans le cadre de l'article 5 qui protège le droit à la liberté et à la sûreté, la notion d'« arrestation »¹⁹.

Présentées comme le gage de l'uniformité d'application des garanties du procès équitable, les notions autonomes « d'accusation » en « matière pénale » et de contestation sur des « droits et obligations de caractère civil » ont été un formidable vecteur de formation d'un droit commun²⁰.

En effet, cette interprétation autonome a permis, d'une part, de considérablement étendre le champ d'application de l'article 6, très peu de contentieux échappant désormais à son emprise, d'autre part, de transcender les catégorisations nationales, qu'il s'agisse de la distinction droit public-droit privé ou de celle entre procédures administratives et juridictionnelles, l'article 6 s'appliquant aussi bien aux procédures devant des autorités administratives, des ordres professionnels, des juridictions spécialisées ou des juridictions ordinaires²¹.

S'agissant du contenu de l'article 6, ici aussi, la Cour a mobilisé les techniques d'interprétation les plus dynamiques.

À ce titre, la théorie « des éléments nécessairement inhérents » constitue sans aucun doute la technique la plus constructive. La Cour l'a utilisée dans le cadre de l'article 6 pour découvrir de nouvelles garanties telles que le droit d'accès à un tribunal²², le droit à l'exécution des décisions de justice²³, l'égalité des armes²⁴, le contradictoire²⁵, la motivation des décisions²⁶, le droit de

12. CEDH, 8 juin 1976, *Engel et a. c/ Pays-Bas*, GACEDH, n° 4.

13. CEDH, 28 juin 1978, n° 6232/73, *König c/ RFA*, GACEDH, n° 4.

14. Opinion du juge Matscher sous l'arrêt *König*.

15. V. « Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'IDEEDH* 1997, n° 6, p. 138 ; F. Sudre, « Le recours aux "notions autonomes" », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 93.

16. CEDH, déc., 27 août 2002, n° 58188/00, *Didier c/ France*.

17. CEDH, 20 nov. 1989, n° 11454/85, *Kostovski c/ Pays-Bas*.

18. CEDH, 9 févr. 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*.

19. CEDH, 21 févr. 1990, n° 11509/85, *Van der Leer c/ Pays-Bas*.

20. V. notre article, « Un droit processuel commun » in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Némésis-Anthémis, coll. Droit et justice, 2014, p. 209.

21. V. F. Sudre et C. Picheral (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, 2003, p. 353.

22. CEDH, 21 févr. 1975, n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, GACEDH, n° 27.

23. CEDH, 19 mars 1997, n° 18357/91, *Hornsby c/ Grèce*, GACEDH, n° 33.

24. CEDH, 27 juin 1968, n° 1936/63, *Neumeister c/ Autriche*.

25. Par ex. CEDH, 23 juin 1993, n° 12952/87, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, GACEDH, n° 24.

26. CEDH, 30 nov. 1987, n° 8950/80, *H. c/ Belgique*.

ne pas témoigner contre soi-même²⁷. La justification de la découverte de ces nouvelles garanties se fonde systématiquement sur la prééminence du droit et le souci d'effectivité des droits proclamés, la Cour considérant qu'il s'agit de garanties implicites qui, si elles ne sont pas expressément mentionnées dans le texte conventionnel, sont néanmoins consubstantielles à l'équité du procès, à la nécessité d'une bonne justice.

L'effectivité des garanties du procès équitable commande par ailleurs de mettre à la charge des États des obligations positives et l'on oublie parfois que l'arrêt *Airey* de 1979²⁸, qui posera le principe selon lequel « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs », vient, au nom de ce principe d'effectivité, imposer aux États la mise en place de système d'aide juridictionnelle en matière civile lorsque la représentation par avocat est obligatoire ou en raison de la complexité de la procédure.

La diffusion des obligations positives s'étendra par la suite y compris aux droits non expressément garantis par l'article 6, tel que le droit à l'exécution des décisions de justice, et jusque dans les relations entre personnes privées par application de la théorie de l'effet horizontal²⁹.

Ce dynamisme interprétatif du juge européen, qui s'est manifesté dès les années soixante-dix dans la jurisprudence européenne relative à l'article 6 et qui pourrait être illustré par de nombreux autres exemples, a donc eu pour terrain d'élection les garanties procédurales. Ceci n'est guère surprenant car l'article 6 revêt une place singulière au sein des garanties de la Convention en raison de son rôle central pour l'économie du système conventionnel.

B. Une disposition centrale dans l'économie de la Convention

Au-delà de l'affirmation de « la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique³⁰ », il faut comprendre les raisons qui ont conduit à lui conférer une telle importance.

Accompagnant le mouvement de réinterprétation de l'État de droit post Seconde Guerre mondiale, la jurisprudence de la Cour européenne a promu les garanties procédurales, et au premier rang d'entre elles, le droit d'accès à un tribunal ou droit au juge, comme une condition essentielle de l'État de droit, celui-ci ne pouvant se concevoir sans l'existence d'une protection juridictionnelle des droits³¹. Comme l'écrivait Jean-Yves Morin, « de toutes les dispositions de la Convention européenne, l'article 6 est, dans la jurisprudence de la Cour, le plus étroitement lié à l'État de droit »³² et il est vrai que les liens entre les notions de prééminence du droit, société démocratique et droit d'agir en justice apparaissent indissolubles dans la jurisprudence européenne³³.

Cette place éminente s'explique par les fonctions assignées aux garanties procédurales en tant que garantes des autres droits, en tant que valeurs constitutives de l'ordre public européen. L'article 6 a, à ce titre, une fonction très concrète de neutralisation des normes externes contraires à la Convention³⁴ imposant à un État partie de ne pas appliquer un accord conclu avec un État tiers³⁵ ou un jugement étranger³⁶ (mais cette jurisprudence a vocation à s'étendre aux accords conclus entre États parties et aux jugements émanant de ceux-ci) qui méconnaîtrait les exigences essentielles de l'article 6 et serait consti-

27. CEDH, 8 févr. 1996, n° 18731/91, *John Murray c/ Royaume-Uni*, GACEDH, n° 35.

28. CEDH, *Airey*, préc., GACEDH, n° 2.

29. Par ex. CEDH, 17 juin 2003, *Ruina c/ Roumanie*, condamnation de l'État du fait de l'impossibilité d'un huissier de justice de faire exécuter un jugement dans un litige privé.

30. CEDH, *Airey*, préc.

31. V. T.-S. Renoux, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G* 1993.I.3675. V. également D. Simon, « La communauté de droit », in F. Sudre et H. Labayle (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, 2000, p. 94.

32. J.-Y. Morin, « La « prééminence du droit » dans l'ordre juridique européen », in *Essays in honour of K. Skubiszewski, Theory of international Law at the Threshold of the 21st century*, Kluwer Law international, 1996, p. 457.

33. Voir les formules utilisées par ex. dans les arrêts CEDH, 6 sept. 1978, n° 5029/71, *Klass c/ RFA*, § 55 ou CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 55.

34. V. F. Sudre, « L'ordre public européen », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 125 et s.

35. CEDH, 7 juill. 1989, n° 14038/88, *Soering c/ Royaume-Uni*, § 113 ; CEDH, 16 oct. 2001, n° 71555/01, *Einhorn c/ France*.

36. V. CEDH, 17 janv. 2012, n° 8139/09, *Othman c/ Royaume-Uni*, *JCP G* 2012, actu. n° 141, L. Milano.

tutif d'un « déni de justice flagrant »³⁷. Cette jurisprudence qui consacre l'importance cardinale des garanties du procès équitable a vraisemblablement inspiré la courageuse prise de position de la Cour de justice de Luxembourg dans l'arrêt *L.M.*³⁸ qui prévoit une nouvelle exception jurisprudentielle au principe d'automatisme de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen en cas de risque « de défaillances systématiques ou généralisées » du droit à un tribunal indépendant garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. À la lumière des conclusions de l'avocat général, il apparaît que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui interdit à un État membre d'éloigner un étranger vers un pays dans lequel il encourait un risque de déni de justice flagrant, c'est-à-dire une violation de ses droits qui entraîne la destruction de l'essence même des garanties du procès équitable³⁹, a inspiré la solution retenue, la Cour de justice mentionnant un risque réel de violation « du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable » (§ 68).

Pourquoi une telle valorisation des garanties procédurales ?

Deux types de raisons, mais qui sont en réalité étroitement liées, peuvent l'expliquer.

Une première raison, que l'on pourrait qualifier d'objective, tient à la fonction de droit-garantie des droits procéduraux. Avant de constituer des droits subjectifs en eux-mêmes, le droit d'accès au juge, le droit à un tribunal indépendant et impartial ou le droit d'être jugé dans un délai raisonnable sont avant tout au service de la protection des autres droits fondamentaux en tant que condition de leur effectivité. Cette fonction essentielle explique le phénomène de fondamentalisation⁴⁰ ou de substantialisation qui a touché ces droits procéduraux, en particulier sous l'influence du juge européen.

La seconde raison est plus subjective et tient à des raisons internes au système conventionnel.

Très tôt, les organes de contrôle de Strasbourg ont compris que l'efficacité du mécanisme européen dépendait de la mise en place de procédures internes efficaces et effectives. C'est donc une logique de subsidiarité qui a justifié la politique jurisprudentielle en matière de garanties procédurales. Cette logique, particulièrement mise en avant depuis l'adoption du Protocole 15⁴¹, pour des raisons politiques mais aussi car il en va de la survie même du mécanisme juridictionnel européen, est en réalité au cœur de la Convention et de la jurisprudence européenne depuis l'origine. En effet, pour que joue la subsidiarité tant du point de vue procédural, la règle de l'épuisement des voies de recours internes comme condition de recevabilité de la requête devant la Cour européenne ne valant que pour l'épuisement des voies de recours utiles et effectives, que du point de vue substantiel, seules des procédures internes respectueuses des garanties du procès équitable étant à même d'assurer une protection efficace des droits et libertés conventionnellement garantis, l'effectivité des recours internes est indispensable, elle conditionne l'équilibre du système européen qui doit avant tout avoir un rôle de prévention.

Ceci explique que, très rapidement, la Cour ait cherché non seulement à maîtriser le champ d'application et le contenu de cette disposition en allant bien au-delà du texte de la Convention, mais également qu'elle ait voulu délivrer aux États des grilles d'analyse très précises quant au contenu de ces garanties (*cf. infra*).

La valeur et la fonction accordées au droit à un procès équitable ont eu pour effet de transformer la place des garanties procédurales qui, de droits accessoires, sont passées au rang de droits-condition du respect des autres droits fondamentaux et à celui des droits fondamentaux en tant que tels. Cette évolution de l'analyse de la portée des droits procéduraux a participé à renouveler la matière du droit des libertés.

37. Sur cette notion, voir CEDH, *Othman*, préc.

38. CJUE, GC, 25 juill. 2018, n° C-216/18 PPU, § 47.

39. V. CEDH, *Othman*, préc. ; CEDH, 24 juill. 2014, n° 28761/11, *Al Nashiri c/ Pologne*.

40. V. l'ouvrage de S. Guinchard et al., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 10^e éd., Dalloz, 2019 ; v. S. Amrani-Mekki, « La fondamentalisation du droit au procès », *RDA* oct. 2015, p. 72.

41. Adoption du Protocole 15 additionnel à la CEDH le 24 juin 2013 mais ce protocole n'entrera en vigueur que lorsque les 47 États membres l'auront ratifié. Au 10 décembre 2019, 45 États l'ont ratifié.

II. Une interprétation de l'article 6 source de nouveau du droit des libertés

La combinaison des différentes méthodes d'interprétation dynamiques a permis à la Cour européenne d'élargir le champ d'application et le contenu du droit à un procès équitable et d'assurer une pleine effectivité à ces garanties. Cette interprétation a profondément renouvelé la portée des droits procéduraux (A) et accru leur invocation. Cette montée en puissance a également entraîné la redéfinition de la place de ces droits au sein du droit des libertés (B).

A. Le renouvellement de la portée des droits procéduraux

Le principe d'effectivité constitue un principe général d'interprétation de la Cour mais, s'agissant de l'article 6, plus que pour toute autre disposition de la Convention, il a joué un rôle capital.

Les garanties énoncées dans l'article 6, qu'il s'agisse des garanties générales du paragraphe 1, applicables à tout type de procédure, ou des garanties propres à la matière pénale, au sens européen du terme, énoncées dans les paragraphes 2 et 3, sont des garanties très classiques, protégées dans d'autres textes internationaux, tel que l'article 14 du Pacte onusien sur les droits civils et politiques de 1966, ainsi que dans les ordres juridiques nationaux.

Toutefois, les droits procéduraux garantis par cet article, de même d'ailleurs que la notion de « procès équitable » en elle-même, souffrent d'une certaine indétermination, indétermination qui se retrouve au sein des droits nationaux des États membres.

L'apport de la jurisprudence européenne se mesure à l'aune du travail de concrétisation réalisé par le juge strasbourgeois.

Celui-ci peut se mesurer à deux niveaux.

D'une part, la concrétisation du standard « procès équitable » a nécessité que le juge euro-

péen complète le texte de l'article 6 en en comblant les lacunes. Il ne s'agissait pas pour le juge de « découvrir » de nouvelles garanties mais tout simplement, par exemple en se référant aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »⁴² ou aux « normes internationales généralement reconnues »⁴³, de permettre au droit à un procès équitable d'être pleinement efficace en comportant toutes les garanties nécessaires à l'équité du procès. Qu'il s'agisse du droit d'accès à un tribunal, droit premier en tant qu'il conditionne l'application des autres garanties du procès équitable⁴⁴, du droit à l'exécution des décisions de justice, dont l'absence de protection rendrait, selon les termes de la Cour, « illusoire » le droit à un tribunal et l'ensemble des garanties de l'article 6⁴⁵, ou des autres garanties considérées comme « inhérentes » à l'article 6, le raisonnement de la Cour est toujours guidé par un souci d'effectivité, de concrétisation du droit à un procès équitable qui a permis une systématisation de son contenu. Celui-ci répond, en effet, désormais, à un contenu précis comportant l'ensemble des garanties énoncées dans l'article 6 complétées par la jurisprudence de la Cour.

Ce travail de concrétisation a, d'autre part, porté sur le contenu même de chacune de ces garanties.

La Cour s'est, en effet, efforcée de définir chacune des garanties contenues dans l'article 6 ainsi que celles qu'elle a mises à jour dans sa jurisprudence.

Ce travail ne revêt pas la même teneur en fonction des garanties concernées.

Certaines d'entre elles appellent une définition relativement objective. Ainsi, si s'agissant de l'accès à un tribunal ou de l'exécution des décisions de justice, la Cour a précisé les mesures que nécessitait la concrétisation de ces droits, par exemple la clarté et l'accessibilité des règles réglementant le droit d'accès à un tribunal ou le moment à partir duquel l'exécution d'une décision de justice devient exigible, le contenu de ces garanties est relativement simple à appréhender.

42. CEDH, *Golder*, préc., spéc. § 35, pour le droit d'accès à un tribunal.

43. CEDH, *J. Murray*, préc., spéc. § 45, pour le droit de ne pas témoigner contre soi-même.

44. CEDH, *Golder*, préc., spéc. § 35.

45. CEDH, *Hornsby*, préc., spéc. § 40.

De même, le principe d'égalité des armes⁴⁶ et celui du contradictoire⁴⁷, garanties implicites que la Cour a déduit de l'exigence selon laquelle « la cause doit être entendue équitablement » inscrite au paragraphe 1 de l'article 6, ont été précisément définis par la jurisprudence européenne et, sans que celle-ci se réfère aux conceptions nationales, correspondent à un fond procédural commun.

D'autres garanties, au contraire, recèlent une forte part de subjectivité et sont d'un maniement beaucoup plus complexe. Ainsi, l'indépendance, l'impartialité, le délai raisonnable, l'équité peuvent difficilement être déconnectées du sentiment de justice ou d'injustice que perçoit le justiciable. Il y a indéniablement un élément psychologique dans le ressenti du respect de ces garanties par le justiciable et il est dès lors très difficile de déterminer *a priori* le contenu de chacune d'elles.

C'est pourtant la tâche à laquelle s'est attelé le juge européen, avec la préoccupation de ne pas laisser l'interprétation de ces garanties à la seule discrétion des juges nationaux. Il a ainsi construit des grilles d'analyse très élaborées afin de guider l'appréciation de ces notions. Par exemple, pour la garantie d'impartialité, garantie particulièrement complexe à appréhender puisqu'elle désigne « la qualité de celui qui apprécie ou juge (*lato sensu*) une personne, une chose, une idée sans parti pris favorable ou défavorable »⁴⁸, il a élaboré une jurisprudence très sophistiquée, distinguant notamment impartialité subjective et objective et au sein de cette dernière, impartialité fonctionnelle et structurelle⁴⁹. Cette grille d'appréciation rigoureuse,

avec toutes les subtilités et différenciations qu'elle comporte, tend à encadrer strictement la marge d'appréciation du juge national lorsqu'il doit se prononcer sur cette garantie.

Enfin, pour d'autres garanties, en particulier celles relevant de la matière pénale, la Cour s'est attachée à préciser les conditions devant entourer ces droits. Tel est le cas pour le droit à l'assistance d'un avocat dont la Cour a exigé qu'il s'applique dès les premiers interrogatoires de la police⁵⁰, que l'accusé, au sens européen, soit assisté d'un interprète dès la phase d'enquête dans la mesure où il ne comprendrait pas la langue de la procédure⁵¹, qu'il puisse bénéficier de l'assistance d'un défenseur de son choix⁵² et que cette assistance soit effective⁵³.

Il faut préciser que cette jurisprudence et, en particulier, les grilles d'analyse dégagées à propos des principes d'indépendance, d'impartialité et de délai raisonnable, ont été réceptionnées par les juges nationaux, y compris ceux qui n'exercent pas le contrôle de conventionnalité, tel que le juge constitutionnel en France⁵⁴, ainsi que par la Cour de justice de l'Union.

Le mouvement d'impulsion qui a été donné par la jurisprudence européenne dans le sens du renforcement des garanties procédurales existe désormais indépendamment de cette dernière. En effet, si l'on prend l'exemple français, ces dernières années ont été marquées par une rénovation des procédures⁵⁵ et une réflexion sur l'amélioration de l'accès au droit et à la justice, par exemple sur la question de la motivation des décisions de justice⁵⁶, dont l'inspiration provient indéniablement de la jurisprudence européenne

46. L'égalité des armes a été définie comme l'obligation d'offrir « à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire », Commission EDH, 30 juin 1959, n° 434/58 *Szwabowicz c/ Suède*; CEDH, *Neumeister*, préc.

47. Le contradictoire a été défini comme « la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter », CEDH, 18 fév. 1997, n° 18990/91, *Nideröst-Huber c/ Suisse*.

48. D. Roets, *Impartialité et justice pénale*, éd. Cujas, 1997, p. 13.

49. Sur cette jurisprudence, v. *GACEDH*, n° 31.

50. CEDH, GC, 27 nov. 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie*, *GACEDH*, n° 35.

51. CEDH, 14 oct. 2014, n° 45440/04, *Baytar c/ Turquie*.

52. CEDH, GC, 20 oct. 2015, n° 25703/11, *Dvorski c/ Croatie*.

53. Par ex. CEDH, 13 oct. 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*.

54. V. en particulier la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'impartialité.

55. On pense en particulier à la modernisation de la procédure administrative, v. Dossiers « Le nouveau procès administratif », *AJDA* 2011, p. 596 et s. et « Les mutations de la justice administrative », *AJDA* 2012, p. 1193 et s.

56. Réflexion qui touche l'ensemble des juridictions, administrative, judiciaire, constitutionnelle et l'ensemble des contentieux, v. à ce sujet la motivation des décisions de cours d'assises depuis la loi du 10 août 2011, n° 2011-939.

mais qui va au-delà des exigences de cette dernière⁵⁷.

Cette consolidation du contenu des garanties procédurales a entraîné une évolution de leur appréhension. De principes d'organisation de la procédure, ces garanties sont devenues un mode de réalisation des droits des justiciables et de véritables droits fondamentaux de ces derniers.

Leur concrétisation a également entraîné la revalorisation de certaines garanties, on pense en particulier au principe de célérité qui, consacré dans la plupart des droits nationaux, n'avait en réalité pas de portée précise. Le bornage de la procédure et les critères d'appréciation du délai raisonnable posés par le juge européen ont permis de rappeler l'importance cardinale de cette exigence et d'adapter les procédures internes pour obtenir le redressement sa violation⁵⁸.

Cette concrétisation a enfin aboli toute hiérarchisation entre garanties procédurales, chaque garantie contribuant, par sa fonction précise, à assurer l'équité procédurale.

Ce phénomène d'effectuation des garanties procédurales a participé à redéfinir leur place au sein du droit des libertés.

B. La redéfinition de la place des garanties procédurales au sein du droit des libertés

Sous l'effet de la jurisprudence européenne, il nous semble que deux mouvements ont participé à redessiner la place des garanties procédurales au sein des droits fondamentaux.

Le premier est lié à l'abandon de la hiérarchie entre droits substantiels et droits procéduraux, ces derniers n'étant plus perçus comme seconds par rapport aux premiers.

Ces deux catégories apparaissent désormais comme complémentaires. Il est aujourd'hui

acquis que l'équité procédurale protège l'équité substantielle, prise de conscience qui a conduit à la substantialisation des droits procéduraux et à la procéduralisation des droits substantiels.

Celle-ci peut être définie comme « le processus d'adjonction jurisprudentielle d'une obligation procédurale à la charge des autorités nationales destinée à renforcer la protection interne d'un droit substantiel garanti par la Convention »⁵⁹. Sans revenir en détails sur ce processus qui concerne l'ensemble des droits substantiels garantis par la Convention, notons le phénomène de transfusion des garanties du procès équitable vers les droits substantiels. Par exemple, l'obligation d'enquête et les qualités de célérité, d'indépendance, d'impartialité que doit revêtir celle-ci en cas d'atteinte à la vie (art. 2 CEDH)⁶⁰ ou d'atteinte à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH)⁶¹ ainsi que l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace pour établir les responsabilités et engager des poursuites à l'encontre des auteurs de faits contraires à ces dispositions sont analysées à l'aune de critères directement issus de la jurisprudence relative à l'article 6.

De même sous l'angle de l'article 5, on constate, depuis plusieurs années déjà, l'exportation d'une partie des garanties de l'article 6 vers l'article 5. Concernant le droit d'être aussitôt traduit devant un magistrat garanti par l'article 5 § 3, la Cour a ainsi estimé que le magistrat devait présenter des qualités d'indépendance et d'impartialité dont la grille d'analyse est calquée sur la jurisprudence relative à l'article 6 § 1⁶². Dans le cadre de l'article 5 § 4 garantissant le droit d'introduire un recours, elle considère que cet article « doit impliquer des garanties substantiellement identiques à celles que consacre le volet pénal de

57. C'est notamment le cas en matière pénale, la Cour n'ayant jamais exigé la motivation des décisions de cours d'assises.

58. En droit français, la notion de faute engageant la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service de la justice, du fait du délai de jugement, a évolué tant dans la jurisprudence administrative (CE, Ass., 28 juin 2002, *ministre de la Justice c/ M. Magiera*) que judiciaire (Ass. plén., 23 févr. 2001, *Cts Bolle-Laroche c/ Agent judiciaire du Trésor*).

59. E. Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2007, p. 398. V. la thèse de N. Le Bonnic, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2017.

60. V. CEDH, 27 févr. 1995, n° 18984/91, *Mc Cann c/ Royaume-Uni*, *GACEDH*, n° 11 ; pour des exemples récents de violations de l'obligation procédurale v. par ex. CEDH, 28 août 2018, n° 74282/11, *Khodyukovich c/ Russie*; CEDH, 7 févr. 2019, n° 20444/14, *Patsaki c/ Grèce*.

61. CEDH, 28 oct. 1998, n° 24760/94, *Assenov c/ Bulgarie*.

62. CEDH, 23 oct. 1990, n° 12794/87, *Huber c/ Suisse*; CEDH, GC, 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev c/ France*; même si le ministère public ne saurait être astreint aux mêmes obligations d'indépendance et d'impartialité qu'un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1, CEDH, 18 oct. 2018, n° 80018/12, *Thiam c/ France*, § 71.

l'article 6 § 1 »⁶³, ce qui implique notamment une procédure contradictoire⁶⁴, l'égalité des armes, l'indépendance et l'impartialité du tribunal. Autant de garanties qui, là encore, ne figurent pas expressément dans l'article 5 mais qui, aux yeux de la Cour, sont nécessaires à l'effectivité du droit à la liberté et à la sûreté.

Le deuxième mouvement observable sous l'effet de la jurisprudence européenne relative à l'article 6 est la consolidation de la mission et du statut du juge⁶⁵ en tant que gardien des droits fondamentaux. La jurisprudence relative aux principes d'indépendance et d'impartialité et la concrétisation de ces principes, comme celle de la notion de « tribunal de pleine juridiction », ont été à la source de cette légitimation de l'action du juge et de la protection de son statut. Celui-ci apparaît désormais comme la figure incontournable en matière de protection des droits fondamentaux, ce qui conduit à établir un lien direct entre les garanties procédurales qui entourent l'action du juge et le respect de l'État de droit.

L'on voit bien d'ailleurs, au travers de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union, que le respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire conditionne celui des valeurs de l'Union au sens de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne⁶⁶, c'est-à-dire le respect de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme.

Cette montée en puissance du juge et du pouvoir juridictionnel redouble la nécessité tout à la fois de protéger et d'encadrer l'office du juge et son statut par les garanties du procès équitable.

Or, deux dangers, qui ne sont pas de même nature mais sont tout aussi préjudiciables à la garantie des droits, guettent aujourd'hui la figure du juge.

Le danger émanant des atteintes répétées dans certains États membres du Conseil de l'Europe à l'indépendance de la justice⁶⁷ et, parado-

xalement, le danger d'une sacralisation du juge au détriment des droits des justiciables. En effet, la confiance accordée à l'action du juge national, couplée à la logique de subsidiarité, conduisent parfois la Cour, dans sa jurisprudence récente, à renoncer à exercer l'entière de son contrôle. En témoigne la nouvelle acception du critère de l'équité globale du procès retenue par le juge européen qui tend à considérer que le contrôle juridictionnel est en mesure de compenser toute atteinte aux droits procéduraux du requérant en délaissant l'idée, qui avait la force de la jurisprudence notamment en matière de droits de la défense, selon laquelle une atteinte à une garantie procédurale dans la phase pré-juridictionnelle ne peut être compensée dans la suite de la procédure qu'à la condition qu'elle n'ait pas irrémédiablement vicié l'ensemble de la procédure⁶⁸.

Cette nouvelle conception de l'équité du procès, dont on voit depuis 2016⁶⁹ les effets négatifs sur les droits de la défense, est dangereuse. Comme l'a écrit le juge Pinto de Albuquerque⁷⁰, elle revient à accorder « un chèque en blanc permettant aux juridictions internes de faire ce qu'elles veulent des droits découlant de l'article 6 § 3 et à la Cour de confirmer l'issue de la procédure. [...] ». Ce recul du contrôle européen, *a contrario* de tout le mouvement engagé dès les années soixante-dix en matière d'article 6, doit être endigué sous peine de ruiner une partie de l'édifice jurisprudentiel.

Dans une Europe menacée par des États qui s'éloignent à grands pas du modèle démocratique, les garanties procédurales sont un rempart pour protéger l'État de droit, le rôle du juge européen des droits de l'homme est de maintenir le cap tel qu'il l'a fixé dès les origines de sa jurisprudence et d'ainsi préserver l'acquis inestimable de soixante ans de protection des droits et libertés.

63. CEDH, GC, 19 févr. 2009, n° 3455/05, *A. c/ Royaume-Uni*, § 218.

64. V. le récent arrêt CEDH, 22 oct. 2019, n° 27703/16, *Venet c/ Belgique*, dans lequel la Cour applique au ministère public, sous l'angle de l'art. 5 § 4, les mêmes obligations que celles dégagées sous l'angle de l'art. 6 § 1, v. CEDH, 20 févr. 1996, n° 19075/91, *Vermeulen c/ Belgique*.

65. V. en ce sens R. de Gouttes, « La CEDH et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », in F. Sudre (dir.), *Le droit français et la CEDH*, Engel, 1993, p. 49. V. également F. Sudre, « L'office du juge national au regard de la CEDH », in *Mélanges P. Lambert, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 821.

66. V. les différents arrêts récents concernant l'indépendance de la justice en Pologne CJUE, *L.M.*, préc., mais également CJUE, GC, 24 juin 2019, n° C-619/18, *Commission c/ Pologne*; CJUE, GC, 5 nov. 2019, n° C-192/18, *Commission c/ Pologne*.

67. Comme en témoignent les arrêts en manquement rendus par la CJUE contre la Pologne, préc.

68. CEDH, 24 nov. 1993, n° 13972/88, *Imbrioscia c/ Suisse*.

69. Depuis l'arrêt *Ibrahim*, préc., spéc. note 9. V. l'arrêt CEDH, GC, 12 mai 2017, n° 21980/04, *Simeonovi c/ Bulgarie*.

70. Opinion dissidente sous l'arrêt CEDH, GC, 18 déc. 2018, n° 36658/05, *Murtazaliyeva c/ Russie*.

Un article, une matière

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit pénal

Charlotte Dubois

Professeur à l'Université de Bourgogne

Membre du Centre Innovation et Droit (CID EA 7531)

Le Doyen Carbonnier, selon sa formule restée célèbre, dressait l'inquiétant constat d'une Cour européenne sortie de son lit¹. Ses inquiétudes résonnent avec une particulière acuité lorsqu'elles sont confrontées aux évolutions contemporaines de l'article 10 de la Convention : ne serait-il pas lui aussi sorti de son lit ? Destiné à régir la liberté d'expression, ne gagne-t-il pas aujourd'hui l'intégralité du droit pénal pour en menacer l'équilibre ?

Classiquement, l'article 10 comprend deux alinéas, le premier posant les droits qu'il garantit, le second les assortissant de restrictions ou de sanctions. À la lecture du premier alinéa, il apparaît que la liberté d'expression se dédouble : il s'agit tout d'abord de la liberté d'exprimer ses opinions. Elle renvoie à l'idée de pluralisme, de tolérance et d'ouverture d'esprit qui sont les lignes forces d'une société démocratique². Le deuxième volet de la liberté d'expression, à savoir la « liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées », vise la liberté d'information. Dans ces deux facettes, la liberté d'expression a donc vocation à se propager. La diffusion de l'idée implique une extériorisation et

emporte donc le risque d'empiéter sur les autres droits. Ainsi conçue, elle n'est pas seulement la protection d'une sphère individuelle (à l'instar du droit au respect de la vie privée, du droit au mariage, ou encore du droit à la vie) mais également (et peut-être avant tout) une revendication contre d'autres droits. Elle jouit en cela d'une place à part. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne s'y est pas trompée lorsqu'elle y voit, dans son article 11, « l'un des droits les plus précieux de l'homme »³ : la liberté d'expression est incontestablement « un droit hors du commun »⁴.

Unique dans ses liens avec les autres droits, dont elle est tantôt le défendeur⁵, tantôt le pourfendeur⁶, la liberté d'expression l'est également dans son rapport avec le système démocratique. De fait, il est une évidence que la Cour de Strasbourg ne manque pas de rappeler : la liberté d'expression, et tout particulièrement la diffusion de l'information, sont les gages d'un système démocratique. Dans l'arrêt *Handyside*, elle rappelle justement que la liberté d'expression constitue « l'un des fondements essentiels [d'une société démocratique], l'une des conditions pri-

1. J. Carbonnier, *Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, PUF, 2004, n° 140, p. 260.

2. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n° 175.

3. On souligne.

4. Fr. Sudre, avec la coll. de L. Milano et H. Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., PUF, 2019, n° 537.

5. « La liberté d'expression et d'information est nécessaire à la liberté de réunion », *ibid.*

6. La liberté d'expression « constitue une menace au droit au respect de la vie privée », *ibid.*

mordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »⁷. Cette liberté « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent »⁸ : la démocratie suppose donc le débat et doit se garder de la pensée unique. Au-delà de la diffusion des idées, la liberté d'expression est l'instrument d'un contrôle opéré par la société civile sur l'autorité publique. La presse s'érige en contre-pouvoir lorsque le journalisme d'investigation permet de dénoncer les corruptions ou abus en tout genre. Les exemples ne manquent pas de ce journalisme militant⁹, et si l'existence de chaque scandale qui émaille l'actualité la plus récente ternit l'idéal démocratique, sa révélation témoigne au contraire du bon fonctionnement de la démocratie qui ne laisse pas place à la censure. Et si les journalistes ont un œil sur la politique, ils ont l'autre sur l'enquête et la justice pénales : ils apparaissent parfois comme les précieux soutiens à la découverte¹⁰ ou au rétablissement¹¹ de la vérité. La littérature se fait d'ailleurs le relais du précieux appui que les journalistes apportent aux enquêteurs : le secret de la chambre jaune planerait encore sans le reporter Rouletabille, et que seraient Dupont et Dupond sans Tintin ?

Ainsi conçus, la liberté d'expression, la liberté d'information et, tout particulièrement, le journalisme d'investigation, doivent légitimement faire l'objet d'une protection accrue¹². Défendre le droit d'informer, c'est défendre la liberté et la démocratie. Tout ce qui participe d'un « débat d'intérêt général » mérite d'être révélé, quitte pour cela à repousser dans leurs retranchements les droits subjectifs d'autrui.

Présentée de la sorte, la liberté d'expression suscite l'adhésion et le caractère impérieux de sa protection génère le consensus. Ce passeport démocratique devrait conduire à saluer les arrêts de Strasbourg comme autant de progrès d'un État de droit et de lutte contre toute forme de despotisme : finalement, cette « super liberté »¹³, selon la formule de Favoreu, devrait être défendue par une *super Cour* avec de *super-pouvoirs* !

Les *super-pouvoirs*, à n'en point douter, la Cour européenne se les octroie : elle fait montre d'un zèle particulier lorsqu'est en jeu une ingérence dans la liberté d'expression. Pour cela, elle est interventionniste au point de reléguer aux oubliettes le principe de subsidiarité¹⁴. Il est des cas où la liberté d'expression bénéficie d'une protection renforcée : il en va ainsi dans les contentieux faisant émerger un débat politique ou dans lesquels la presse joue son rôle de « chien de garde » selon l'expression strasbour-

7. CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, in Fr. Sudre (dir.), *GACEDH*, 8^e éd., PUF, 2017, n° 7, § 49 ; repris par CEDH, 24 mai 1988, n° 10737/84, *Müller et al. c/ Suisse*, § 33 et 34.

8. CEDH, 7 déc. 1976, n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, préc., § 49.

9. P. Wachsmann, « La liberté d'expression », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 23^e éd., Dalloz, 2017, n° 569, p. 485 : « c'est le journalisme "d'investigation" qui a mis à jour les conditions dans lesquelles les services secrets français ont coulé le *Rainbow Warrior* affrété par une association hostile aux essais nucléaires français dans le Pacifique, les écoutes téléphoniques pratiquées en toute illégalité par une "cellule antiterroriste" fonctionnant à l'Élysée sous la présidence de François Mitterrand, les pratiques de la ville de Paris dans l'attribution à des hommes politiques ou à leurs proches de ses habitations à loyer modéré ou encore les tentatives d'empêcher les initiatives gênantes de l'autorité judiciaire sous la présidence de M. Chirac, des pratiques révélant une proximité fâcheuse entre responsables politiques et milieu d'affaires sous celle de M. Sarkozy, les fraudes dont se sont rendus coupables des ministres ou des membres du cabinet présidentiel de M. Hollande ».

10. Des enquêtes menées par des journalistes ont permis de révéler des infractions d'une ampleur nationale, comme le scandale du sang contaminé.

11. Une contre-enquête menée par un journaliste aura permis l'acquittement de Richard Roman, injustement impliqué dans une affaire de meurtre.

12. Cette protection accrue se traduit notamment par la protection des sources, toute atteinte ne se justifie que « par un impératif prépondérant d'intérêt public », selon la formule de la Cour européenne, maniant les pléonasmes (CEDH, 27 mars 1996, n° 17488/90, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 39).

13. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* (ouvrage créé par L. Favoreu et L. Philip), 19^e éd., Dalloz, 2018, déc. n° 33, p. 514, spéc. n° 4.

14. Pour mémoire, en principe, « la Cour ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention », (CEDH, 23 juill. 1968, n° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, *Affaire linguistique belge*, *GACEDH*, op. cit., p. 80). Le principe de subsidiarité, qui tire son origine dans la jurisprudence, est également aujourd'hui inscrit dans l'art. 1^{er} du protocole 15 additionnel à la Convention.

geoise¹⁵. Dans ces hypothèses de contrôle poussé, la marge d'appréciation des États est réduite, pour ne pas dire anéantie¹⁶, tant sur le bien-fondé de la condamnation que sur la peine qui lui est associée¹⁷. En somme, et même si la Cour affirme l'existence d'une marge d'appréciation des États¹⁸, elle est en réalité particulièrement proactive dès qu'entre en jeu l'article 10 de la Convention¹⁹ : dès lors qu'un article vise à débattre d'une question d'actualité intéressant le public, il devient d'intérêt général et justifie, aux yeux de la Cour en tout cas, un contrôle entier²⁰.

Reposant déjà sur des fondements fragiles, la jurisprudence de la Cour européenne bâtie sur l'article 10 apparaît discutable. La notion de « débat d'intérêt général » insuffle le droit à l'information et donne une assise à l'approche généreuse de la liberté d'expression ; mais cette notion est à la dérive. Elle illustre, sûrement mieux que tout autre, « les axiomes passe partout »²¹ dénoncés par le Doyen Carbonnier. Pour s'en convaincre, il suffit de constater qu'en 2004, la Cour considérait qu'aucun débat d'intérêt général ne justifiait la publication de photographies et de commentaires se rapportant à la vie privée d'une princesse, rappelant qu'elle était la fille aînée du prince de Monaco et n'exerçait aucune fonction officielle dans la principauté²².

La solution était cohérente et empreinte de bon sens : le voyeurisme ne servant pas la démocratie, la liberté d'expression devait s'incliner pour assurer la préservation de droits, également impérieux. Pourtant, cette jurisprudence devait évoluer. Par un arrêt remarqué, toujours relatif à la famille monégasque, la Cour découvre un intérêt général dans les révélations relatives à l'existence d'un fils né d'une liaison du prince de Monaco²³. Peu importe, pour la Cour, que le garçon n'ait pas vocation à régner : le « rôle symbolique d'une monarchie héréditaire »²⁴ justifie de porter au grand jour les détails de la vie privée du requérant²⁵. Le droit à être informé devient subrepticement un droit à la curiosité. En réalité, par cette regrettable évolution, tout ce qui intéresse le public est considéré comme digne d'intérêt. Or, la notion de débat d'intérêt général ainsi dévoyée intéresse au premier plan la matière pénale.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation ne reste pas en retrait de cette évolution. Elle aussi développe une conception particulièrement généreuse de la notion de débat d'intérêt général. Qu'on s'imagine une chanson au titre évocateur (« Nique la France ») d'un groupe de hip-hop lillois, laquelle consiste en un déversement d'obscénités et de vulgarités²⁶ : sans démentir

15. V. not. CEDH, 26 nov. 1991, n° 13585/88, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, § 59.

16. G. Cohen-Jonathan, « Article 10 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2^e éd., Economica, 1999, p. 365. À l'inverse, lorsque des questions de morale interviennent, les États bénéficient d'une marge de manœuvre plus importante (CEDH, 24 mai 1988, A n° 133, *Müller et a.*, § 36-43).

17. V. déjà CEDH, 23 sept. 1994, n° 15/890/89, *Jersild c/ Danemark* : la condamnation d'un journaliste à une peine d'amende pour complicité de diffusion de propos racistes était constitutive d'une violation de l'art. 10 Conv. EDH (§ 35). Mieux, selon la Cour, une condamnation au « franc symbolique » constitue une atteinte à la liberté d'expression, laquelle emporte risque d'avoir un effet dissuasif sur l'exercice de cette liberté : CEDH, 11 avr. 2006, n° 71343/01, *Brasilier c/ France*, § 43. Plus récemment : CEDH, 7 mars 2019, n° 22350/13, *Sallusti c/ Italie* (disponible uniquement en anglais) : le requérant avait en réalité passé vingt-et-un jours en prison avant l'intervention du Président de la République italien qui avait commué la peine (§ 60). En substance, la Cour considère qu'une telle condamnation porte atteinte à la liberté d'expression du requérant protégée par l'article 10 § 1 (§ 46). L'atteinte à la liberté d'expression du journaliste était trop importante, sans être nécessaire dans une société démocratique (§ 59).

18. Par ex. CEDH, 12 févr. 2019, n° 35255/17, *Marcel Adrien Campion c/ France*, § 24.

19. Notons que la Chambre criminelle intègre les exigences de la Cour EDH en vérifiant la conventionnalité de la peine : elle s'assure que les juges du fond aient « apprécié la proportionnalité de la sanction au regard des objectifs visés au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme » (Crim., 27 nov. 2018, n° 17-83.602).

20. Pour une étude approfondie, v. E. Dreyer, *Droit de la communication*, LexisNexis, 2018, n° 55 et s.

21. J. Carbonnier, *Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., n° 141, p. 265. V. égal. B. Edelman, « La naissance de l'homme sadien », *Droits* 2009/1, n° 49, p. 107. L'auteur, relativement à la question plus générale de la jurisprudence de la Cour EDH, s'inquiète : « le droit qu'elle invente est un droit vagabond, erratique, "libéré", sans repères ».

22. CEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne*, *GACEDH*, op. cit., p. 514.

23. CEDH (gr. ch.), 10 nov 2015, n° 40454/07, *Couderc et Hachette Filipacchi c/ France*.

24. *Ibid.*, § 112.

25. V. not. Fr. Sudre, avec la coll. de L. Milano et H. Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 474 : « le juge européen tend à galvauder la notion de "débat d'intérêt général", dont il a une conception fort laxiste ».

26. On en reproduira quelques extraits assez éloquentes : « les gros beaux qui ont la haine de l'étranger », « Ton pays est puant, raciste et assassin », « j'me torche avec leurs symboles écœurants », « Y a que des culs tout blancs ».

l'évidence (les propos poursuivis peuvent être regardés comme « outranciers, injustes ou vulgaires »), la Cour dégage un contexte de débat d'intérêt général entourant cette prose. La notion n'est donc pas limitée au journalisme, mais peut s'étendre à l'art (ou ce qui est revendiqué comme tel). De là, les paroles « n'ex-céd[ai]ent pas les limites de la liberté d'expression »²⁷.

Pour conclure, entendue de la sorte par les deux Cours, la liberté d'expression permet désormais de parler de tout²⁸, de parler de n'importe quoi²⁹ et d'en parler n'importe comment³⁰. C'est à se demander si cette liberté qui devait initialement garantir le respect d'un État de droit n'en arriverait pas à le menacer³¹. Le fait est que la dynamique libérale qui anime la liberté d'expression tranche inéluctablement avec le droit pénal : tantôt terrassé (I), tantôt menacé (II), il peine à sortir victorieux du duel qui l'oppose à l'article 10 (III).

I. Le droit pénal terrassé par l'article 10

A. Le droit de la presse

Le repli de la loi. – Le droit pénal de la presse est par essence le terrain de prédilection dans lequel se déploie l'article 10. L'heure étant au libéralisme, s'ensuit un élagage de la loi du 29 juillet 1881.

Déjà, si la diffamation est sanctionnée, l'exception de vérité permet de la justifier : par principe, elle peut toujours être apportée³². Toutefois, elle est exclue dans certaines hypothèses qui sont autant de limites à la liberté d'expression. Ces limites, posées à l'article 35 alinéa 3 de la loi fondent comme neige au soleil. La première abrogation fut celle de l'alinéa 5 de l'article 35. Consacrant un droit à l'oubli, il interdisait d'apporter la preuve de faits vieux de plus de dix ans³³. Cette interdiction était trop générale pour être pleinement compatible avec les exigences strasbourgeoises³⁴. Le Conseil constitutionnel en tira les conséquences³⁵ : inconstitutionnelle dans son application selon la Cour, elle fut déclarée inconstitutionnelle dans son principe par le Conseil. Le Conseil prend parfois l'initiative de l'extension de la liberté d'expression, en témoigne l'abrogation de l'alinéa 6 de l'article 35³⁶ qui interdisait d'établir la preuve d'une infraction amnistiée ou prescrite ou qui avait donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

Ensuite, la liberté d'expression a eu raison de délits qui venaient la limiter. Ainsi du délit d'offense au chef d'État étranger³⁷, abrogé³⁸ après une condamnation de la Cour de Strasbourg³⁹. Le délit d'offense au Président de la République⁴⁰ connut le même sort : à la suite d'une condamnation de la France par la Cour européenne⁴¹,

27. Crim., 11 déc. 2018, n° 18-80.525, Ph. Piot, « De l'interprétation du rap par le juge judiciaire », *Gaz. Pal.* 12 févr. 2019, n° 34, p. 25.

28. Nous avons vu que la vie privée cède facilement devant la liberté d'expression, CEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi c/ France*, préc.

29. Le journaliste qui ne vérifie pas ses sources et tient donc des propos entièrement faux reste protégé par l'article 10 § 1 (même si les restrictions apportées par le § 2 seront possibles) : *Sallusti c/ Italie*, préc.

30. La qualité de l'expression n'entre pas en ligne de compte, et rien n'empêche de débattre par la vulgarité : Crim., 11 déc. 2018, préc. D'ailleurs, « outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression », (CEDH, 8 juill. 1999, n° 23169/94, *Karatas c/ Turquie*, § 49).

31. Le législateur s'est saisi de la question et la loi contre les *fake news* (loi n° 2018-1202 du 22 déc. 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information) témoigne de la menace qu'une liberté d'information incontrôlée fait planer sur le système démocratique.

32. Art. 35 al. 3 : « la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf [...] ».

33. La suppression du droit à l'oubli dans la loi de 1881 crée une curieuse asymétrie avec la volonté contemporaine de permettre un effacement des données dans la mémoire numérique (v. not. art. 17 du RGPD ou la jurisprudence de la CJUE, en part. CJUE, 13 mai 2014, n° C-131/12, *Google Spain*).

34. CEDH, 7 nov. 2007, n° 12697/03, *Mamère c/ France*.

35. Cons. const., 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, *RSC* 2011, p. 401, obs. Y. Mayaud.

36. Cons. const., 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC.

37. Feu l'art. 6 de la loi du 29 juill. 1881.

38. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

39. CEDH, 25 juin 2002, n° 51279/99, *Colombani c/ France*.

40. Feu l'art. 26 de la loi du 29 juill. 1881.

41. CEDH, 14 mars 2013, n° 26118/10, *Éon c/ France*.

sûrement mal comprise⁴², le législateur abrogea l'infraction⁴³ qui, après avoir connu son âge d'or sous la présidence du Général de Gaulle, avait depuis lors donné lieu à peu de poursuites⁴⁴.

Le recul de la jurisprudence. – Le démantèlement de la loi se double d'une mise en péril de la jurisprudence. Tantôt, ce péril se traduit par une évolution jurisprudentielle dont on peine à saisir le cap, sinon celui d'un libéralisme toujours plus grand : ainsi du « reflux de la répression de l'injure au motif, obscur pour ne pas dire arbitraire, du non-dépassement des limites admissibles de la liberté d'expression »⁴⁵. Pour preuve, même la dignité de la personne humaine, en dépit de sa valeur constitutionnelle, ne parvient pas, à elle seule, à restreindre la liberté d'expression. C'est ainsi que l'Assemblée plénière refuse de condamner pour injure publique l'animateur d'une émission télévisée qui diffuse à l'antenne un dessin du journal satirique Charlie Hebdo représentant une candidate aux élections présidentielles sous la forme d'un excrément fumant⁴⁶. Tantôt, de manière tout aussi inquiétante, la Chambre criminelle greffe en droit français des notions directement importées de la jurisprudence strasbourgeoise. Elles viennent parasiter les critères traditionnels de l'exception de bonne foi⁴⁷ en matière de diffamation. Ainsi de la notion de sujet d'intérêt général⁴⁸ : désormais, le seul visa de l'article 10 permet à la Chambre criminelle de casser des arrêts qui, par un syllogisme rigoureux, avaient sanctionné une diffamation⁴⁹. Ainsi

également du critère de « base factuelle suffisante » qui permet, lorsqu'elle se double d'un sujet d'intérêt général, de justifier la diffamation en dehors des quatre critères traditionnels du fait justificatif⁵⁰. De là on voit que l'article 10, plutôt que d'appuyer le système français, vient dangereusement le concurrencer ; or, la concurrence est déloyale car la menace d'une condamnation par la Cour de Strasbourg conduit à un triomphe systématique des critères européens sur les critères français. Preuve en est, la Cour européenne a rendu un arrêt important, *Reichman contre France*⁵¹ par lequel elle reproche aux juridictions françaises d'avoir condamné pour diffamation publique envers un particulier le responsable d'une émission radio en raison de propos tenus à l'antenne. La Cour y voit une « ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression du requérant »⁵² et reproche aux juridictions internes de s'être « contentées de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction de diffamation »⁵³, sans avoir confronté les faits à son propre critère d'existence d'une base factuelle suffisante.

Une victoire en demi-teinte de la liberté d'expression ? – Ce repli du droit pénal marque en réalité une victoire partielle de la liberté d'expression car si des infractions traditionnelles disparaissent, d'autres, au contraire, voient le jour. Finalement, c'est à un recentrage du droit pénal auquel nous assistons, sous la pression de l'article 10, qui vient orienter les discours qui

42. La Cour n'invalideait pas le délit dans son principe au regard de l'art. 10 (§55 de l'arrêt) ; l'arrêt de condamnation était motivé par les circonstances particulières de l'affaire. Le requérant qui avait brandi sa banderole « Casse-toi pauv'con » au passage du Président Sarkozy avait été empêché de s'exprimer librement à des fins de critique politique. V. par ex. D. Roets, « Le délit d'offense au Président de la République (étrangement) sauvé des eaux strasbourgeoises », *RSC* 2013, p. 670 ; M. Bouchet, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC* 2017, p. 495.

43. Loi n° 2013-711 du 5 août 2013.

44. O. Beaud, *La République injuriée, Histoire des offenses au chef de l'État de la III^e à la V^e République*, PUF, 1^{re} éd. 2019, spéc. p. 592 et s.

45. A. Lepage, « Entre Code pénal et loi du 29 juillet 1881, la protection pénale de l'honneur », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 399, spéc. n° 17. L'auteur cite en ex. Crim., 30 sept. 2016, n° 13-82.942, 13-82.941 et 13-82.944.

46. Ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605, spéc. § 12 et 3.

47. Ces critères classiques sont au nombre de quatre : l'absence d'animosité personnelle, la légitimité du but poursuivi, la prudence et la mesure dans l'expression et enfin le sérieux de l'enquête.

48. Crim., 11 mars 2008, n° 06-84.712, *Bull. crim.* n° 59.

49. Crim., 12 mai 2009, n° 08-85.732, *Bull. crim.* n° 88, CCE 2009, comm. 82, A. Lepage.

50. Pour des ex. récents : Crim., 7 mai 2019, n° 18-82.752 ; Crim., 18 juin 2019, n° 18-83.488. Sur cette question, v. not. B. Hahn de Bykhovetz, *Les faits justificatifs de la diffamation*, th. dactyl. Paris II (dir. A. Lepage), 2018, n° 615 et s.

51. CEDH, 12 juill. 2016, n° 50147/11, *Reichman c/ France*.

52. *Ibid.*, § 76.

53. *Ibid.*, § 71.

peuvent ou ne peuvent pas être tenus. Si l'honneur est l'objet d'une protection timide⁵⁴, si le chef de l'État peut aujourd'hui être offensé, certains propos sont au contraire désormais pénalisés dès lors qu'ils heurtent la bien-pensance⁵⁵, seraient-ils tenus de façon privée⁵⁶. C'est à se demander si, finalement, la liberté d'expression ne serait plus au service du pluralisme des idées et de la protection de l'intérêt général pour, au contraire, être la défenderesse d'intérêts privés, subjectifs, individuels ou collectifs. Le droit pénal subit ici « l'influence de l'individualisme »⁵⁷ dénoncé par Monsieur Conte et s'inscrit dans un mouvement plus global du droit condamné par Monsieur Lequette : « ultralibéralisme et exaltation de l'individualisme, qui caractérisent la société contemporaine, constituent en quelque sorte les deux mamelles de ce que l'on appelle parfois aujourd'hui la postmodernité, laquelle considère que le rôle du politique n'est plus d'être le garant du bien commun, mais le dispensateur du bonheur individuel »⁵⁸. Dans cette « postmodernité », les valeurs protégées par la loi de 1881 apparaissent à certains égards dépassées, à l'heure où seule la protection de droits subjectifs justifie la création de nouvelles infractions. Cette bataille de l'expression, qui se tient également hors des prétoires pénaux, a conduit

un auteur à en appeler à la « Résistance » face « au prêchi-prêcha labellisé par les indispensables AOC ("attestations d'opinions correctes") »⁵⁹.

En somme, le droit de la presse, passé à la moulinette de l'article 10, ressort en lambeaux : « l'influence de l'article 10 apparaît comme une lame de fond justificative, susceptible de mettre en cause tous les arbitrages jusqu'à présent fixés par la loi ou la jurisprudence dans le domaine du droit pénal de la liberté d'expression »⁶⁰. Mais l'importance grandissante de la liberté d'expression ne devait pas s'arrêter là : c'est le droit commun tout entier qui est aujourd'hui menacé.

B. Le droit commun

Exposé. – Toutes les infractions qui touchent de près⁶¹ ou de loin à la liberté d'expression semblent devoir aujourd'hui être mises en balance avec l'article 10 de la Convention. Pour preuve, si la Chambre criminelle admet de sanctionner le recel de fichiers caractérisant l'apologie d'actes de terrorisme, elle s'empresse d'ajouter que, « cependant, une condamnation de ce chef n'est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels

54. L'honneur est une notion centrale de la loi de 1881 mais le régime libéral de cette loi ne lui offre pas une protection efficace. La jurisprudence participe à son déclin (v. par ex. Civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-24.879, inédit, qui retient que « l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération »). Au sein du Code pénal, la protection de l'honneur est discrète dans la mesure où il ne bénéficie pas de l'appui du droit européen pour assurer sa promotion. Sur ces questions, v. A. Lepage, « Entre Code pénal et loi du 29 juillet 1881, la protection pénale de l'honneur », *préc.*, p. 413 et du même auteur « Les limites de la liberté d'expression dans le Code pénal : l'étoffement des incriminations », in *Études en l'honneur de J. Huet*, LGDJ Lextenso, 2017, p. 241.

55. V. par ex. la loi n° 2017-347 du 20 mars 2017 qui étend le délit d'entrave à l'IVG (L. 2223-2 C. santé pub.) à la diffusion d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les conséquences médicales d'une IVG.

56. V. par ex. le décret n° 2017-1230 du 3 août 2017 qui incrimine les provocations, diffamations et injures *non publiques* (nous soulignons) présentant un caractère raciste ou discriminatoire.

57. Ph. Conte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 141, n° 10.

58. Y. Lequette, préf. de thèse, C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 570, p. XII.

59. Ph. Conte, « Résistance », *Dr. pén.* oct. 2019, n° 10, repère 9.

60. B. Hahn de Bykhovetz, *Les faits justificatifs de la diffamation*, *op. cit.*, n° 562.

61. On pense bien sûr aux infractions du droit pénal de la presse, naturellement confrontées à l'art. 10.

fichiers »⁶². Cette référence à l'article 10 marque un renouveau de la démarche de la Haute juridiction : la réunion des éléments constitutifs de l'infraction ne suffit pas à prononcer la condamnation ; une mise en balance avec la liberté d'expression s'impose. C'est à cette seule condition que le recel d'apologie du terrorisme serait, selon l'interprétation de la Chambre criminelle, punissable car si l'infraction de conséquence est par nature étrangère à la liberté d'expression, l'infraction principale lui est consubstantielle⁶³.

Plus inquiétante est la possibilité d'invoquer l'article 10 pour faire échec à des infractions totalement étrangères à la liberté d'expression. En ce sens, un arrêt de la Chambre criminelle de 2016⁶⁴ a fait trembler le droit pénal⁶⁵. En l'espèce, une journaliste infiltre le Front national en se faisant passer pour une militante. Les éléments constitutifs du délit d'escroquerie étaient réunis. Pourtant, la Chambre criminelle relève que « les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique », ce dont elle déduit que, « eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en

cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ». Par un curieux mélange, la Chambre criminelle reprend les critères justificatifs de la bonne foi, tant ceux issus de la jurisprudence française (*i.e.* le sérieux de l'enquête) que ceux issus de la jurisprudence européenne (*i.e.* l'intérêt général). Aussi, si l'article 10 n'est pas visé, on reconnaît bien son œuvre subversive. La liberté d'expression justifie ici non plus seulement la diffusion de l'information, mais aussi son mode d'appropriation.

Nouvelle réplique de ce tremblement de terre, quatre ans plus tard, le 26 février 2020⁶⁶. Dans cette nouvelle affaire, laquelle avait déjà donné lieu à un arrêt de la Chambre criminelle⁶⁷, une *femen* exhibe sa poitrine au musée Grévin en guise de protestation contre le dirigeant russe Vladimir Poutine. Les juges du fond, saisis sur renvoi après cassation, relaxent la prévenue en retenant que l'infraction n'est pas constituée faute d'élément moral. En effet, selon eux, l'intention en matière de délit d'exhibition sexuelle suppose que l'auteur ait donné une connotation sexuelle à son acte lorsqu'est seule exhibée une poitrine. La Chambre criminelle opère une substitution de motifs : l'infraction est bien consti-

62. Crim., 7 janv. 2020, n° 19-80.136, à paraître au *bull.*, Y. Mayaud, « La place du recel dans le terrorisme », *Gaz. Pal.* 18 févr. 2020, n° 7, p. 20; G. Beaussonie, « Sanction du recel de fichiers caractérisant l'apologie d'actes de terrorisme », *JCP G*, 23 mars 2020, n° 12, p. 573; Ph. Conte, « Recel consécutif à une apologie d'actes terroristes », *Dr. Pén.* Mars 2020, n° 3, p. 34; A. Lepage, « Quand le délit d'apologie de terrorisme croise le recel, sous l'égide de la liberté d'expression », *CCE* 1^{er} mars 2020, n° 3, p. 40; D. Roets, « Du recel de fichiers téléchargés faisant l'apologie d'actes de terrorisme : Cour de cassation versus Conseil constitutionnel ? », *D.* 2020, p. 312. Notons que le Conseil constitutionnel, amené à se prononcer sur la question, a jugé que le délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme porte à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée. Il condamne donc l'interprétation jurisprudentielle donnée par la Chambre criminelle de la combinaison des articles 321-1 et 421-2-5 C. pén. (Cons. constit., 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC, *M. Théo S*).

63. Comme le rappelle Monsieur Mayaud, la liberté d'expression est sortie renforcée de l'abrogation, à la suite de deux décisions successives, du délit de consultation habituelle de sites provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie par le Conseil constitutionnel (Y. Mayaud, « La place du recel dans le terrorisme », *préc.*). L'art. 10 de la Convention sert donc de relai à l'art. 11 DDHC sur le fondement duquel la censure avait été prononcée. Pour un auteur, cette mise en balance aurait dû se solder par une relaxe, la condamnation pour recel d'apologie du terrorisme lui apparaissant comme « une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit de recevoir des informations, composante du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 », D. Roets, « Du recel de fichiers téléchargés faisant l'apologie d'actes de terrorisme : Cour de cassation versus Conseil constitutionnel ? », *préc.*

64. Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83.774.

65. V. not. A. Lepage, *CCE* 2016, comm. 103; Ph. Conte, *Dr. pén.* 2017, comm. 2; G. Beaussonie et B. de Lamy, *JCP G* 2016, p. 2273; et pour une approche plus générale : M. Bouchet, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *préc.*

66. Crim. 26 févr. 2020, n° 19-81.827, à paraître au *Bull.*, A. Lepage, « Quand le délit d'exhibition sexuelle croise de nouveau la liberté d'expression », *CCE*, 1^{er} avr. 2020, n° 4, p. 32; Fr. Fourment, « Découvrez ce sein que je saurais lire », *Gaz. Pal.*, 19 mai 2020, n° 19, p. 33; D. Roets, « De l'exhibition de sa poitrine par une femme comme mode d'expression politique : les Femens sauvées par l'effet justificatif de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.* 17 mars 2020, n° 11, p. 16; N. Catelan, « Adam (toujours) plus fort qu'Ève : quand un sein est un sexe ! (saison 3) », *Lexbase pénal*, éd. n° 814, 27 févr. 2020.

67. Crim., 10 janv. 2018, n° 17-80-816, et sur des faits similaires, v. Crim., 9 janv. 2019, n° 17-81.618, *D.* 2019, p. 738, note L. Saenko, « Les Femens, les seins et l'Église ».

tuée. Cependant, l'incrimination des faits, « compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ».

Critique. – Ces arrêts suscitent le désarroi. Techniquement tout d'abord, ils interrogent sur la nature de la liberté d'expression : est-elle utilisée comme un fait justificatif nouveau, largement débridé⁶⁸ ? Si elle permet d'échapper à une condamnation, il est fort à parier qu'elle sera bien souvent invoquée et que les faits justificatifs légaux, tels que la protection du lanceur d'alerte⁶⁹, beaucoup plus exigeante, pourraient être contournés lorsqu'il suffira au justiciable d'invoquer l'article 10. Méthodologiquement ensuite, ces arrêts franchissent un pas important : la liberté d'expression, souvent opposée aux droits subjectifs, est ici mise en balance avec le Droit objectif. Plus précisément, ce n'est pas la loi qui est inconstitutionnelle (l'article 313-1 du Code pénal relatif à l'escroquerie ou l'article 222-32 qui incrimine l'exhibition sexuelle, en eux-mêmes, respectent les exigences de la Convention), c'est son application au cas d'espèce qui est sanctionnée. Ces arrêts s'inscrivent dans le mouvement de contrôle de proportionnalité qui avait provoqué une levée de plumes de la doctrine civiliste, certains auteurs vent-debout contre la réforme⁷⁰, d'autres en saluant les progrès⁷¹. Fonctionnellement enfin, la Chambre criminelle se fait ici juge du fait : elle vient puiser dans les circonstances de l'espèce des raisons de contrarier l'application de la règle de droit pénal⁷². En réalité, elle « érige non seulement les faits contre

le droit, l'intérêt individuel contre la règle générale, mais également le juge contre la loi »⁷³ et ouvre la voie à un « émiettement prévisible de la règle de droit au gré des espèces »⁷⁴. Elle marque sa volonté de soumettre le droit pénal français tout entier à un contrôle de proportionnalité initié par la Cour européenne⁷⁵ : le *dura lex sed lex* aurait fait son temps et devrait céder la place à la mise en balance des intérêts protégés. La règle de Droit objectif n'est plus à même de faire barrage à la liberté d'expression ; seule une autre liberté fondamentale semble pouvoir s'ériger face à elle : c'est ainsi que la condamnation d'une *femen* est cette fois justifiée lorsqu'elle entre en conflit avec le droit des croyants de pratiquer leur religion⁷⁶.

À rebours de l'essence du droit pénal, ces décisions intègrent les mobiles dans le processus d'incrimination. Ce tournant est d'autant plus surprenant qu'il prend appui sur la Convention européenne dont le Préambule rappelle qu'elle marque la résolution des États signataires d'assurer la « prééminence du droit »⁷⁷ : pourtant, à bien y réfléchir, n'est-ce pas la prééminence *du fait* qui est ici consacrée ?

En somme, la liberté d'expression fait l'effet d'une bombe ; son onde de choc se propage à des infractions dont la *ratio legis* est totalement détachée de la question de la liberté d'expression. La fin (l'expression d'une opinion) justifie les moyens (la commission d'une infraction). Ces arrêts marquent un renouvellement des méthodes de jugement si bien que se pose la question de la portée de la menace qui plane sur le droit pénal.

68. La condition de stricte nécessité qui innerve la justification en droit pénal est ici absente.

69. Art. 122-9 C. pén.

70. V. entre autres : A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137 ; F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, p. 902.

71. V. entre autres : H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1376 ; Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

72. Dans aucun de ces deux arrêts la Chambre criminelle ne renvoie l'affaire aux juges du fond.

73. Relativement à la méthode du contrôle de proportionnalité, P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p. 70, n° 2.

74. *Ibid.*, n° 3.

75. Sur le contrôle de proportionnalité initié en droit civil (Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, préc.), des auteurs ont pu s'émouvoir qu'« à suivre ces encouragements, il pourrait être donné aux hauts magistrats d'écrire un chapitre supplémentaire au *Traité de la servitude volontaire* », Fr. Terré, Y. Lequette, *GAJ/C*, t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015, Avant-propos, p. VI.

76. V. Crim., 9 janv. 2019, préc., pour une *femen* qui avait dénudé sa poitrine et avait simulé un avortement dans l'église de la Madeleine à Paris. L'art. 10 est ici concilié avec l'art. 9 de la Conv. EDH. En ce sens, v. N. Catelan, « Adam (toujours) plus fort qu'Ève : quand un sein est un sexe ! (saison 3) », préc.

77. On souligne.

II. Le droit pénal menacé par l'article 10

A. Les incertitudes *ratione personae*

La protection du journaliste. – Dans l'arrêt de 2016, la Chambre criminelle limite aux seuls journalistes la possibilité de faire échec à une infraction pénale au nom de la liberté d'expression. On a d'ailleurs pu lire qu'ils étaient « affranchis dans cette mesure du respect des lois » et que « pour mieux pourfendre les travers des autres, ils s'érigent en juges sans vouloir être eux-mêmes jugés »⁷⁸. Cette limitation appelle deux remarques. Déjà, il est curieux de prévoir un régime d'exception pour les membres d'une profession, d'autant plus lorsqu'elle ne constitue pas une profession réglementée⁷⁹. Inscrit dans le giron de la jurisprudence européenne, cet arrêt fait craindre que les journalistes deviennent des justiciables particuliers : eux qui sont « pour le plus grand progrès de la démocratie, des enfants turbulents »⁸⁰, sont en passe de devenir « des enfants gâtés »⁸¹, nourris au biberon de l'article 10 de la Convention et surprotégés par la Cour. Ensuite, il serait légitime de ne pas loger tous les journalistes à la même enseigne, car, comme l'a rappelé Monsieur Marguénaud, il y a « journalisme et journalisme et les héros de la démocratie qui ont payé de leur sang et de leur vie le combat pour la liberté d'expression seraient peut-être bien étonnés de servir d'alibis aux menées mercantiles de certains de leurs lointains confrères »⁸². Il aurait donc été bienvenu que la

Chambre criminelle limite expressément sa jurisprudence aux journalistes d'investigation⁸³.

La protection de l'auteur d'un message politique. – Le « totem d'immunité » qui permet, au nom de la liberté d'expression de l'article 10, de faire un pied-de-nez au droit pénal n'est pas réservé aux seuls journalistes. De fait, à en croire la jurisprudence de la Cour européenne, si la protection des reporters est renforcée au regard de leur mission, elle n'est pas exclusive⁸⁴. D'ailleurs, certains militants associatifs, porteurs de nobles combats, ne peuvent-ils pas également, pour reprendre les termes de l'arrêt, mener des « enquête[s] sérieuse[s] » en révélant des informations qui participeront au « débat d'intérêt général » et jouer de la sorte un « rôle » dans une « société démocratique » ?⁸⁵ De la même façon, « le rôle de "chien de garde" des organisations non gouvernementales, et autres lanceurs d'alerte, a [...] été reconnu »⁸⁶. La boîte de Pandore semble ouverte depuis que la Cour a affirmé que « la fonction des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux peut aussi être assimilée à celle de "chien de garde public" en ce qui concerne la protection offerte par l'article 10 »⁸⁷. Sur un autre plan, les artistes sont eux aussi protégés par l'article 10, la Cour rappelant qu'il « englobe la liberté d'expression artistique qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de tout sorte »⁸⁸.

En définitive, quiconque diffuse des messages par la parole ou l'écrit semble bénéficier du

78. A. Lepage, « Escroquerie – Et une nouvelle conquête pour le débat d'intérêt général ! », *CCE* 2016, comm. 103.

79. L'accès à la profession nécessite l'obtention d'une carte d'identité professionnelle de journaliste délivrée par une commission mais il ne nécessite pas de diplôme particulier. Sur cette question, v. H. Oberdoff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 502.

80. J.-P. Marguénaud, « De l'extrême relativité des "devoirs et responsabilités" des journalistes d'investigation », note sous CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis c/ France*, D. 2007, p. 2506, spéc. p. 2509.

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*

83. V. G. Beaussonie et B. de Lamy, « Les infiltrés devant la Cour de cassation : le droit pénal à l'épreuve du journalisme d'investigation », préc., qui semblent déduire de la motivation circonstanciée de l'arrêt que seul le journalisme d'investigation serait justifié, dans la mesure où il n'affecte ni le secret professionnel, ni la vie privée.

84. Par ex., CEDH, 4 nov. 2014, n° 30162/10, *Braun c/ Pologne*, qui reproche aux juridictions nationales d'avoir appliqué à un intervenant au cours d'un débat radiophonique un standard moins protecteur que celui bénéficiant aux journalistes.

85. V. P. Wachsmann, « La liberté d'expression », préc., spéc. n° 571, qui relève la « grande latitude » reconnue non seulement à la presse « mais aussi à des associations privées militant pour une cause » dans la jurisprudence européenne. V. CEDH, 28 nov. 2013, n° 39534/07, *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung c/ Autriche*, qui les qualifie de « social watchdogs ».

86. E. Dreyer, *Droit de la communication*, op. cit., n° 53. V. CEDH, 22 avr. 2013, n° 4887/08, *Animal Defenders International c/ Royaume-Uni*, § 103.

87. CEDH, 8 nov. 2016, n° 18030/11, *Magyar Helsinki Bizottag c/ Hongrie*, § 168.

88. CEDH, 8 juill. 1999, n° 23169/94, *Karatas c/ Turquie*, § 49.

régime protecteur mis en place par la Cour. Mais la Cour est-elle prête à aller au-delà ? L'article 10 peut-il protéger n'importe quel délinquant dont le mobile est inspiré de revendications, de protestations, ou d'expression d'une quelconque opinion ? En ce sens, dans un arrêt *Caron contre France*⁸⁹, la Cour était saisie de la requête de « faucheurs volontaires » ; dans sa décision d'irrecevabilité, elle affirmait, « comme à regret »⁹⁰, que, « bien que les requérants soulignent que leur action s'inscrit dans le contexte général du débat sur la question de l'impact des OGM sur la santé et l'environnement, ils ne se plaignent nullement [...] de ce que leur arrestation ou leur condamnation pénale auraient enfreint leur droit à la liberté d'expression ». C'est le sens à donner à l'arrêt qui accorde une protection aux *femens*, soulignant que leur comportement « s'inscrit dans une démarche de protestation politique »⁹¹. Pourtant, cette protection des *femens* au nom de la liberté d'expression ne manque pas de surprendre : ces activistes revendiquent un combat contre des idées, par exemple contre des positions de l'Église catholique. Leur position résonne en écho aux propos de Madame Fabre-Magnan qui souligne que « les mêmes qui proclament haut et fort le droit absolu à la liberté d'expression exigent souvent, dans le même mouvement, qu'il soit désormais interdit de proférer telle ou telle opinion »⁹².

Le justiciable *lambda* pourrait-il lui aussi se prévaloir de l'article 10 pour échapper à l'application d'une règle de droit ? Peut-on s'auto-proclamer porteur d'un message politique ou faut-il, pour bénéficier du droit à commettre une infraction, s'inscrire dans un certain cadre, soit par sa profession (le journalisme) soit par son appartenance à un groupe (les *femens*) ?

B. Les incertitudes *ratione materiae*

La nature des faits justifiables. – L'arrêt du 26 octobre 2016 interpelle quant à la nature des faits justifiables : la solution aurait-elle été la même si notre journaliste infiltrée, plutôt que de commettre une escroquerie, avait distribué les gifles pour recueillir les données nécessaires à la publication de son livre ? La Chambre criminelle ne se montre pas éclairante en prenant pour critère « la nature des agissements en cause » : des agissements de nature contraventionnelle comme des violences légères, pourraient-ils, *a fortiori* par rapport au délit d'escroquerie, être justifiés ? Le bon sens imposerait à la Chambre criminelle de le refuser, mais on peine à savoir sur quels critères⁹³, la casuistique l'emportant sur la sécurité juridique.

La nature des infractions justifiables. – Si la Chambre criminelle essaye, par une motivation circonstanciée, d'encadrer le contrôle de proportionnalité⁹⁴, la jurisprudence européenne a semblé élargir considérablement le champ des possibles en laissant augurer que la désobéissance civile⁹⁵ ou ce qui est revendiqué comme tel, lorsqu'elle s'appuie sur l'article 10, permet de se soustraire au droit pénal⁹⁶. L'inquiétude ne peut que grandir : toute infraction doit-elle désormais être mise en balance avec le droit subjectif de chacun de s'exprimer ? L'art bénéficie par exemple d'une protection au titre de l'article 10 ; est-ce à dire que « les auteurs de tags [pourraient] se revendiquer de cette qualité [d'artistes] pour se protéger à leur tour derrière l'article 10 contre des poursuites pour dégradation du bien d'autrui »⁹⁷ ? Et le gilet jaune qui bloquerait une autoroute ou le *vegan* qui agresserait un charcutier, ne sont-ils pas eux aussi en train de jouir des

89. CEDH, 29 juin 2010, n° 48629/08, *Hubert Caron et a. c/ France*.

90. A. Lepage, « Escroquerie – Et une nouvelle conquête pour le débat d'intérêt général ! », préc.

91. Crim., 26 févr. 2020, préc., spéc. § 15.

92. M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2019, p. 14.

93. On pourrait considérer que les violences volontaires sont peu compatibles avec la notion « d'enquête sérieuse » (en ce sens A. Lepage, « Escroquerie – Et une nouvelle conquête pour le débat d'intérêt général ! », préc.), pour se convaincre du contraire, il n'est qu'à regarder le film *Le professionnel* dans lequel Jean-Paul Belmondo distribue les baffes en menant une enquête, on ne peut plus sérieuse !

94. Voyant dans l'arrêt de 2016 une grande prudence : G. Beaussonie et B. de Lamy, « Les infiltrés devant la Cour de cassation : le droit pénal à l'épreuve du journalisme d'investigation », préc. L'arrêt de 2020, pour sa part, souligne « le contexte de l'agissement en cause » (§ 15) pour limiter sa portée.

95. Pour un point de vue de sources du droit : R. Encinas de Munagorri, « La désobéissance civile : une source de droit ? », *RTD civ.* 2005, p. 73.

96. CEDH, *Hubert Caron et a. c/ France*, préc.

97. Ph. Conte, « Escroquerie – Justification de l'infraction : le cas des journalistes », *Dr. pén.* 2017, comm. 2.

prérogatives de leur liberté d'expression pour exprimer un message politique⁹⁸ ? Et certaines juridictions du fond de s'engouffrer dans la brèche : ainsi d'un juge correctionnel qui n'hésite pas à affirmer que « le mode d'expression des citoyens en pays démocratique ne peut se réduire aux suffrages exprimés lors des échéances électorales mais doit inventer d'autres formes de participation dans le cadre d'un devoir de vigilance critique » ; en l'occurrence, il donnait son blanc-seing aux auteurs d'un vol en réunion⁹⁹, la commission d'une infraction pénale participant, selon cette inquiétante logique, d'un « devoir » de vigilance critique.

La Chambre criminelle tente ponctuellement d'endiguer l'onde de choc de l'article 10. La dénonciation calomnieuse¹⁰⁰, l'usurpation d'identité¹⁰¹, ou encore l'outrage à une personne chargée d'une mission de service public¹⁰² sont exclus d'un contrôle de proportionnalité qui permettrait de les écarter au profit de la liberté d'expression et fragiliserait une nouvelle fois la loi pénale. Pourtant, on peut s'interroger de la compatibilité de cette position avec la jurisprudence européenne¹⁰³ selon laquelle il semble n'y avoir guère que les discours haineux qui échappent à la protection offerte par l'article 10¹⁰⁴. Ensuite, il est permis de s'interroger sur le critère départiteur : pourquoi ces infractions échappent-elles au contrôle de proportionnalité et pas les autres ?¹⁰⁵ Cette construction jurisprudentielle donne l'impression d'une maison construite sans architecte. De fait, la Chambre criminelle ne pose pas de *criterium*

permettant, à l'avance, de savoir si une infraction est soustraite au contrôle de proportionnalité ; même les délits contre les personnes du Livre II peuvent être justifiés au nom de la liberté d'expression, en témoigne la relaxe pour exhibitionnisme. Peut-être le critère est-il celui, particulièrement flou et subjectif, de l'« utilité sociale de la commission de l'infraction »¹⁰⁶ ? Peut-être qu'une contravention ou un délit peut être justifié là où un crime ne le sera jamais ?

Malgré les menaces qui planent encore sur le droit pénal, il faut se rassurer de constater que quelques îlots résistent à la pression de l'article 10.

III. L'article 10 neutralisé par le droit pénal

A. La résistance intrépide de la procédure pénale

Liberté de la presse vs. secret de l'enquête et de l'instruction. – Se sont multipliés les reportages filmés du déroulement de perquisitions pour lesquelles les journalistes bénéficiaient de l'autorisation des enquêteurs. Cette pratique a soulevé la question de la régularité de ces perquisitions : le droit à l'information autorise-t-il la présence de journalistes ? En 2017, la Chambre criminelle a fait preuve de la plus grande intransigeance : au visa des articles 11 (relatif au secret de l'enquête et de l'instruction) et 56 (qui dispose que seul l'OPI a le droit de prendre connaissance des documents trouvés lors d'une perquisition), elle censure l'arrêt autorisant des

98. Au sens étymologique, la politique concerne toutes les questions qui ont trait à la cité et dépasse ainsi les seuls enjeux relatifs à l'organisation de l'État.

99. TGI Lyon, 7^e chambre correctionnelle, 16 sept. 2019.

100. Crim., 12 avr. 2016, n° 14-87.124, *Dr. pén.* 2016, comm. 108, Ph. Conte.

101. Crim., 16 nov 2016, n° 16-80.207, CCE 2017, comm. 6, A. Lepage ; *Dr. pén.* 2017, comm. 20, Ph. Conte.

102. Crim., 19 juin 2018, n° 17-84.153, RSC 2019, p. 111, obs. E. Dreyer ; *Dr. pén.* 2018, comm. 174, Ph. Conte. V. déjà Crim., 29 mars 2017, n° 16-80-637 et la pertinente critique de Monsieur Detraz qui souligne qu'il résulte de l'arrêt une différence de traitement « entre les divers types de propos outrageants ou injurieux, en fonction notamment du contexte et de la qualité du récipiendaire », *Dr. pén.* 2017, comm. 86.

103. V. not. E. Dreyer, « Outrage et mise à l'écart de la Convention EDH », RSC 2019, p. 111.

104. E. Dreyer, *Droit de la communication*, op. cit., n° 65.

105. Un auteur, commentant l'arrêt relatif à l'usurpation d'identité, avait avancé que c'est l'exigence d'un dol spécial qui mettait à l'abri l'infraction : à partir du moment où les éléments constitutifs sont réunis, l'auteur a agi en vue de troubler la tranquillité ou de porter atteinte à l'honneur ou à la considération, et non en vue d'user de sa liberté d'expression (v. Ph. Conte, « Usurpation d'identité – Liberté d'expression », *Dr. pén.* 2017, comm. 20). Pourtant, les deux buts ne nous semblent pas exclusifs, et la jurisprudence relative à l'outrage et à la dénonciation calomnieuse, infractions qui ne comportent pas de dol spécial, tend à démentir cette analyse.

106. A. Lepage, « Escroquerie – Et une nouvelle conquête pour le débat d'intérêt général ! », préc.

journalistes à assister et à filmer une perquisition¹⁰⁷. L'année suivante, le Conseil constitutionnel fait front à ses côtés¹⁰⁸ : il sauve l'article 11 du Code de procédure pénale, notamment en ce qu'il empêche les journalistes d'assister, sur autorisation de l'autorité publique, à une perquisition¹⁰⁹. Le secret l'emporte sur la transparence. Rebelote devant la Chambre criminelle en 2019¹¹⁰ : nouvel arrêt de cassation et nouveau revers pour le journalisme. Allant plus loin que deux ans auparavant, la Cour interdit la seule présence de journalistes à une perquisition, sans exigence d'une captation d'images, à la condition que cette présence soit concomitante à l'acte ; le but d'information du public, si souvent invoqué pour faire plier le droit pénal¹¹¹, est ici totalement neutralisé¹¹² pour protéger le secret de l'enquête, sans doute encore plus impérieux. Le contrôle de proportionnalité est dans cette hypothèse exclu¹¹³. La procédure pénale résiste ici à la pression de l'article 10 ; pourtant, il n'est pas certain que la Cour européenne soit favorable à cette jurisprudence nationale¹¹⁴, laquelle exclut de façon systématique toute mise en balance (particulièrement lorsqu'elle est demandée par les journalistes), et heurte ainsi ses méthodes de jugement.

B. La résistance timide du droit pénal de fond

Liberté d'expression vs. droits de la défense.

– Deux enjeux, qui pourraient sembler contradictoires, sont soulevés : d'une part, comment protéger les droits de la défense des journalistes ?

D'autre part, comment protéger les droits de la défense contre les journalistes ? Il appert que la Cour européenne, fidèle à sa politique de bienveillance, est toujours plus prompte à protéger le journaliste victime d'une atteinte aux droits de la défense qu'elle ne l'est à sanctionner le journaliste auteur d'une telle atteinte.

De fait, devant les juridictions françaises, des journalistes entendaient se défendre de plaintes en diffamation en invoquant l'*exceptio veritatis* ; ils produisaient pour cela des documents couverts par le secret, les exposant de ce fait à des condamnations pour recel de violation du secret de l'instruction. La Cour européenne condamna la France pour violation des articles 10 et 6 § 2 de la Convention¹¹⁵, contraignant la Chambre criminelle à modifier sa jurisprudence¹¹⁶, puis le législateur à corriger la loi sur la liberté de la presse¹¹⁷. La combinaison de ces droits devait autoriser les atteintes portées au secret. L'hypothèse devait demeurer limitée et répondait à un état du droit injuste : le journaliste était forcément condamné, soit pour recel, soit pour diffamation.

Hors de ce cadre très restreint de diffamation, la Chambre criminelle refuse au journaliste le bénéfice de l'article 10 pour excuser un recel de violation du secret de l'instruction. Elle retient que la condamnation est « justifiée par les impératifs de protection des droits d'autrui, au nombre desquels figure la présomption d'innocence, par la préservation d'informations confidentielles, ainsi que par la garantie de l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » de sorte que les cours d'appel qui prononcent les

107. La décision est d'autant plus forte que la Cour de cassation y voit une nullité sans grief, la présence des journalistes portant nécessairement atteinte aux droits de la personne perquisitionnée.

108. Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC.

109. « L'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui résulte des dispositions contestées est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 11 de la Déclaration de 1789 doit donc être écarté » (cons. 12).

110. Crim., 9 janv. 2019, n° 17-84.026, v. J. Pradel, *JCP G* 2019, p. 487, qui retrace l'évolution de la jurisprudence dans le sens de la sévérité à l'égard des journalistes.

111. En défense au pourvoi était invoquée la jurisprudence de la Cour européenne relative à la liberté d'expression.

112. « Constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, la présence au cours de l'exécution de cet acte, d'un tiers étranger à la procédure, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, fût-ce pour en relater le déroulement dans le but d'une information du public ».

113. Note explicative de l'arrêt (www.courdecassation.fr) : « Lorsqu'il s'agit d'examiner la violation par les enquêteurs du secret au moment même où la perquisition est réalisée, la question de la prééminence ou non de l'article 10 de la Convention sur d'autres valeurs protégées ne se pose pas ».

114. *Contra*, J. Pradel, préc.

115. CEDH, 21 janv. 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*, en matière de recel de violation du secret fiscal.

116. Crim., 11 juin 2002, n° 01-85.237, *Bull. crim.* n° 132, *D.* 2004, p. 317, obs. B. de Lamy.

117. Art. 35 *in fine* de la loi du 29 juill. 1881, modifié par la loi n° 2010-1 du 4 janv. 2010.

condamnations ont justifié leurs décisions au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁸. Cette jurisprudence a valu à la France une condamnation de Strasbourg par un arrêt remarqué *Dupuis contre France*¹¹⁹. Très favorable aux journalistes, cette décision marque un recul inquiétant de la présomption d'innocence¹²⁰. Fort heureusement, le secret de l'enquête n'avait pas dit son dernier mot : dans une décision qu'il faut saluer, la Cour européenne a plus récemment approuvé la condamnation d'un journaliste suisse. Elle reconnaît la légitimité d'accorder une protection particulière au secret de l'instruction¹²¹ et encadre, par ce même arrêt, la notion de débat d'intérêt général¹²². Il est heureux de constater que la Cour de Strasbourg revient à plus de mesure dans sa jurisprudence.

Pour sa part, la Chambre criminelle maintient le cap et refuse que la liberté d'expression justifie le recel de documents provenant d'une violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel¹²³. Les objectifs poursuivis par un tel secret entrent dans le cadre des limites apportées à la liberté d'expression par l'alinéa 2 de l'article 10¹²⁴. Dans les différentes affaires qui lui ont été soumises, ce triomphe des droits de la défense sur la liberté d'expression se fait au prix d'un contrôle de proportionnalité. Pour le mener à bien, elle use de critères exigeants qui se sont

traduits, jusque-là, par une mise à l'écart de la liberté d'expression au profit du secret : autrement dit, la jurisprudence nationale plie mais ne rompt point sous la pression de l'article 10.

* * *

En définitive, l'article 10 génère un chambardement profond du droit pénal, concurrençant les faits justificatifs, renouvelant les méthodes de jugement, initiant une réécriture de la loi pénale et marquant un tournant décisif de la jurisprudence, tant en matière de droit de la presse que pour les infractions de droit commun. Peut-être ne sommes-nous tout simplement pas prêt à « surmonter [notre] phobie des mécanismes anglo-saxons prétendument privilégiés par Strasbourg, dominer l'effroi qui [nous] saisit face à tout ce qui ressemble plus ou moins à un gouvernement des juges, maîtriser le chauvinisme qui [nous] empêche de comprendre comment il a bien pu se faire qu'une juridiction supranationale ait été habilitée à donner des leçons de droits de l'Homme au pays qui les a découverts »¹²⁵. Au terme de cette étude, sur laquelle il y aurait encore beaucoup à dire, l'auteur tient à remercier les rédacteurs en chef de la *RDA* de lui avoir permis que sa liberté d'expression justifie de passer outre la rigidité du nombre de caractères imposés : le contrôle de proportionnalité aura cette fois-ci servi sa cause !

118. Par ex. Crim., 19 juin 2001, n° 99-85.188, *Bull. crim.* n° 149; Crim., 13 nov. 2001, n° 00-83.382.

119. CEDH, 7 juin 2007, n° 1914/02, *Dupuis c/ France*.

120. En ce sens J.-P. Marguénaud, « De l'extrême relativité des "devoirs et responsabilités des journalistes d'investigation" », préc.

121. CEDH, 29 mars 2016, n° 56925/08, *Bédart c/ Suisse*, spéc. § 68.

122. A. Lepage, *CCE* 2016, comm. 54 : « le fait qu'un sujet à l'origine d'un article relève de l'intérêt général [...] n'implique pas que tout article qui s'y rapporte soit lui-même d'un tel intérêt ».

123. Crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361, *Bull. crim.* n° 157, *RSC* 2008, p. 95, obs. J. Francillon.

124. Crim., 9 juin 2015, n° 14-80.713, *Bull. crim.* n° 142, *CCE* 2015, comm. 70, A. Lepage.

125. J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 7^e éd., Dalloz, 2016, p. 199.

Un article, une matière

Partie 2 : Articles issus du Code civil

L'article 2 du Code civil et les sources du droit

Dialogue entre l'article 2 et les dispositions transitoires

Sophie Gaudemet

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

1. Des dispositions transitoires. – Le point de départ de la réflexion est connu : la frénésie législative d'un côté, l'importance de connaître sans tarder les modalités d'application dans le temps d'un texte nouveau de l'autre. De là, les dispositions de droit transitoire qui viennent toujours plus régulièrement ponctuer les lois nouvelles. Mais de là aussi les difficultés d'interprétation qu'elles peuvent susciter, en particulier dans leur articulation avec les principes de la matière tels qu'inscrits depuis 1804 à l'article 2 du Code civil.

Ici comme ailleurs, les écrits du doyen Roubier sonnent étonnement moderne. Alors qu'il relevait déjà un recours plus fréquent du législateur aux mesures de droit transitoire, Roubier écrivait : « Certains auteurs, encore imprégnés de la doctrine du XIX^e sur la supériorité de la loi comme source de règles juridiques, encouragent le législateur à intervenir, et y voient parfois un moyen

de salut pour sortir de difficultés jugées par eux à peu près inextricables. D'autres, sans porter de jugement sur l'activité législative en cette matière, se bornent à cette observation que, le législateur intervenant de plus en plus fréquemment, les grands problèmes du droit transitoire auraient moins d'importance qu'autrefois ». Et d'avertir : « encore faut-il supposer que le législateur a bien accompli sa tâche, et que le texte porté n'a pas seulement abouti, comme il arrive parfois, à compliquer le problème »¹.

2. De leur articulation avec l'article 2. – Par la force des choses les dispositions transitoires sont en effet débattues en dernier lieu, à l'heure où les esprits parfois s'épuisent. Il arrive du reste qu'elles s'inscrivent à contretemps dans la procédure parlementaire, notamment lorsque des amendements sont votés sans que les débats de droit transitoire qu'ils pourraient ouvrir ne le soient. S'y ajoutent dans tous les cas la com-

1. P. Roubier, *Le droit transitoire – Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Dalloz, 1960, réimp. 2008, présentation L.-A. Barrière, n° 32, p. 151.

plexité de la matière et plus encore l'impossibilité de tout prévoir.

Aussi, les lois sont-elles à peine votées que les commentaires qui les assortissent s'emploient à analyser ces articles finaux et démêler l'écheveau des domaines respectifs de la loi nouvelle et de la loi ancienne, sans d'ailleurs toujours parvenir aux mêmes résultats. Telles sont les circonstances dans lesquelles la question peut être posée de la place que ce droit transitoire législatif laisse ou non à l'article 2 du Code civil, siège des conflits de lois dans le temps.

3. Éléments d'une politique jurisprudentielle. – L'interrogation n'est pas nouvelle. Dans sa thèse de doctorat, déjà, Thierry Bonneau avait fort minutieusement et compétemment analysé l'« application jurisprudentielle du droit transitoire législatif ». Ce qui avait permis de mettre en évidence que, si le juge donne effet aux mesures de droit transitoire prévues par la loi, il n'exclut pas en certains cas de les corriger à l'aune en particulier de l'interprétation qu'il fait lui-même des objectifs poursuivis par le législateur².

4. Données contemporaines. – Les choses n'ont probablement guère changé, sinon n'ont eu de cesse de le confirmer. De sorte que l'on voudrait simplement saisir l'occasion de cette invitation de la *Revue de droit d'Assas* pour inscrire dans ce débat deux jurisprudences, qui témoignent des hésitations que ces questions emportent toujours aujourd'hui.

L'une a été aussi remarquée que controversée, possiblement parce qu'elle portait sur une matière qui l'est elle-même : les baux. L'autre est restée moins vue et débattue, possiblement parce qu'elle concernait une matière plus confidentielle : la prescription en droit des successions. Dans la première hypothèse, la Cour de cassation juge la loi nouvelle immédiatement applicable là où la survie de la loi ancienne est en principe la règle, en admettant de donner effet à l'article 2 du Code civil par-delà les dispositions transitoires de la loi ALUR du 24 mars 2014 (I). Dans la seconde, et à l'inverse, elle juge la loi ancienne applicable là où l'effet immédiat de la loi nouvelle est en principe la règle, en faisant produire effet aux dispositions transitoires de la

loi du 23 juin 2006 sur les successions et les libéralités par-delà l'article 2 du Code civil (II). À dire vrai, ni l'une ni l'autre solution n'emportent pleinement la conviction et invitent surtout à s'interroger sur la place respective du droit transitoire législatif et de l'article 2 du Code civil (III).

I. L'article 2 par-delà les dispositions transitoires ?

5. L'article 14 de la loi ALUR. – Les difficultés sont nées de la loi du 24 mars 2014 – pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové (ALUR) – en ce qu'elle a modifié le droit des baux. L'article 14 de la loi de 2014 a en effet consacré le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle – « les contrats en cours de location à la date d'entrée en vigueur de la présente loi demeurent soumis aux dispositions qui leur étaient applicables » – avant d'énumérer quelques dispositions « toutefois » applicables aux contrats en cours à la date de son entrée en vigueur.

6. L'avis de 2015. – Rapidement, la question a été débattue des effets dans le temps des dispositions non visées par l'article 14 comme applicables aux baux en cours. À la lettre du texte on a opposé son esprit. Ainsi, à ceux qui firent classiquement valoir que ce qui ne relève pas de l'exception est de l'ordre du principe, et donc en l'espèce de la survie de la loi ancienne, d'autres opposèrent l'intention du législateur, qui aurait été de donner à l'effet immédiat un plus large domaine que celui que l'article 14 laissait à croire.

Presque aussi rapidement, le voile a été levé : alors que des juridictions du fond paraissaient en faveur de la première thèse³, la Cour de cassation, saisie au titre de la procédure d'avis par un tribunal parisien, s'est prononcée le 16 février 2015 en faveur de la seconde. Elle a ainsi ajouté à la liste des textes dont l'article 14 de la loi de 2014 avait lui-même prévu l'application aux baux en cours. Ledit article n'est d'ailleurs pas même mentionné dans la réponse de la Cour : « La loi nouvelle régissant immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris

2. T. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, préf. M. Gobert, PUF, 1990, n° 198 et s.

3. Voir par ex. CA Paris, 1^{er} juill. 2014, n° 12/23120, JurisData n° 2014-015894 ; CA Paris, 17 févr. 2015, n° 14/03164, JurisData n° 2015-009145.

naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, il en résulte que l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi du 24 mars 2014 en ce qu'il donne au juge la faculté d'accorder un délai de trois ans au plus au locataire en situation de régler sa dette locative s'applique aux baux en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2014 »⁴.

7. Exit les dispositions transitoires. – Telles sont donc les circonstances dans lesquelles la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'application de l'article 27, 5° de la loi ALUR aux baux en cours, en tant qu'il a donné au juge la faculté d'accorder au locataire un délai de paiement allant jusqu'à trois ans, au lieu de deux, par suspension des effets d'une clause résolutoire.

Les raisons n'en sont que très peu explicitées par l'avis. En revanche, la publicité donnée par la Cour de cassation sur son site internet au rapport du conseiller rapporteur, aux conclusions du premier avocat général ainsi qu'à une « notice explicative relative à l'avis » permet d'en apprendre davantage⁵.

D'une part, il y est fait état de l'intention du législateur, dont l'objectif était de favoriser le locataire défaillant, en sorte qu'il ne convenait pas de retarder la protection voulue par la loi nouvelle. Au demeurant, l'époque était celle des débats parlementaires sur ce qui allait devenir la loi dite croissance, du 6 août 2015, dans laquelle le législateur allait reprendre la plume pour prévoir l'application de ces mêmes dispositions aux baux en cours, quoiqu'à compter de sa propre publication⁶.

D'autre part, on trouve l'idée que la question envisagée par l'article 24 serait plus simplement et plus fondamentalement exclue du champ d'application de l'article 14. La situation visée par l'article 24 ne ferait pas partie des questions relatives aux effets du contrat, seuls régis par l'article 14 de la loi ALUR. Ce qui expliquerait que le juge ait été libre d'en déterminer les effets dans

le temps par application des principes de solution résultant de l'article 2 du Code civil, lesquels sont mentionnés dans l'avis par la référence aux « effets légaux » des situations en cours. Les conclusions de l'avocat général sont en ce sens : « La loi nouvelle doit se comprendre à la lumière des principes généraux en la matière qui supposent que les dispositions contractuelles prohibent l'application immédiate aux contrats en cours (par application des principes de l'article 2 du Code civil) sauf dispositions légales contraires ou en raison de leur caractère d'ordre public impératif ou de protection »⁷. Et la « notice explicative » qui assortit l'avis précise quant à elle sans ambages : « Cette réponse trouve son fondement dans l'article 2 du Code civil qui s'applique indépendamment de l'existence des dispositions transitoires prévues par l'article 14 de la loi ALUR, lesquelles ne visent que ce qui entre dans le champ contractuel du bail ».

8. À la recherche des justifications. – Serait-ce qu'il y avait, dans cette faculté donnée au juge d'accorder au locataire un plus long délai de paiement, quelque chose de quasi-procédural au sens du droit transitoire ? En quoi la situation juridique en cause, pour reprendre l'analyse de Roubier, relèverait non pas tant des effets d'un contrat en cours que de l'office du juge. La question aurait possiblement pu être posée en ces termes : savoir si l'article 14 régissait les seuls effets des baux en cours à l'exclusion des pouvoirs accordés au juge, quant à eux d'effet immédiat. En réalité, l'avis de 2015 allait déjà au-delà, et les décisions ultérieures semblent bien l'avoir confirmé.

9. Et depuis 2015. – Les choses ne se sont en effet pas arrêtées là. La Cour de cassation a eu à connaître, au contentieux cette fois, d'autres dispositions dont l'article 14 de la loi de 2014 n'avait pas prévu l'application aux baux en cours. Elle les a, à leur tour, jugées immédiatement applicables.

4. Cass. avis, 16 févr. 2015, n° 14-70.011, *Bull. avis* n° 2, *D.* 2015, p. 489, rapp. R. Parneix et concl. Y. Charpenel ; *D.* 2015, p. 1178, obs. N. Damas ; *AJD* 2015, p. 608, obs. N. Damas ; *RTD civ.* 2015, p. 569, obs. P. Deumier ; *Loyers et copr.* 2015, comm. 88, obs. B. Vial-Pedroletti ; V. Zalewski-Sicard, « Application dans le temps, baux d'habitation et loi ALUR : le pouvoir législatif de la Cour de cassation ? », *Rev. loyers* 2015, p. 180.

5. Sur la place faite en la circonstance aux « diffusions annexes » de nature à éclairer l'avis, voir P. Deumier, préc., n° 4.

6. L. n° 2015-990 du 6 août 2015, art. 82, II, déclarant notamment applicables aux baux en cours à la date de sa publication les articles 22 et 24 de la loi du 6 juillet 1989, dans leur rédaction issue de la loi ALUR, ainsi que l'article 15. *Addé* B. Vial-Pedroletti, « Droit transitoire sur droit transitoire : comment concilier les dispositions ALUR et Macron ? », *Loyers et copr.* 2015, étude 13.

7. Y. Charpenel, concl. préc., n° 4.

Il en a été ainsi de l'article 15, III, de la loi du 6 juillet 1989, dans sa rédaction issue de la loi ALUR, suivant lequel un bailleur ne peut refuser à des preneurs d'un certain âge le renouvellement de leur bail sans qu'une offre de logement leur soit faite⁸. Mais il en a également été ainsi de l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989, qui a renforcé les pénalités dues en cas de restitution tardive au locataire du dépôt de garantie : « la loi nouvelle régissant immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, il en résulte que la majoration prévue par l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi du 24 mars 2014 s'applique à la demande de restitution formée après l'entrée en vigueur de cette dernière loi »⁹.

10. À la recherche des justifications. – Pouvaient-on dans ce dernier cas tirer argument des objectifs poursuivis par la loi nouvelle ? Cela ne tombe pas sous le sens : la règle visait moins à protéger un locataire défaillant qu'à sanctionner un bailleur récalcitrant. Quant à l'argument tiré du domaine de l'article 14 de la loi de 2014, il pourra paraître fragile : la restitution d'un dépôt de garantie serait-elle étrangère à l'exécution du contrat de bail, et par là même à ce qui relève en droit transitoire des effets du contrat ?

Bref, les intentions affichées en 2015 ont été dépassées. Et le sentiment naît que la Cour de cassation aurait comme « repris la main » sur les dispositions transitoires de la loi du 24 mars 2014 en attendant peut-être que les corrections apportées par la loi croissance de 2015 ne s'appliquent à leur tour. Pourtant, et dans le même temps, il est d'autres jurisprudences qui paraissent bien témoigner d'une attitude inverse.

II. Les dispositions transitoires par-delà l'article 2 ?

11. L'article 47, II, de la loi de 2006. – La question trouvait ici son origine dans la réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006. S'inscrivant dans une politique législative contemporaine, la loi de 2006 a réduit différents

délais de prescription, dont celui de l'action en réduction des libéralités excessives pour atteinte à la réserve héréditaire. Jusque-là soumise au délai de droit commun de trente ans à compter du décès, par application de l'ancien article 2262 du Code civil, l'action en réduction se prescrit désormais par « cinq ans à compter de l'ouverture de la succession, ou [...] deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans jamais pouvoir excéder dix ans à compter du décès », aux termes du nouvel article 921 alinéa 2 du Code civil.

Or, s'il est acquis que le nouveau délai de prescription s'est appliqué aux successions ouvertes à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le 1^{er} janvier 2007, la question était en revanche posée de celles ouvertes avant cette date. On aurait pu penser trouver la solution dans une jurisprudence établie, suivant laquelle la loi nouvelle qui réduit un délai de prescription s'applique aux prescriptions en cours, à compter de son entrée en vigueur, sans que la durée totale puisse dépasser celle initiale décomptée à partir du point de départ originaire¹⁰. C'est dire que, pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007, l'action serait éteinte à l'échéance du premier des deux délais – cinq ans depuis le 1^{er} janvier 2007 ou trente ans depuis l'ouverture de la succession. Aussi, l'ensemble des actions auraient été prescrites au plus tard le 1^{er} janvier 2012, sauf causes de suspension ou d'interruption.

12. Exit l'article 2. – Mais c'était sans compter l'interprétation jurisprudentielle des dispositions transitoires de la loi de 2006. En effet, son article 47, II, prévoit une liste de dispositions immédiatement applicables, « y compris aux successions ouvertes non encore partagées à cette date », et le texte poursuit en énonçant que « les autres dispositions de la présente loi sont applicables aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur, y compris si des libéralités ont été consenties par le défunt antérieurement à celle-ci ». Or l'article 13 de la loi de 2006, qui a donné à l'article 921 du Code civil sa nouvelle

8. Civ. 3^e, 23 nov. 2017, n° 16-20.475, à paraître au *bull.* En sens contraire, CA Paris, 1^{er} oct. 2015, n° 14/14713, *JurisData* n° 2015-027023 ; *Loyers et copr.* 2016, comm. 6, obs. B. Vial-Pedroletti.

9. Civ. 3^e, 17 nov. 2016, n° 15-24.552, à paraître au *bull.*, *D.* 2017, p. 1149, obs. N. Damas ; *AJDI* 2017, p. 281, obs. N. Damas ; *RTD civ.* 2017, p. 118, obs. H. Barbier ; *RDC* 2017, p. 67, obs. J.-B. Seube ; *Loyers et copr.* 2017, n° 2, obs. B. Vial-Pedroletti.

10. Par ex. Civ. 2^e, 13 nov. 1963, *Bull. civ.* II n° 724 ; Civ. 1^{re}, 12 juill. 1972, n° 67-14.353, inédit.

rédaction, ne fait effectivement pas partie des textes dont l'article 47, II, prévoit l'application aux successions en cours.

La Cour de cassation en a déduit, en 2017 et à plusieurs reprises depuis, que le nouveau délai de prescription des actions en réduction n'était applicable qu'aux successions ouvertes à partir du 1^{er} janvier 2007. Elle a ainsi jugé que l'article 921 alinéa 2, dans sa rédaction issue de la loi de 2006, « n'est applicable, aux termes [de l'article 47, II de la loi de 2006], qu'aux successions ouvertes à compter de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007, de la loi précitée »¹¹. Exit cette fois-ci les principes de solution tirés de l'article 2 du Code civil et consacrés depuis lors à l'article 2222 du même code par la réforme de la prescription du 17 juin 2008¹².

13. À la recherche des justifications. – Argument a-t-il été tiré des travaux préparatoires de la loi de 2006 ? C'est tout sauf évident. Leur lecture apprend en effet que la disposition transitoire contenue dans le texte initialement déposé sur le bureau du Parlement consistait en une simple application de la loi nouvelle aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur. Elle se lisait ainsi : « Les dispositions de la présente loi seront applicables, quelle que soit la date des libéralités en cause, aux successions ouvertes postérieurement à son entrée en vigueur »¹³. Et c'est par la suite que le texte a été complété d'une liste de dispositions immédiatement applicables, toutes de nature substantielle, avant d'être voté dans sa rédaction définitive : « Les autres dispositions de la présente loi sont applicables aux successions ouvertes à compter de son entrée en vigueur, y compris si des libéralités ont été consenties par le défunt antérieurement à celle-ci ». Il ne s'agissait donc que de réaffirmer une solution de principe.

Dans ces conditions, il est tout aussi difficile d'affirmer que l'application littérale de l'ar-

ticle 47, II, procède d'une interprétation de l'intention du législateur. Il est douteux en effet qu'en faisant le choix d'une solution parfaitement classique – l'application de la loi nouvelle aux successions ouvertes à partir de son entrée en vigueur – le législateur ait voulu déroger à une autre solution tout aussi classique – l'application aux prescriptions en cours de la loi nouvelle qui en diminue le délai. La lettre de la loi, il faut l'admettre, vise maladroitement « les autres dispositions de la présente loi » comme applicables aux successions ouvertes depuis son entrée en vigueur. Il n'en est pas moins permis de douter que le législateur ait « bien pris conscience que, parmi les règles nouvelles dont il réglait ainsi l'application dans le temps, il s'en trouvait qui étaient des règles de prescription, dont l'application dans le temps est en principe autrement déterminée »¹⁴.

Tout ceci sans compter les hésitations que la solution a fait naître dans la détermination du délai de prescription applicable aux successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007 : s'agit-il du délai trentenaire reconduit par la loi de 2006 comme pouvaient le laisser à penser les arrêts de 2017 ou du délai de cinq ans applicable aux actions personnelles ou mobilières depuis la réforme de la prescription du 17 juin 2008 comme pourraient ne pas l'exclure les derniers arrêts de la Cour de cassation¹⁵ ? L'ensemble est d'autant plus regrettable que le délai de l'action en réduction n'est pas le seul modifié par la réforme de 2006.

III. Place respective des dispositions transitoires et de l'article 2

14. Cohérence d'ensemble ? – Pourquoi dans un cas faire triompher les principes de solution de l'article 2 du Code civil sur les dispositions de droit transitoire et dans l'autre les faire céder

11. Civ. 1^{re}, 22 févr. 2017, n° 16-11.961, à paraître au *bull.*, *RTD civ.* 2017, p. 463, obs. M. Grimaldi ; *AJF* 2017, p. 256, obs. S. Ferré-André ; *Dr. fam.* 2017, comm. 105, obs. M. Nicod ; *RJPF* 2017, n° 4, p. 49, obs. F. Sauvage ; Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-13.961, inédit, *Dr. fam.* 2017, comm. 165, obs. M. Nicod. Rapp. Civ. 1^{re}, 10 janv. 2018, n° 16-27.894, *Bull. civ.* I n° 5, *Defrénois* 2018, n° 42, p. 45, obs. B. Vareille ; *AJF* 2018, p. 187, obs. J. Casey.

12. Il dispose en son alinéa 2 que, « en cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ».

13. Pj. loi AN, n° 2427 du 29 juin 2005, art. 27, II.

14. M. Grimaldi, préc., n° 11.

15. V. not. Civ. 1^{re}, 3 oct. 2019, n° 18-19.783, inédit, *Defrénois* 23 janv. 2020, 33, obs. S. Gaudemet, encore que la Cour de cassation se prononce sur le point de départ du délai de prescription et non pas sur sa durée.

devant les dispositions de droit transitoire ? Pourquoi admettre de déroger à la survie de la loi ancienne en matière contractuelle là où le législateur a lui-même prévu une liste d'articles immédiatement applicables et refuser d'appliquer immédiatement un nouveau délai à une prescription en cours là où le législateur peut donner le sentiment de n'avoir pas tranché la question ?

15. Éléments d'un dialogue. – En logique, l'articulation des dispositions transitoires et du droit commun des conflits de lois dans le temps devrait avant tout procéder de l'identification du domaine exact des questions dont le législateur a lui-même prévu les effets dans le temps aux termes de ses dispositions transitoires. Il y a en effet les questions que la loi a pris le parti de trancher et celles qu'elle a – intentionnellement ou par inadvertance – passées sous silence. Dans ces conditions, l'article 2 du Code civil ne devrait-il pas être présumé s'effacer devant les premières tandis qu'il serait à même de résoudre les secondes ? Ce serait s'efforcer de ne pas contredire le droit transitoire législatif, qui participe en général lui-même d'une politique propre¹⁶, sans exclure de le compléter là où le législateur n'a pas souhaité ou pensé s'aventurer.

La mise en œuvre de la distinction ne va sans doute pas sans hésitations. Il se pourrait d'ailleurs que les jurisprudences précitées en témoignent, qui auraient tenté de se frayer un chemin dans cette voie sans que leurs conclusions n'emportent nécessairement la conviction. Et l'on voit poindre la crainte d'explications *a posteriori*, partant du résultat souhaité pour remonter à l'identification des questions tranchées ou non par les dispositions transitoires. Mais ne serait-ce pas un moindre mal dans une matière où toute systématisation est délicate et où la jurisprudence reste empreinte de pragmatisme ?

Ce serait notamment ne pas en principe ajouter aux articles dont la loi nouvelle prévoit l'application immédiate aux contrats en cours, alors que, par ailleurs, elle consacre la règle de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle¹⁷. Et ce serait à l'inverse faire produire effet aux principes des conflits de lois dans le temps applicables en matière de prescription là où la loi nouvelle ne les a pas ouvertement écartés. Sans bien entendu tout résoudre, un tel critère, pris de l'étendue des situations juridiques régies par les dispositions transitoires, donnerait à tout le moins un guide à l'interprète.

16. V. F. Dekeuwer-Défossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1977 ; J.-L. Bergel, « Dispositions transitoires et méthode législative », *RRJ* 1999, p. 1515 ; G. Eveillard, *Les dispositions transitoires en droit public français*, préf. J. Petit, Dalloz, 2007 ; N. Bareït, *Le droit transitoire de la famille*, préf. J.-J. Lemouland, Defrénois, 2010.

17. Voir aussi F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 573.

Un article, une matière

L'article 6 du Code civil et les clauses de médiation et de conciliation

Valérie Lasserre

Professeure agrégée à l'Université du Mans

Introduction

1. Vogue des modes amiables de résolution des différends. – De multiples raisons sont à l'origine de la vogue des modes amiables de résolution des différends : leur philosophie et leur efficacité, autant que leur inscription dans une logique économique de restriction budgétaire¹. La promotion de la conciliation et de la médiation est l'objet de nombreux textes législatifs qui, depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995², s'efforcent de détourner les justiciables des tribunaux en leur offrant d'autres moyens, plus rapides et moins coûteux, de trouver des solutions qui pourraient être aussi meilleures que celles apportées par une décision de justice, c'est-à-dire à la fois plus adaptées et créatives, mieux acceptées et plus constructives pour l'avenir. Tous les litiges ne sont pas légitimes à la conciliation ou à la médiation, mais nombreux

sont les praticiens qui savent que le règlement d'une partie non négligeable des causes pourrait faire l'objet d'une tentative de traitement amiable aux fins de rechercher un accord, soit en amont de l'instance, soit au cours de celle-ci. Les difficultés actuelles sont en France principalement liées à un manque de cadre. Cette absence concerne non seulement l'institutionnalisation de la médiation dans les juridictions et la formation des médiateurs, des conciliateurs et des professionnels du droit (juges et avocats principalement), mais aussi le régime de la conciliation et de la médiation judiciaires qui mériterait d'être clarifié et amélioré en de nombreux points.

2. Clauses de conciliation et de médiation. – C'est dans ce contexte *a priori* relativement favorable aux modes amiables de règlement des différends que se pose la question du régime des clauses de conciliation et de médiation. Par ces clauses, les parties à un contrat conviennent en

-
1. « La médiation puise ses racines à la fois dans la tradition libérale mais aussi dans les positions des républicains solidaristes, des catholiques sociaux et des socialistes autogestionnaires » (J. Faget, *Les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse, Érès, 2010, p. 72).
 2. La loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative; le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires; l'ordonnance n° 2011-1450 du 16 novembre 2011 de transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale; les décrets n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, n° 2014-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends; la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques; le décret n° 2016-514 du 26 avril 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires; le décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016 portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique; la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle; le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel; la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice; les décrets n° 2019-1089 du 25 octobre 2019 relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage et n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

amont, dès sa conclusion, de subordonner les actions judiciaires relatives au contrat à une tentative préalable et obligatoire de recherche d'une solution amiable avec l'aide d'un tiers, médiateur ou conciliateur³. Les modes amiables ont dès lors une origine « purement »⁴ conventionnelle et sont régis par les articles 1528 et s. du Code de procédure civile. Selon l'article 1530 de ce code, « la médiation et la conciliation conventionnelle régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». Dès lors qu'elle est suffisamment précise quant aux conditions particulières de mise en œuvre du mode amiable⁵, une clause de conciliation ou de médiation impose dès lors aux parties deux obligations. La première est une obligation de faire consistant à mettre effectivement en œuvre la procédure de conciliation ou de médiation. La seconde est une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire de ne pas porter le différend devant le juge ou l'arbitre tant que la clause de conciliation ou de médiation n'a pas été appliquée et pendant toute la durée du processus de règlement amiable. Tandis que la conciliation ou la médiation judiciaires sont une parenthèse contractuelle proposée par le juge et acceptée par les parties au sein de l'instance, les clauses de médiation consacrent l'engagement des parties de tenter la voie amiable dans l'éventualité de la survenance d'un litige sur le contrat. Comptées parmi les clauses de règlement des litiges, elles sont souvent rapprochées des clauses compromissaires. Toutefois elles s'en distinguent du fait de la nature exclusivement amiable et non juridictionnelle de la conciliation et de la médiation. Dans la

pratique, les clauses de conciliation et de médiation sont très utiles. Leur prévision est de plus en plus fréquente parce qu'elles répondent à un principe d'efficacité et d'utilité bien connu du droit des contrats et revivifié par la dernière réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations), notamment relativement au choix de la sanction la plus adaptée en cas d'inexécution contractuelle. Les opérateurs économiques y sont évidemment sensibles. Par ces clauses, les parties s'accordent sur un nouveau devoir de coopération dans la perspective d'une gestion optimale d'éventuels conflits à venir. Ces clauses de mode amiable de résolution des différends participent très pragmatiquement d'un principe de stratégie de résolution des conflits et d'une forme spécifique de justice contractuelle. Toutefois, les professionnels du droit rédacteurs d'actes expriment aussi leur appréhension en raison des incertitudes de leur régime.

3. Validité et sanction des clauses de conciliation et de médiation.

– Le principe de la liberté contractuelle a permis la validation des clauses de conciliation ou de médiation. Depuis une quinzaine d'années, la Cour de cassation s'est prononcée de plus en plus souvent sur leur régime. Mettant fin à des hésitations jurisprudentielles, la chambre mixte de la Haute Cour a jugé, par son arrêt du 24 février 2003, qu'« il résulte des articles 122 et 124 du Code de procédure civile que les fins de non recevoir ne sont pas limitativement énumérées; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non recevoir qui s'impose au juge si

-
3. L. Cadiet, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *LPA* 5 mai 2000, p. 30; S. Amrani-Mekki, « La clause de conciliation », in *La médiation*, Dalloz, 2009, p. 29; L. Weiller, « Le développement des clauses de médiation et leur réception par la Cour de cassation », in A. Leborgne (dir.), *La médiation civile : alternative ou étape du procès*, PUAM, 2018, p. 31; N. Fricero, « Médiation et contrat », *AJ contrat* 2017, p. 356.
 4. Il est précisé « purement » parce que les modes amiables de règlement des litiges, lorsqu'ils sont diligents par le juge, ont toujours également et nécessairement une nature consensuelle.
 5. Civ. 3^e, 11 juill. 2019, n° 18-13.460; Com., 19 juin 2019, n° 17-28.804; H. Barbier, « Vers une interprétation stricte du champ des clauses de conciliation ou de médiation », *RTD civ.* 2019, p. 578.

les parties l'invoquent »⁶. Une clause de conciliation obligatoire rend irrecevable toute demande en justice portant sur le fond du litige tant que la preuve n'est pas rapportée de la tentative de conciliation et de son échec. Cette solution a été appliquée à la clause de médiation⁷. Depuis 2003, le régime des clauses de conciliation et de médiation n'a cessé d'être précisé par les tribunaux⁸. Il n'est pas lieu de le présenter dans le cadre de cet article qui se limitera aux questions de la validité et de l'efficacité des clauses de conciliation et de médiation eu égard au devoir de respecter l'ordre public.

4. Principe d'exclusion de toute conciliation ou médiation pour les matières relevant de l'ordre public.

– En principe, les matières d'ordre public sont exclusives de toute conciliation ou médiation. Plusieurs dispositions le justifient : l'article 6 du Code civil⁹ et les nouveaux articles 1102¹⁰ et 1162¹¹ du même code qui lui font écho. Quant à l'article 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, il en est le fondement procédural : « L'accord auquel parviennent les parties (à l'issue d'une médiation qui a réussi) ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition ». L'exclusion des matières d'ordre public de la sphère contractuelle s'explique par le fait que « l'État adresse un rappel à l'ordre aux contractants s'ils veulent toucher à des règles qu'il regarde comme essentielles »¹²; « Contre l'ordre public la volonté des contrac-

tants est impuissante »¹³. Marqués au coin de l'impérativité et donc de l'indisponibilité, certains domaines juridiques ne sont pas susceptibles de constituer l'objet d'un contrat et plus spécifiquement d'une transaction¹⁴. *A fortiori* ne peuvent-ils être l'objet d'une obligation préalable de conciliation ou de médiation, dont l'objectif fondamental est d'aider les parties à trouver un accord sur leur conflit, voire à transiger sur l'objet du litige.

5. Pas d'atteinte de principe aux libertés fondamentales.

– Même lorsqu'elles portent sur des matières éligibles à la transaction, les clauses relatives au règlement des litiges n'en affectent pas moins le droit d'agir en justice et l'accès au juge. Et l'on aurait pu craindre que l'effectivité du droit au juge ne soit considérée comme bafouée par la prévision de clauses de conciliation ou de médiation donnant au droit d'agir un caractère de disponibilité sujet à caution. Les cours européennes ont dû se prononcer sur cette potentielle violation des libertés et droits fondamentaux, non pas à propos des clauses de conciliation ou de médiation, mais de l'obligation légale préalable de conciliation ou de médiation à peine d'irrecevabilité de la demande en justice. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'obligation d'un préalable de médiation ou de conciliation à peine d'irrecevabilité de la demande ne constitue pas une entrave disproportionnée à l'accès au juge, dans la mesure où la partie conserve le droit de refuser l'accord et de saisir le tribunal, et où le but poursuivi par le

-
6. Ch. mixte, 24 févr. 2003, n° 00-19.423, *Bull. ch. mixte* n° 1, *D.* 2003, p. 1386, obs. P. Ancel et M. Cottin; *D.* 2003, p. 2480, obs. T. Clay; *Dr. sociétés* 2003, p. 890, obs. M. Keller; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages; *RTD civ.* 2003, p. 349, obs. R. Perrot; *Rev. arb.* 2003, p. 403, obs. C. Jarrosson; *CCC* 2003, p. 84, obs. L. Leveneur; *JCP* 2003, p. 142, nos 13 et s., obs. G. Virassamy; *Defrénois* 2003, art. 37810, n° 86, obs. R. Libchaber. V. aussi, dans le même sens, *Com.*, 17 juin 2003, nos 99-16.001, *D.* 2003, p. 2480, obs. T. Clay; *RTD civ.* 2004, p. 136, obs. R. Perrot; *CCC* 2003, p. 134, obs. L. Leveneur; P. Ancel et M. Cottin, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.* 2003, p. 1386.
 7. *Civ.* 1^{re}, 8 avr. 2009, n° 08-10.866, *Bull. civ. I* n° 78, *D.* 2009, p. 2970, obs. T. Clay; *JCP* 2009, n° 26, p. 20, obs. O. Cuperlier; *D.* 2009, p. 1284, obs. X. Delpéch; *D.* 2010, p. 179, obs. N. Fricero; *Rev. arb.* 2009, p. 220, chron. J.-Ph. Tricoit; *RTD civ.* 2009, p. 774, obs. Ph. Théry.
 8. H. Kenfak, « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire en dehors de toute instance », *D.* 2015, p. 384.
 9. « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».
 10. « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi (alinéa 1^{er}). La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public (alinéa 2^o) ».
 11. « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».
 12. J. Carbone, *Droit civil, Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 69, p. 145.
 13. J. Carbone, *Droit civil, Introduction*, 26^e éd., PUF, 1999, n° 131, p. 238.
 14. X. Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 217.

législateur est d'améliorer le fonctionnement de la justice et de proposer une solution conforme aux intérêts et aux besoins des personnes¹⁵. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle a estimé que le principe de protection juridictionnelle effective, réaffirmé à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne s'opposait pas à une réglementation nationale subordonnant l'introduction d'un recours juridictionnel en matière de services de communications électroniques et de consommation à la mise en œuvre préalable de procédures de conciliation et de médiation extrajudiciaires, lorsque ces procédures n'aboutissent pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraînent pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspendent la prescription des droits concernés et ne génèrent pas de frais, ou génèrent des frais peu importants, pour les parties, pour autant, toutefois, que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès aux dites procédures et que des mesures provisoires sont possibles dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose¹⁶. Si le préalable obligatoire de règlement amiable n'est pas contraire aux impératifs de la jurisprudence européenne sur le droit au recours effectif, *a fortiori* les clauses de conciliation ou de médiation, qui fondent une obligation conventionnelle, donc consentie, et profitent des dispositions relatives à la suspension de la prescription de l'article 2238 du Code civil, ne devraient pas davantage y contrevenir¹⁷. Le règlement amiable des litiges, dit aussi règlement extrajudiciaire, semble même devenir un nouveau terrain de l'ordre public « procédural » européen, ce dont témoignent déjà plusieurs textes¹⁸. Néanmoins, on présente souvent le fait qu'une clause de conciliation ou de médiation

affecte nécessairement l'accès au juge comme la raison du principe de son interprétation stricte. Cette question n'épuise pas le problème de l'ordre public et l'étude de cet aspect est beaucoup plus compliquée qu'il ne paraît au premier abord.

6. Difficultés du rapport entre les clauses de conciliation ou de médiation et l'ordre public.

Plusieurs causes expliquent les difficultés du rapport entre les clauses de conciliation et de médiation et l'ordre public : la notion d'ordre public, l'extension du domaine de la conciliation et de la médiation et la difficulté de circonscrire les effets de la violation de l'ordre public non susceptible d'entente contractuelle.

Tout d'abord, la notion d'ordre public est à la fois essentielle, structurante et fédératrice, tout en étant simultanément une notion aux contours flous et évolutifs, nécessitant d'être continuellement précisée au fil du temps¹⁹. Jean Carbonnier n'avait-il pas constaté qu'« il arrive que le critère de l'ordre public soit difficile à dégager. L'idée générale – et vague – est celle d'un intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en cause »²⁰ ? L'ordre public, qui n'a jamais été un bloc homogène, évolue dans le sens d'un accroissement chronique dont rend compte une liste continuellement enrichie de qualificatifs : ordre public de l'État, ordre public processuel, ordre public pénal, ordre public économique, ordre public social, ordre public des personnes et de la famille, ordre public des biens²¹. Qualificatifs auxquels on peut en ajouter d'autres encore : ordre public national, européen, absolu, dit « dérogoire », écologique, humaniste, classique, contemporain, de protection, de direction, de gestion²², du respect de la société, du respect de l'individu²³ ou des liber-

15. CEDH 26 mars 2015, n° 11239/11, *Momcilovic contre Croatie*, RTD civ. 2015, p. 698, obs. P. Théry.

16. CJUE, 14 juin 2017, n° C-75/16, *Menini et Rampanelli*.

17. Dans un cas où la suspension de la prescription était limitée : Civ. 1^{re}, 9 juin 2017, RTD civ. 2017, p. 653, obs. H. Barbier ; où la limitation de la suspension du délai de prescription, dans le cas de la mise en œuvre du processus de médiation devant le médiateur national de l'énergie, est écartée pour violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (droit d'accès au juge).

18. Directive 2008/52/CE du parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ; directive 2013/11/JE du parlement européen et du conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

19. Y. Lequette, « Les mutations de l'ordre public contractuel », RDC 2012, p. 262.

20. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, op. cit., p. 229, n° 126.

21. J.-J. Lemouland, G. Piette, « Ordre public et bonnes mœurs », Répertoire Dalloz Droit civil, 2019.

22. *Ibid.*, spéc. n° 110.

23. *Ibid.*, spéc. n° 92.

tés²⁴, tiré des droits fondamentaux²⁵. Par exemple, participant de la « socialisation » ou de la « consumérisation » de la théorie générale du contrat, la dernière réforme du droit des contrats rend compte de la volonté de protéger les contractants par des dispositions impératives plus nombreuses qu'auparavant. Mais ceci n'est qu'un aspect. À côté de ce foisonnement de règles et de principes d'ordre public pléthoriques et diversifiés, l'ordre juridique favorise aussi l'autonomie de la volonté, la contractualisation et la privatisation de la plupart des institutions et des domaines juridiques qui étaient jadis soustraits à la liberté individuelle. Par suite, l'hétérogénéité de l'ordre public et de l'impérativité, et les incertitudes provenant d'une idéologie forte du respect de la volonté individuelle (que la mondialisation et le monde numérique ont prodigieusement renforcée) ne peuvent qu'avoir des répercussions sur le régime des clauses de conciliation ou de médiation.

Ensuite, l'extension des modes amiables de règlement des litiges semble avoir ignoré les limites de l'ordre public. Si les matières d'ordre public sont exclusives de toute conciliation ou médiation, il faudrait alors s'en tenir aux principes et y interdire les modes amiables de résolution des conflits. Pourtant, force est de constater que la médiation a peu à peu investi tous les secteurs du droit sans exception. Par exemple, sont admises et réglementées la médiation pénale (dans une acception certes tout à fait spécifique), la médiation de consommation (qui est en réalité davantage une conciliation), notamment en ligne, la médiation en droit du travail, en dépit de l'existence d'un bureau de conciliation et d'orientation, à côté du bureau de jugement dans les Conseils des prud'hommes. La médiation a même investi le droit public²⁶. L'ordre public absolu, tout comme l'ordre public de protection ne sont donc pas réfractaires à cette nouvelle forme de contractualisation de la justice que représente l'amiable globalement favorisé par le système juridique. Dans quelle mesure cette faveur s'applique-t-elle aux clauses de conciliation ou de médiation ?

Enfin, circonscrire les effets de la violation de l'ordre public non susceptible d'une entente

contractuelle est parfois difficile. Non seulement l'ordre public s'est subdivisé en catégories de règles dont la force est variable à la faveur de la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public absolu qui n'est pas toujours claire. Mais, de surcroît, une clause de conciliation ou de médiation peut être valide dans sa généralité, tout en étant inefficace ou restreinte dans sa portée lorsque certaines actions spécifiques sont intentées. Dès lors, comprendre le rapport entre l'ordre public et les clauses de conciliation et de médiation exige une approche juridique méticuleuse des règles dont la violation pourrait conduire à une demande en justice et une adaptation des réponses par le jeu de l'interdiction, de l'inefficacité ou de la portée de la clause.

7. Plan. – Pour exposer les règles de validité et d'efficacité régissant les clauses de conciliation et de médiation, il est utile de réfléchir sur le destin de ces clauses dans trois cas. Seront envisagées tour à tour les sanctions des clauses de règlement amiables insérées dans des conventions contraires à l'ordre public, les sanctions de ces clauses comprises dans des contrats conclus entre certaines catégories de personnes, enfin, les obstacles à leur mise en œuvre lorsque certaines actions d'une force particulières sont intentées.

I. Sanctions des clauses de conciliation ou de médiation insérées dans des conventions contraires à l'ordre public

8. Nullité ou inefficacité de la clause de conciliation ou de médiation en cas de violation de règles protectrices de l'intérêt général. – Les matières d'ordre public sont en principe « indiscutables », c'est-à-dire non susceptibles de pourparlers, ni d'ententes. Par suite, les clauses de médiation ou de conciliation sont également exclues. Une difficulté provient du fait que l'ordre public recouvre des règles d'une force variable. Les clauses de règlement amiables seront sûrement exclues dans les cas où l'ordre public absolu est en cause et où la violation des règles impératives protectrices de l'intérêt géné-

24. *Ibid.*, spéc. n° 96.

25. *Ibid.*, spéc. n° 145.

26. *La médiation, APD*, Dalloz, 2019.

ral est sanctionnée par la nullité absolue de la convention. Dans les matières où les parties ne peuvent transiger (du fait que le contrat de transaction méconnaîtrait dans leur principe les droits consacrés par des dispositions impératives), elles ne peuvent pas davantage s'engager dans un processus de conciliation ou de médiation, antichambre de la transaction ou d'un protocole d'accord. Tout l'ordre public est concerné, qu'il s'agisse des piliers de la société ou des règles qui sans être considérées comme les valeurs essentielles de la société n'en sont pas moins impératives²⁷. Dès lors, dans le cas d'une demande de nullité du contrat ou d'une clause fondée sur le contenu illicite, le but illicite, la fraude ou la violation de certaines règles relatives au formalisme, le juge devra écarter la clause de conciliation ou de médiation²⁸. Le contrat nul de nullité absolue ne peut être objet de confirmation, de négociation ou de transaction. La question ne se pose pas lorsque la clause de règlement amiable se limite aux « litiges pouvant survenir dans l'application du présent contrat », puisqu'elle exclut les demandes relatives à sa validité. Elle survient, en revanche, lorsqu'une clause est générale et concerne par exemple « tous les litiges qui pourraient naître du présent contrat, notamment de sa validité, de son exécution, de ses effets, et de sa rupture, mais également aux contrats accessoires entre les mêmes parties ou présentant une connexité ou une indivisibilité avec la présente convention ». Mais le problème pratique que l'on rencontrera concerne la caractérisation et la preuve de l'illicéité ou de la fraude au moment où l'une des parties invoquera la fin de non recevoir de l'action intentée. Il serait souhaitable de préciser que l'efficacité de la clause de conciliation ou de médiation est écartée pour toutes les demandes fondées sur l'ordre public, c'est-à-dire pour les conditions de

validité sanctionnées par la nullité absolue du contrat ou de l'une de ses clauses²⁹. De l'autre côté, la clause de médiation ou de conciliation ne devrait pas nécessairement être écartée lorsque les conditions de validité du contrat sanctionnées par la nullité relative sont en jeu (consentement, capacité, existence d'une contrepartie, formalisme protecteur d'une seule partie). La possibilité de confirmer l'acte nul de nullité relative devrait permettre de juger efficace la clause de règlement amiable, dès lors que, comme dans le cas de la confirmation, la cause de la nullité a cessé lors de la mise en œuvre de la clause. Enfin, lorsque l'ordre public est virtuel, on ne peut savoir si la règle en jeu est impérative avant que le juge n'ait jugé en ce sens, ce qui peut rendre incertaine l'efficacité de la clause de règlement amiable.

9. Ordre public de protection. Si l'ordre public de protection est compatible avec la transaction ou la renonciation à un droit acquis, il interdit de prévoir une clause de conciliation ou de médiation.

– Lorsque l'ordre public de protection est en cause, le cœur du problème est celui de la renonciation à un droit subjectif. Les clauses de conciliation ou de médiation emportent une double renonciation : celle relative à l'action en justice sans attendre la réalisation d'un rapprochement par l'exécution d'un mode amiable de règlement des différends et celle, plus hypothétique (puisque subordonnée à la réussite du mode amiable), relative à l'objet du droit qui aurait pu être invoqué directement en justice. Or, si la volonté des individus doit être respectée, ceux-ci doivent aussi parfois être protégés contre eux-mêmes, ce que cherchent par définition à garantir les dispositions constitutives de l'ordre public de protection. Par suite, « la personne protégée ne

27. Le débat sur la question de savoir si toutes les lois impératives sont d'ordre public ou non semble tranché par le législateur qui les identifie les unes aux autres.

28. Cela s'oppose à la résolution qui n'affecte pas les clauses relatives au règlement des différends en application du nouvel article 1230 du Code civil.

29. Dans ce sens : L. Fin-Langer, « Médiation et droit du contrat, La médiation en débat », *LPA* 2002, p. 80 : « la médiation peut présenter une forme de confirmation implicite de l'acte, à condition que la personne agisse en connaissance de cause : en d'autres termes, elle ne peut envisager la médiation qu'après avoir pris connaissance de la cause de la nullité. En aucun cas, elle ne peut le faire avant. Cette limite n'a pas été envisagée dans le cas des clauses de médiation qui prévoient ce recours au préalable même pour des questions de validité du contrat. Par ailleurs, pour les confirmations de validité sanctionnées par une nullité absolue, aucune confirmation n'est possible et donc aucune renonciation n'est envisageable. Or les clauses de médiation ne font pas cette distinction selon les causes de nullité. Il faut également rappeler que la nullité s'impose au juge : il ne peut l'écarter. La médiation court-circuite ce rôle du juge. Il serait peut-être souhaitable de limiter la portée de ces clauses, en les interdisant au nom de l'ordre public pour les conditions de validité sanctionnées par la nullité absolue ».

peut renoncer à la loi d'ordre public qui la protège. Tel est, du moins, le principe, mais la jurisprudence le tempère par une distinction qui s'inspire de la théorie générale des renonciations et, plus précisément, de la dualité inscrite à l'article 2220 (ancien). Seules sont frappées de nullité – nullité absolue – les renonciations consenties au moment de la formation du contrat : le risque est en effet, que le renonçant ne puisse clairement mesurer d'avance l'importance de ce qu'il abandonne. Sont valables, au contraire, les renonciations – faites en connaissance de cause – aux bénéfices déjà acquis d'une loi d'ordre public »³⁰. Si l'ordre public de protection n'interdit pas de transiger ou de renoncer à un droit acquis, il interdit donc de prévoir une clause de conciliation ou de médiation affectant, en le différant, le droit des parties d'agir en justice, fût-ce à titre temporaire, c'est-à-dire pendant la durée de la tentative de règlement amiable du litige. Ainsi le droit accorde-t-il à certaines catégories de personnes, comme les consommateurs ou les salariés le bénéfice d'une protection, au prix d'une inévitable restriction de leur liberté individuelle et aussi d'une nécessaire présomption de plein droit de vulnérabilité ou de déséquilibre entre la partie considérée en position de faiblesse et celle présumée en position de force, ce qui sera envisagé *infra* (n° 11 et s.). Si l'on met de côté le droit de la consommation et le droit du travail, l'ordre public de protection s'est prodigieusement développé, dans toutes les matières y compris en matière économique. Il est même parfois difficile de savoir dans quelle catégorie se classent certains contrats. Avec la floraison des règles impératives dans des contrats dits imposés, forcés ou réglementés, sont nées des figures

contractuelles soumises tantôt à des règles impératives, tantôt au principe de la liberté contractuelle. On pense au statut d'ordre public du fermage consacré par les dispositions protectrices des articles L. 411-77³¹ et L. 415-12³² du Code rural et de la pêche maritime, ou aux dispositions d'ordre public du bail commercial auxquels renvoient les articles L. 145-15³³ et L. 145-16³⁴ du Code de commerce. Toute clause de médiation ou de conciliation invoquée pour négocier sur les droits protégés par des dispositions impératives devra être écartée comme contraire à l'ordre public. Il n'est possible de déroger à des dispositions relevant de l'ordre public de protection qu'une fois le droit acquis. Les modes amiables de règlement des litiges pourront donc toujours faire l'objet d'une considération par les parties dès lors que le litige sera né³⁵.

10. *Quid lorsque des règles impératives générales sont protectrices d'intérêts privés ?*

– Ce qui rend encore plus compliquée l'étude de l'ordre public est sa propension à recouvrir également les intérêts privés. Sans entrer dans le débat sur la question de savoir si loi impérative et loi d'ordre public sont la même chose ou non, force est de constater que le législateur édicte de plus en plus souvent des règles impératives qui semblent pourtant clairement protectrices des intérêts privés. C'est le cas de toute évidence de tous les domaines rattachés à l'ordre public de protection. Mais cela touche des secteurs autrefois moins concernés par l'ordre public. La dernière réforme du droit des contrats a placé un certain nombre de règles impératives au cœur de la théorie générale du contrat. On prendra pour exemple les articles 1104³⁶, 1112³⁷ ou 1112-2 al. 5³⁸ du Code civil. Faut-il en déduire

30. J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 149, n° 72 ; Civ. 1^{re}, 27 juin 1995, n° 92-19.856 ; Civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, n° 95-15.494 ; Civ. 3^e, 27 oct. 1975, n° 74-11.656.

31. « Sont réputées non écrites toutes clauses ou conventions ayant pour effet de supprimer ou de restreindre les droits conférés au preneur sortant ou au bailleur par les dispositions précédentes. Toutefois, peut être fixée à forfait l'indemnité due pour la mise en culture des terres incultes, en friche ou en mauvais état de culture, à condition que ces terres aient été déclarées dans le bail ».

32. « Toute disposition des baux, restrictive des droits stipulés par le présent titre est réputée non écrite ».

33. « Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le présent chapitre ou aux dispositions des articles L. 145-4, L. 145-37, L. 145-41, du premier alinéa de L. 145-42 ».

34. « Sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise ».

35. S. Regnault, « Bail commercial. Modes amiables de résolution des conflits », *JCI Fasc.* 1305, n° 9.

36. « Les contrats doivent être négociés, conclus et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

37. « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

38. « Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure » le devoir d'information.

que ces dispositions, qui sont censées exclure des clauses manifestant une volonté contraire, excluent nécessairement aussi toute clause de conciliation ou de médiation concernant les demandes tendant à tirer les conséquences de la mauvaise foi d'une partie ou de la violation du devoir général d'information ? La lecture de ces textes le laisse penser. Toute clause de médiation et de conciliation devrait être écartée pour la mise en œuvre de ces droits. Ce qui devrait conduire à penser aussi que la clause de conciliation ou de médiation touchant les actions relatives à la validité du contrat devrait être écartées en cas de dol par définition constitutif d'une déloyauté. La protection légale est-elle excessive ? C'est en tous cas une démonstration des risques qui ont été pris par le législateur qui, en cherchant à affermir les principes généraux du contrat par l'octroi d'une force particulière, a aussi réduit le jeu de la liberté contractuelle.

II. Sanctions des clauses de conciliation et de médiation comprises dans des contrats conclus entre certaines catégories de contractants

11. Droit de la consommation. – Pour les contrats de consommation, l'article L. 612-4 du Code de la consommation prohibe « toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalable à la saisine du juge ». Avant que le principe de l'illicéité ne soit légalement consacré par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, il était possible de faire valoir que la clause était réputée non écrite puisque l'article R. 212, 10° du Code de la consommation classe dans la liste « grise » des clauses abusives celles ayant vocation de « Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des

litiges »³⁹. Si les clauses de médiation et de conciliation sont interdites dans les contrats de consommation, c'est parce que l'ordre public de protection exige que la médiation ne soit jamais une obligation pour le consommateur, mais qu'elle soit toujours pour lui un droit, invocable dès lors que le litige est né. À la faveur de la transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 du parlement et du conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, le Code de la consommation prévoit désormais une obligation d'ordre public à la charge du professionnel tenu de fournir au consommateur un accès gratuit à la médiation qui peut être une médiation d'entreprise, une médiation sectorielle ou une médiation conventionnelle. Ce « droit à » la médiation est aujourd'hui effectif.

12. Droit du travail. – Quant aux contrats de travail, la chambre sociale a jugé par un arrêt rendu le 5 décembre 2012 qu'« en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend »⁴⁰. La clause de conciliation prévoyait qu'« en cas de désaccord sur l'interprétation, l'exécution ou la résiliation du présent contrat, les parties s'engagent préalablement à l'action contentieuse à soumettre leur différend à deux conciliateurs, l'un désigné par Mme X... parmi les membres du conseil de l'ordre, l'autre par le directeur d'établissement ». Pour écarter la clause de conciliation, et réduire à néant son effet obligatoire et son efficacité, la Cour de cassation s'est fondée sur l'existence d'un préalable de conciliation obligatoire inscrit dans la procédure prud'homale. Un autre argument avait été invoqué par le pourvoi, mettant en valeur l'ordre public institutionnel et procédural : la compétence exclusive et d'ordre public de la juridiction prud'homale pour connaître des litiges, s'élevant, à l'occasion de tout contrat de

39. Civ. 1^{re}, 16 mai 2018, n° 17-16.197 : « La clause qui contraint le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation avant la saisine du juge, est présumée abusive, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire ».

40. Soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, *D.* 2012, p. 2969 ; *D.* 2013, p. 114, chron. F. Ducloz, P. Flores, L. Pécaut-Rivolier, P. Bailly et E. Wurtz ; *D.* 2013, p. 2936, obs. T. Clay ; *Just. & cass.* 2013, p. 178, rapp. C. Corbel ; *Just. & cass.* 2013, p. 186, avis P. Lalonde ; *Dr. sociétés* 2013, p. 178, obs. D. Boulmier ; *Dr. sociétés* 2013, p. 576, chron. S. Tournaux ; *RDT* 2013, p. 124, obs. E. Serverin ; *RTD civ.* 2013, p. 171, obs. R. Perro ; *Gaz. Pal.* 9 mars 2013, obs. S. Amrani-Mekki.

travail, entre employeurs et salariés (articles L. 1411-1 et 1411-4, al. 1^{er} du Code du travail). Certains considèrent que cette jurisprudence a été remise en cause par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 qui admet dorénavant en droit du travail la médiation conventionnelle. Il y a donc sur le sujet des incertitudes. Néanmoins, lorsque la clause de conciliation est invoquée par l'employeur pour faire dire irrecevable l'action du salarié, les juges recherchent si l'employeur avait mis en œuvre la procédure de conciliation lors de l'initiative de la rupture⁴¹.

13. Contrats d'adhésion. – Enfin, on s'interroge également sur l'éventuel caractère abusif des clauses de conciliation-médiation en application de l'article 1171 du Code civil issu de la dernière réforme du droit des contrats⁴². Ces dispositions pourraient s'appliquer à une clause de conciliation ou de médiation préalable insérée dans les conditions générales d'un contrat d'adhésion, à condition d'apporter la preuve du déséquilibre significatif créé. D'un côté, l'influence du droit de la consommation devrait inviter à présumer illicites de telles clauses⁴³. De l'autre, l'autonomie des dispositions du Code civil pourrait justifier de laisser aux parties l'entière charge de la preuve de l'existence d'un tel déséquilibre.

III. Inefficacité des clauses de conciliation et de médiation pour la protection de certains droits d'une force particulière

14. Certains droits sont dotés d'une force particulière justifiant d'écarter la mise en œuvre de la clause de conciliation ou de

médiation et d'en restreindre la portée. Demande en référé. Demande de nomination d'un administrateur provisoire. Mesure d'exécution forcée. – Les clauses de conciliation ou de médiation, lorsqu'elles sont valables et ne sont pas invoquées pour la violation des règles impératives d'intérêt général ou de règles d'ordre public, font-elles obstacle à toutes les actions en justice sans exception ou doit-on considérer que certaines actions doivent primer sur leur mise en œuvre ? La question se pose par exemple pour les actions en référé ou en exécution forcée. S'agissant d'une demande de en désignation d'expert, en application de l'article 145 du Code de procédure civile, la Cour de cassation a jugé que l'irrecevabilité tirée du non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation ne trouvait pas à s'appliquer⁴⁴. Il semble que la solution soit identique pour une demande de provision en référé, à condition que l'urgence soit démontrée⁴⁵. Le fondement se trouve dans les exigences du « droit à une protection juridictionnelle provisoire »⁴⁶. Cette position a été étendue à la demande de nomination d'un administrateur provisoire présentée devant les juges du fond par un associé, dans le cas où une mésentente faisait courir à la société un péril imminent (paralysie du fonctionnement de la société et de ses filiales) et alors que la clause statutaire de médiation n'avait pas été respectée⁴⁷. Un auteur explique que « c'est l'urgence qui fonde la solution, mais c'est aussi sans doute, de manière plus lointaine, l'idée que le spécial déroge au général. Ici en effet, le mécanisme propre au droit des sociétés (que l'on retrouve aussi en droit de la copropriété) de nomination d'un administrateur provisoire déjoue la média-

41. Cass. soc., 14 nov. 2019, n° 18-11.125, inédit; note V. Orif, « La singularité persistante des clauses de conciliation dans les contrats de travail », *Bulletin Joly travail* 2020, p. 34.

42. « Dans un contrat d'adhésion, toute clause, non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

43. J.-D. Bretzner, G. Barral, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ Contrats* 2016, p. 415.

44. Civ 3^e, 28 mars 2007, n° 06-13.209; Civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 06-13.209, *D.* 2007, p. 1147; *RDI* 2007, p. 355, obs. P. Malinvaud; *RTD civ.* 2007, p. 807, obs. Ph. Théry; *Procédures* 2007, comm. 104, obs. R. Perrot.

45. C. Pelletier, « Clause de conciliation et référé », *RDC* 2009, p. 1160; *Com.*, 9 avr. 2013, n° 12-14.659 (arrêté souvent cité à tort, alors que la clause n'était pas applicable du seul fait de sa portée).

46. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, droit commun et spécial du procès civil. MARD et arbitrage*, Précis Dalloz, 35^e éd., 2020, n° 1870; G. Huchet, « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *LPA* 30 oct. 2008, p. 3.

47. *Com.*, 8 nov. 2016, n° 14-21.481, *RTD civ.* 2017, p. 147, obs. H. Barbier; *D.* 2017, p. 375, obs. M. Mekki; *D.* 2017, p. 422, obs. N. Fricero; *AJ contrats* 2016, p. 545, obs. N. Fricero; *Bull. Joly* 1^{er} févr. 2017, p. 97, obs. H. Barbier; p. 117, obs. P.-L. Périn.

tion conventionnelle »⁴⁸. De même, en matière de voie d'exécution, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé récemment qu'« une clause imposant ou permettant une médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties ne peut, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée; nonobstant une telle clause et l'engagement d'une procédure de médiation, un commandement de payer valant saisie immobilière peut être délivré et le débiteur assigné à comparaître à une audience d'orientation du juge de l'exécution »⁴⁹. On peut déplorer que la jurisprudence ne soit pas unifiée au sein de la Cour de cassation⁵⁰, mais pour la deuxième chambre, il semble néanmoins loisible aux parties et à leurs conseils de prévoir expressément l'application de la clause aux voies d'exécution.

15. De nombreux exemples dans les droits spéciaux. – Les droits spéciaux offrent une multitude d'autres exemples d'actions spécifiques teintées de spécialité et d'impérativité qui sont propres à remettre en cause l'efficacité d'une clause de conciliation ou de médiation. En droit de la construction par exemple, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé, par un arrêt rendu le 23 mai 2019, qu'une action exercée postérieurement à la réception de l'ouvrage, en réparation de désordres rendant l'ou-

vrage impropre à sa destination, fondée sur l'article 1792 du Code civil, rendait inapplicable la clause de conciliation stipulant qu'« En cas de différend portant sur le respect des clauses du présent contrat, les parties conviennent de saisir pour avis le conseil régional de l'ordre des architectes dont relève l'architecte, avant toute procédure judiciaire, sauf conservatoire »⁵¹. Une telle clause ne pouvait porter que sur les obligations contractuelles des parties et n'avait donc pas vocation à s'appliquer dès lors que la responsabilité décennale de l'architecte, était recherchée. On peut aussi lire cet arrêt comme un témoignage des limites de la prévision contractuelle lorsque des intérêts supérieurs sont consacrés par des règles conférant un droit d'agir d'une force particulière, ici la garantie décennale légale de l'architecte, d'ordre public en application de l'article 1792-5 du Code civil. Toutes les actions à caractère impératif et « indérogeable » prévues par le Code civil pourraient être concernées, comme par exemple l'action en garantie d'éviction qui résulterait du fait personnel du vendeur (article 1628 du Code civil), l'action en rescision pour cause de lésion des 7/12^e de la vente d'un bien immobilier (article 1674 du Code civil) ou l'action en indemnisation d'un engagement perpétuel (article 1780 du Code civil).

Il revient aux praticiens dans chaque domaine spécial de s'interroger sur l'efficacité d'une clause de conciliation ou de médiation à l'égard

48. Com., 8 nov. 2016, n° 14-21.481, *RTD civ.* 2017, p. 147, obs. H. Barbier; J.-B. Tap, « La clause de conciliation et de médiation face aux conflits sociétaires », *Rev. sociétés* 2017, p. 615, n° 21 : « Ce cantonnement de la médiation fait parfaitement ressortir la nature duale des sociétés, à la fois contractuelle et institutionnelle. La solution a d'autant plus d'intérêt qu'elle est rendue dans le cadre d'une SAS, dont l'aspect contractuel fort constitue un réceptacle naturel pour des mécanismes de règlement des différends conventionnels ».

49. Civ. 2^e, 22 juin 2017, n° 16-11.975, *Dalloz actu.* 10 juill. 2017, obs. G. Payan; *Gaz. Pal.* 19 déc. 2017, p. 39, obs. C. Brenner. Il s'agissait d'une procédure de saisie immobilière, engagée – sur le fondement d'un acte notarié de prêt – par une banque à l'encontre d'un couple de débiteurs.

50. *Contra* : Lorsqu'elle produit effet et constitue un préalable obligatoire à « toute instance judiciaire », la clause de conciliation « s'impose au juge quelle que soit la nature de celle-ci ». Sont ainsi concernées les actions engagées devant le juge de l'exécution (Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920). Dans cette affaire, la clause semblait plus précise puisqu'elle concernait toute instance judiciaire, v. C. Pelletier, « Le champ d'application de la clause de conciliation », *RDC* 2015, p. 88. Et plus récemment, la première chambre civile continue de faire prévaloir la clause de conciliation : « si la stipulation contractuelle subordonnant la saisine du juge à la mise en œuvre d'une procédure préalable de conciliation faisait obstacle à ce que la société saisisse directement le juge d'une contestation, elle s'opposait également à ce que l'office public de l'habitat émette directement un titre exécutoire pour le règlement de sommes correspondant à l'exécution du contrat » : Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2020, n° 18-26.789; note T. Habu Groud, La prévalence de la clause de conciliation préalable sur le privilège du préalable, *GP* 21 juillet 2020, n° 27, p. 55. Cette solution est néanmoins spécifique puisqu'il s'agit de l'exercice du privilège du préalable d'un EPIC et qu'elle limite l'exercice de son pouvoir exorbitant de droit commun par l'application de la clause de conciliation.

51. Civ. 3^e, 23 mai 2019, n° 18-15.286; C. Cerveau-Colliard, « Inapplication de la clause préalable de conciliation lors de la mise en cause de la responsabilité de plein droit de l'architecte », *LPA* 1^{er} juill. 2019, p. 5; V. Egéa, « Pas de mise en œuvre obligatoire de la clause d'avis préalable de l'ordre des architectes, en cas de demande fondée sur la garantie décennale », *Gaz. Pal.* 5 nov. 2019, p. 46.

de chaque catégorie d'actions contentieuses spécifiques à un domaine particulier teintées d'impérativité ou de spécialité. Par exemple, en droit des sociétés, l'exercice du droit de retrait des associés, la procédure d'exclusion d'un associé⁵², l'abus d'une prérogative contractuelle, comme le refus abusif d'accorder l'agrément du cessionnaire de parts sociales⁵³, ou des mécanismes propres au droit des sociétés, comme l'évaluation des droits sociaux en cas de contestation à dire d'expert⁵⁴ peuvent interpellier sur la mise en oeuvre d'une clause de règlement amiable des différends. La clause de règlement amiable sera également écartée en cas de procédure collective, s'agissant du règlement d'une dette née antérieurement au jugement d'ouverture, en raison du principe d'égalité entre les créanciers et de la règle de l'interdiction des paiements prévue par l'article L. 621-24 du Code de commerce, d'ordre public.

16. Responsabilité délictuelle. – De même, qu'en est-il des demandes contentieuses fondées sur la responsabilité délictuelle ? Rendent-elles inefficaces les clauses de règlement des différends⁵⁵ ? La Cour de cassation, par un arrêt rendu par la chambre commerciale le 12 juin 2012, a jugé qu'une clause de médiation dont l'application est limitée aux différends relatifs à la fin du contrat conclu le 18 avril 2006 ne peut s'appliquer à la recevabilité d'une action fondée sur la brusque rupture d'une relation commerciale établie depuis 2002⁵⁶. Cette décision s'ex-

plique par l'analyse de la portée de la clause insérée dans le seul contrat conclu en 2006. Cependant, la question se pose aussi de l'efficacité de la clause de conciliation ou de médiation préalable dans le cas d'une demande fondée sur l'action de nature délictuelle de l'article L. 442-1 II (nouveau) du Code de commerce relative à la rupture brutale des relations commerciales établies. Il semble que cela dépende de la volonté des parties et qu'il soit nécessaire que ces dernières aient expressément entendu soumettre ce type de litige à cette procédure amiable de recherche d'une solution⁵⁷. Pourtant si la rupture abusive s'identifie à une inexécution de mauvaise foi, la clause ne devrait-elle pas être écartée ? La même question pourrait se poser pour l'action en concurrence déloyale dans le cas d'une cession de fonds de commerce.

17. Conclusion. – L'étude du régime des clauses de médiation ou de conciliation révèle des abords complexes. Dès lors qu'ils sont compris, consentis, bien précisés et circonscrits, les modes amiables sont une chance pour les contractants de sauver leurs relations ou d'y mettre fin dans des conditions mutuellement satisfaisantes et acceptées. Dès lors, les rédacteurs d'actes doivent envisager avec les parties l'ensemble des risques de contentieux et rédiger les clauses de telle sorte que la volonté des parties puisse être considérée dans le respect des règles impératives.

52. J.-B. Tap, « La clause de conciliation et de médiation face aux conflits sociétaires », *Rev. sociétés* 2017, p. 615, n° 17.

53. La question se pose aussi de l'efficacité de la clause en cas d'abus d'une prérogative contractuelle, comme par exemple du droit pour les associés de refuser d'accorder l'agrément du cessionnaire de parts sociales. Selon un auteur, en cas d'abus dont le contrôle peut être soumis au juge, « si s'élève un litige sur un éventuel abus, la clause de conciliation devrait retrouver son empire » : J.-B. Tap, « La clause de conciliation et de médiation face aux conflits sociétaires », *préc.*, spéc. n° 10.

54. J.-B. Tap, « La clause de conciliation et de médiation face aux conflits sociétaires », *op. cit.*, p. 615, n° 22. Com., 3 mai 2012, n° 11-16.349, *Rev. sociétés* 2012, p. 491, obs. E. Schlumberger ; D. 2012, p. 1265, obs. A. Lienhard ; Com., 15 mai 2012, n° 11-17.866, *Rev. sociétés* 2012, p. 491, obs. E. Schlumberger ; D. 2012, p. 2573, obs. J. Moury ; *Bull. Joly* 2012, n° 7, p. 542, obs. P. Le Cannu.

55. Dans un autre domaine : Civ. 2^e, 7 juill. 2016, n° 15-21.370 : si toute réclamation contre une décision d'un organisme de Sécurité sociale au sens de l'article R. 142-1 CSS doit préalablement être portée devant la commission de recours amiable, en revanche la demande de la société qui tendait au paiement de dommages et intérêts pour faute en application de l'article 1382 du Code civil échappe à la règle de la saisine préalable de la commission de recours amiable.

56. Com., 12 juin 2012, n° 11-18.852 ; C. Pelletier s^e Civ. 3^e, 23 mai 2012, n° 10-27.596 et Com., 12 juin 2012, n° 11-18.852, *RDC* 2013, p. 192, qui écrivait à juste titre : « l'arrêt invite les rédacteurs de contrats à davantage de précision, notamment lorsque le contrat prend place au sein d'une relation commerciale plus large. Il leur appartient en ce cas de préciser la portée de la clause de conciliation lorsque la fin du contrat est une des conséquences de la rupture de la relation commerciale globale ».

57. CA Paris, 8 févr. 2017, n° 15/02170.

Un article, une matière

L'article 17 du Code civil et le droit international public

Sarah Cassella

Professeur à l'Université du Mans

Co-directrice du Themis-UM

« La nationalité française est attribuée, s'acquiert ou se perd selon les dispositions fixées par le présent titre, sous la réserve de l'application des traités et autres engagements internationaux de la France ».

L'article 17 du Code civil introduit en droit français une règle de droit international public clairement établie de longue date qui renvoie à la compétence de chaque État pour l'attribution et le retrait de sa nationalité. Rien de surprenant à cela tant la proximité entre État et nationalité semble évidente au premier abord, la nationalité étant traditionnellement envisagée comme le « lien juridique et politique, défini par la loi d'un État, unissant un individu audit État »¹ ou encore comme l'« appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un État »². Il en découle que chaque État est libre de déterminer les conditions d'établissement et de suppression de ce lien, liberté que le juge français envisage de façon très large³. La présente contribution pourrait donc s'achever par ce constat, mais ferait alors fi de la deuxième partie de l'article 17 qui établit une réserve au profit du droit international opposable à la France. Si le principe de la compétence de l'État reste inaltéré, c'est bien l'évolution de cette réserve qui permet de déterminer à un instant *t* la portée du pouvoir étatique en matière de nationalité.

Or si l'on se place en 2020, l'étroitesse du lien entre État et nationalité n'apparaît plus avec la

même évidence que dans un passé pas très éloigné. Bien qu'il s'agisse d'une notion assez récente dans son acception moderne, la nationalité a toujours revêtu deux fonctions tenant en premier lieu à l'intégration dans une communauté sociale et politique – communauté qui constitue la population de l'État, du point de vue du droit international – et en second lieu à la discrimination – au sens neutre – permettant de déclencher l'application de régimes juridiques distincts, avant tout au national et à l'étranger. La principale évolution tient depuis plusieurs années, dans le cadre du phénomène de mondialisation, à la multiplication des cas de pluri-nationalités et à la diffusion de nouvelles formes d'appartenance – ou d'allégeance – et d'intégration qui viennent s'ajouter ou se superposer au lien de nationalité, en le concurrençant parfois. Ces liens non-étatiques peuvent se situer à différents niveaux : infra-étatique dans le cadre de collectivités territoriales, supra-étatique au sein d'entités régionales telles que l'Union européenne, transétatique dans le cadre de communautés et réseaux divers (religieux, ONG, terroristes, réseaux sociaux...). De plus, grâce à l'évolution de la protection des droits fondamentaux, la nationalité tend à être aujourd'hui envisagée davantage en tant que support de droits individuels qu'en tant que lien avec une collectivité. Hannah Arendt a remarquablement souligné à quel point la nationalité constitue le sup-

1. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, PUF, 2018, p. 678.

2. P. Lagarde, « Nationalité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 5^e éd., Paris, PUF, 2014, p. 1051.

3. La Cour de cassation affirme le « principe selon lequel chaque État détermine librement par sa législation quels sont ses nationaux », Civ. 1^{re}, 17 févr. 1982, n^o 80-13.377 et n^o 80-13.378.

port indispensable à l'exercice de nombre de droits civils et politiques, ce qui apparaît très clairement si l'on observe l'hypothèse de son absence : l'apatridie⁴.

Cette situation de « pluri-appartenance »⁵ et cette individualisation de la notion de nationalité tendent à modifier ses fonctions traditionnelles, en affaiblissant sa fonction d'intégration – au regard de laquelle elle est concurrencée – et en altérant sa fonction de discrimination dès lors que la nationalité vise de moins en moins à établir la partition classique entre étranger et national mais est de plus en plus utilisée comme critère d'application de régimes juridiques divers – aussi bien au niveau international que transnational⁶.

Pour en revenir à l'article 17 du Code civil, ces évolutions conduisent à se poser la question de la détermination de la portée actuelle de la « réserve » relative aux engagements internationaux de la France. Un certain nombre de précisions sont nécessaires à titre liminaire au sujet de la façon dont on envisage les différents éléments de cette disposition.

« *La nationalité française est attribuée, s'acquiert ou se perd...* »

L'attribution renvoie à l'obtention de la nationalité par naissance (ce que le Code civil désigne comme la « nationalité d'origine »), l'acquisition à la naturalisation et aux procédures d'obtention automatique de la nationalité après la naissance, la perte aux différents procédés conduisant à rompre le lien de nationalité.

Le droit international intervient dans l'appréciation du régime juridique réservé par chaque État aux étrangers et notamment sur les éventuelles discriminations effectuées entre nationaux et étrangers. Cette perspective n'est pas

abordée ici dans la mesure où seules les incidences du droit international sur les procédures d'attribution, d'acquisition ou de perte de la nationalité française intéressent directement l'article 17 du Code civil. Il s'agit de s'interroger sur ce qui précède le déclenchement même – ou la fin – de l'application d'un régime juridique particulier.

« *La nationalité française est attribuée, s'acquiert ou se perd selon les dispositions fixées par le présent titre...* »

Cette expression peut désigner deux opérations juridiques qu'il s'agit de distinguer mais qui sont toutes deux envisagées ici. Elle indique tout d'abord, comme évoqué *supra*, la compétence du législateur français pour fixer les critères généraux – et donc les règles en tant qu'énoncés abstraits et généraux – relatifs à l'attribution, à l'acquisition et à la perte de la nationalité française. Elle renvoie également aux actes individuels d'application de ces règles conduisant à l'attribution, à l'acquisition et à la perte de la nationalité par des personnes spécifiques. La question qui se pose au regard du droit international est de savoir si celui-ci *intervient* – nous nous en tenons à ce stade à ce terme générale – à l'égard de l'une de ces opérations et donc de l'un de ces actes juridiques ou bien à l'égard des deux, et de quelle manière il le fait.

« *...sous la réserve de l'application des traités et autres engagements internationaux de la France* »

Le droit international retient la nationalité comme une qualité à ses propres fins dans des domaines aussi divers que la protection diplomatique, l'application du statut de réfugié, le régime juridique applicable aux agents des organisations

4. H. Arendt, *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, Paris, Fayard, 2002, p. 252 et 285. V. aussi la Cour suprême des États-Unis selon laquelle « use of denationalization as a punishment is barred by the Eighth Amendment [of the Constitution]. There may be involved no physical mistreatment, no primitive torture. There is, instead, the total destruction of the individual's status in organized society. It is a form of punishment more primitive than torture, for it destroys for the individual the political existence that was centuries in the development. The punishment strips the citizen of his status in the national and international political community. His very existence is at the sufferance of the country in which he happens to find himself. While any one country may accord him some rights and, presumably, as long as he remained in this country, he would enjoy the limited rights of an alien, no country need do so, because he is stateless. Furthermore, his enjoyment of even the limited rights of an alien might be subject to termination at any time by reason of deportation. In short, the expatriate has lost the right to have rights », US Supreme Court, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

5. V. H. Fulchiron, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.* 2011, p. 1915. V. aussi S. Cassella, « La nationalité : naissance et évolution d'une notion », in B. Bertrand, S. Cassella et C. Rapoport (dir.), *La nationalité au carrefour des droits*, Rennes, PUR, 2019, p. 13.

6. V. *infra*.

internationales, la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI⁷... Ce faisant et sans que cela ne modifie en quoi que ce soit le principe de compétence étatique en matière d'attribution de la nationalité, le droit international fixe ses propres critères d'opposabilité de la nationalité étatique dans la sphère internationale. Or il ne s'agit pas de s'interroger ici sur la question classique des fonctions de la nationalité en droit international, mais dans une tout autre perspective sur l'incidence du droit international sur le pouvoir même de l'État dans l'attribution et le retrait de sa nationalité. Ce pouvoir s'exerce avant tout dans l'ordre juridique interne de l'État en question, mais il est susceptible de produire des effets dans les ordres juridiques des autres États – qui devront tenir compte de l'attribution de sa nationalité – dans l'ordre juridique international, voire dans les ordres juridiques transnationaux⁸.

« ...traités et autres engagements internationaux de la France »

Le droit de l'Union européenne est inclus ici parmi les engagements internationaux de la France au sens large, sans que cela ne revienne à nier ses spécificités, reconnues notamment dans la Constitution française. Le droit international ici évoqué est par ailleurs essentiellement – mais non exclusivement – d'origine européenne dans la mesure où il s'agit des règles ayant donné lieu à la pratique la plus fournie et qui illustrent au mieux le propos.

Bien que le droit international relatif à la succession d'États puisse être pertinent au regard de la « réserve » de l'article 17, les questions de nationalité liées à la succession d'États ne sont pas abordées ici dans la mesure où elles sont très spécifiques et pour l'essentiel font l'objet d'un traitement casuistique⁹.

Ces précisions étant fournies, il convient d'énoncer désormais la question au cœur de l'article 17 du Code civil : dans quelle mesure le droit international *intervient-il* dans le pouvoir de

la France au regard de l'attribution, de l'acquisition et de la perte de sa nationalité ? Ayant conservé ce terme neutre et non juridique jusqu'à présent, il est désormais possible de préciser la façon dont se présente cette interrogation. La question de l'incidence du droit international ne se pose pas en termes de remise en cause de la validité des actes individuels d'attribution ou de retrait de la nationalité, encore moins de la loi relative aux conditions que ces actes doivent respecter. En un mot, le rapport qu'il établit avec ces actes n'est pas un rapport d'incompatibilité¹⁰. Il intervient en revanche pour définir des critères de licéité que l'État doit respecter dans la conduite de ces opérations juridiques ; la sanction de leur non-respect est alors, de façon classique, l'engagement de la responsabilité internationale de la France et non pas la nullité des actes qu'elle a adoptés dans l'exercice de son pouvoir. Il s'agit dès lors, à première vue, d'un effet très limité du droit international. Si l'on se penche plus en avant sur la question, l'on perçoit cependant que, ce faisant et bien que ce soit de façon indirecte, le droit international finit par restreindre remarquablement la marge de discrétion du pouvoir étatique en matière de nationalité.

L'évaluation de cet effet nécessite de déterminer la portée exacte de la règle de la compétence exclusive de la France dans l'attribution et le retrait de sa nationalité (I), avant d'examiner à quel titre le droit international intervient au regard de la nationalité (II) et enfin de quelle façon il encadre le pouvoir étatique (III).

I. Le principe de la compétence exclusive de la France pour attribuer/retirer sa nationalité

La règle internationale bien établie¹¹ de la compétence exclusive de chaque État pour l'attribution et le retrait de sa nationalité, qui se reflète à l'article 17 du Code civil, relève aussi bien du droit conventionnel que du droit coutumier. Elle

7. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

8. V. l'exemple du droit du sport *infra*.

9. V. les travaux de la Commission du droit international sur la « Nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II (2), p. 24.

10. V. la façon dont cette question est présentée par J. Combacau, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 405.

11. Le principe de la compétence étatique pour l'attribution de la nationalité remonterait au XIX^e siècle, C. Santulli, *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1995.

se retrouve par exemple à l'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité – signée mais non ratifiée par la France : « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité ». Elle trouve de plus confirmation à l'article 2 de ce traité : « Toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un État doit être résolue conformément à la législation de cet État »¹². De même, l'article 3 § 1 de la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 énonce qu'« Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants ». Cette deuxième convention n'a pas non plus été ratifiée par la France, mais cette règle lui est parfaitement opposable en raison de sa valeur également coutumière.

Le juge international a eu l'occasion de la rappeler à plusieurs reprises ; il peut être utile à la détermination de la signification exacte de cette règle de citer les formulations utilisées à cet égard. Amenée à s'interroger sur l'interprétation de la compétence exclusive des États en vertu du Pacte de la Société des Nations, la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) a ainsi indiqué dans un avis consultatif de 1923 :

« À un certain point de vue, on pourrait bien dire que la compétence d'un État est exclusive, dans les limites tracées par le droit international, ce terme, pris dans son sens large, comprenant à la fois le droit coutumier et le droit conventionnel général ou particulier. [...] Mais un examen attentif du paragraphe 8 de l'article 15 [du Pacte de la SDN] démontre que ce n'est pas dans ce sens qu'on y parle de compétence exclusive.

Les mots "compétence exclusive" semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux

intérêts de plus d'un État, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque État est seul maître de ses décisions.

La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé »¹³.

Quelques années plus tard, la Cour internationale de Justice a eu l'occasion à son tour de confirmer cette règle de manière très claire, en mettant en évidence les deux aspects du pouvoir étatique évoqués *supra*, tenant à la fois au pouvoir de déterminer les critères d'attribution de sa nationalité dans la loi et de les appliquer par des actes individuels :

« Il appartient au Liechtenstein comme à tout État souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation. Il n'y a pas lieu de déterminer si le droit international apporte quelques limites à la liberté de ses décisions dans ce domaine. D'autre part, la nationalité a ses effets les plus immédiats, les plus étendus et, pour la plupart des personnes, ses seuls effets dans l'ordre juridique de l'État qui l'a conférée. La nationalité sert avant tout à déterminer que celui à qui elle est conférée jouit des droits et est tenu des obligations que la législation de cet État accorde ou impose à ses nationaux. Cela est implicitement contenu dans la notion plus large selon laquelle la nationalité rentre dans la compétence nationale de l'État »¹⁴.

Non seulement cette règle se retrouve dans différentes dispositions nationales telles que l'article 17 du Code civil français, mais aussi dans d'autres systèmes juridiques spécifiques, tels que le droit de l'Union européenne. La déclaration

12. Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. CLXXIX, 1937-1938, p. 98 et 100.

13. CPJI, avis consultatif du 7 févr. 1923, *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, Série B, n° 4, p. 23 et s.

14. CIJ, 6 avr. 1955, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, CIJ Rec., 1955, p. 20.

n° 2 relative à la nationalité d'un État membre jointe à l'acte final du traité sur l'Union européenne précise par exemple que « la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'État concerné »¹⁵. De plus, le juge européen a eu l'occasion de faire application de cette règle internationale à plusieurs reprises; dans la célèbre affaire *Micheletti*, par exemple, la CJCE indique que « La définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre »¹⁶.

Si le principe semble clair, encore faut-il savoir ce qu'il recouvre exactement, i.e. dans quelle mesure chaque État dispose d'un pouvoir discrétionnaire au sujet de sa nationalité. La CPJI dans son avis consultatif relatif aux *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc* inclut ce pouvoir dans le « domaine réservé » des États – en excluant ainsi toute pertinence du droit international et en reconnaissant par conséquent une liberté totale aux États – tout en précisant que le droit international pourrait avoir vocation à régir en partie la question, en fonction de l'évolution des rapports juridiques internationaux (et des engagements de chaque État)¹⁷. Or précisément aujourd'hui il n'est plus possible d'inscrire le pouvoir de l'État d'attribution et de retrait de sa nationalité dans ce qui serait son « domaine réservé », si tant est que cette notion ait encore une quelconque pertinence dans une société dans laquelle le droit international intervient dans des domaines tels que le droit fiscal ou le droit pénal. La règle de l'exclusivité de compétence des États doit alors être envisagée plutôt de façon négative : elle signifie simplement qu'aucun État ne peut s'immiscer dans l'attribution ni dans le retrait de sa nationalité par un autre État.

Or les États peuvent bien évidemment auto-limiter leur pouvoir discrétionnaire dans ce domaine en concluant des conventions ayant précisément cet objet; on en veut pour preuve les multiples traités bilatéraux prévoyant des

règles spécifiques relatives à la double nationalité ou les traités conclus entre État d'émigration et État d'immigration afin de régler les différentes questions de nationalité relatives à leurs ressortissants. De façon plus originale, actuellement des négociations sont en cours pour envisager l'attribution de la nationalité de certains États à la population de petits États insulaires dont le territoire viendrait à disparaître en raison de l'élévation du niveau de la mer¹⁸. La limitation du pouvoir discrétionnaire de l'État est dans ces cas évidente puisqu'il s'agit de l'objet même des accords internationaux. Nous nous intéressons ici davantage aux règles internationales dont l'objet ne porte pas sur une quelconque réglementation du pouvoir de l'État en matière de nationalité, mais dont l'effet peut consister en une limitation de son caractère discrétionnaire, l'hypothèse étant que la multiplication et la diversification de ces règles aient comme conséquence un élargissement remarquable de la portée de la « réserve » de l'article 17 du Code civil.

II. Les fondements de la réserve relative aux engagements internationaux

Il s'agit de comprendre tout d'abord à quel titre le droit international est susceptible d'intervenir dans le domaine de la compétence de l'État – la France dans notre cas – pour l'attribution, l'acquisition ou la perte de sa nationalité. Au premier abord on peut imaginer pour quelle raison le droit international pourrait s'intéresser au retrait de la nationalité, dans la mesure où cela pourrait remettre en cause un certain nombre de droits – y compris internationalement protégés – acquis par la personne concernée. La restriction du pouvoir étatique semble alors minime. Il est moins évident de comprendre pour quelles raisons le droit international viendrait s'immiscer dans l'acquisition et surtout dans l'attribution de sa nationalité par l'État.

L'observation de la pratique internationale révèle que l'intervention du droit international tel que visé par l'article 17 du Code civil se fonde sur trois façons de prendre en compte la nationalité,

15. JOCE C 191, 29 juill. 1992, p. 98.

16. CJCE, 7 juill. 1992, n° C-369/90, *Micheletti*, pt. 10.

17. V. *supra*.

18. V. not. J. McAdam, « Climate change-related displacement of persons », in K. R. Gray, R. Tarasofsky et C. Carlarne (dir.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, OUP, 2016.

en tant qu'objet même d'un droit international subjectif (A), en tant que critère déclenchant la mise en œuvre d'un régime juridique international (B) ou en tant que critère d'application d'une règle primaire internationale (C).

A. La nationalité comme objet d'un droit international subjectif

Le droit à la nationalité est proclamé à l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme :

- « 1. Tout individu a droit à une nationalité.
2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité ».

Il ne semble cependant pas qu'il ait par la suite fait l'objet d'une consécration générale en droit international des droits de l'homme ; il est uniquement prévu au bénéfice de catégories spécifiques de personnes ou dans des instruments conventionnels particuliers¹⁹. Plusieurs textes prévoient ainsi le droit à la nationalité des enfants, afin d'éviter un conflit négatif de nationalités résultant de l'application des législations nationales et conduisant à l'apatridie.

On peut citer, parmi les traités ratifiés par la France, l'article 24 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 selon lequel « Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité ». Plus précisément, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 prévoit en son article 7 :

- « 1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.
2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur

législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride ».

Il découle de cette disposition que le droit de l'enfant à une nationalité implique que la France attribue sa nationalité à tout enfant né sur son territoire et qui se trouverait en cas contraire en situation d'apatridie²⁰. Les articles 19 et suivants du Code civil sont venus réguler cette hypothèse conformément à la Convention de 1989, dès lors il n'est pas nécessaire d'avoir recours à celle-ci aujourd'hui. Il convient tout de même de noter que le juge administratif²¹, tout comme le juge judiciaire²², ont reconnu l'applicabilité directe de l'article 7 § 1 de la Convention.

On pourrait s'attendre à ce que les textes dont l'objectif est d'éviter les cas d'apatridie consacrent eux aussi un véritable droit à la nationalité. Outre le nombre limité de ratifications de ces conventions²³, un examen attentif de leur contenu vient infirmer cette hypothèse dès lors qu'ils laissent une très grande liberté aux États parties dans les moyens à mettre en œuvre pour atteindre leur objectif²⁴.

Plus fréquemment la nationalité étatique ne constitue pas l'objet même des règles internationales, mais peut être une condition nécessaire à leur application.

B. La nationalité comme condition de l'application d'un régime juridique international

Comme indiqué *supra*, la nationalité est de plus en plus fréquemment utilisée en tant que qualité conditionnant l'application de régimes juridiques internationaux. L'exemple le plus évident de cette utilisation est constitué par la citoyenneté européenne. L'article 20 § 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

19. M. Bennouna, « De la reconnaissance d'un "droit à la nationalité" en droit international », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 119.

20. H. Fulchiron, « Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? Variations sur le thème de l'évolution contemporaine des rapports entre individu et nationalité », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 205.

21. CE, 9 juill. 2003, n° 238724.

22. Civ. 1^{re}, 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et 05-11.286.

23. On pense en particulier à la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954 et à la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961.

24. M. A. Ailincay, « Le droit à une nationalité : la question de l'apatridie », in B. Bertrand, S. Cassella et C. Rapoport (dir.), *La nationalité au carrefour des droits*, Rennes, PUR, 2019, p. 53.

dispose en effet : « Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Il en découle que la qualité de national d'un État membre est la condition nécessaire – et suffisante – à l'application du régime juridique lié à la citoyenneté européenne. L'article 20 du TFUE ainsi que le chapitre V de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne détaillent l'ensemble des droits composant ce régime juridique. Parmi les droits les plus importants inhérents à ce statut, on trouve la liberté de circulation et de séjour sur le territoire des États membres ainsi que le droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen et aux élections municipales de l'État de résidence.

Il s'ensuit que le pouvoir discrétionnaire des États membres est tout d'abord limité au regard de la perte de la nationalité. À partir du moment où elle entraîne en effet automatiquement la perte du statut de citoyen européen, cela a des conséquences pour l'application du droit de l'Union européenne qui a dès lors vocation à réglementer cette procédure. Cette intervention est d'autant plus compréhensible lorsque le citoyen européen a exercé certains droits en vertu de son statut si bien que l'on peut les considérer comme des droits acquis qui seraient remis en cause par la privation de la nationalité d'un État membre. C'est précisément ce qu'indique la Cour de justice dans l'arrêt *Rottmann* à l'occasion d'une procédure préjudicielle relative à un cas de retrait de la nationalité acquise par naturalisation. Elle considère en effet que la situation d'un citoyen de l'Union confronté à ce type de décision et en conséquence à la perte de son statut en vertu du droit européen relève nécessairement de ce droit. La conséquence est dès lors logique :

« Ainsi, les États membres doivent, dans l'exercice de leur compétence en matière de nationalité, respecter le droit de l'Union » [...]

« La réserve selon laquelle il y a lieu de respecter le droit de l'Union ne porte pas atteinte au principe de droit international déjà reconnu par la Cour, [...] selon lequel

les États membres sont compétents pour définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, mais consacre le principe selon lequel, lorsqu'il s'agit de citoyens de l'Union, l'exercice de cette compétence, dans la mesure où il affecte les droits conférés et protégés par l'ordre juridique de l'Union, comme c'est notamment le cas pour une décision de retrait de la naturalisation telle que celle en cause au principal, est susceptible d'un contrôle juridictionnel opéré au regard du droit de l'Union »²⁵.

Il en découle pour le juge national l'obligation de contrôler la décision de retrait de la nationalité à l'aune des critères établis par le droit de l'Union européenne – qui présente une spécificité à cet égard par rapport au droit international dès lors qu'il existe un principe de primauté de ce droit par rapport aux législations des États membres.

Dans des hypothèses beaucoup plus fréquentes, la nationalité constitue un critère permettant de déterminer si une règle internationale a été correctement appliquée.

C. La nationalité comme critère d'application d'une règle internationale

Cette dernière catégorie de fondements de l'intervention du droit international est naturellement très hétérogène puisque la prise en compte de la nationalité dépend étroitement de l'énoncé de la règle primaire internationale. Plusieurs exemples peuvent être tirés du droit international des droits de l'homme, aussi bien au regard de la privation de nationalité, que de son acquisition ou encore de son attribution.

La privation de nationalité peut en premier lieu constituer une discrimination prohibée par certaines règles internationales. C'est le cas de l'article 5 de la Convention internationale sur l'interdiction de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 : « Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine

25. CJUE, 2 mars 2010, n° C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, pts 42, 45 et 48.

nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : [...] »²⁶. S'il est démontré qu'une mesure de privation de nationalité a été adoptée dans le but d'empêcher une personne de jouir de ses droits prévus par la convention, elle pourra être qualifiée de mesure discriminatoire constituant un fait internationalement illicite. De même, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la déchéance arbitraire de nationalité peut constituer une violation du droit à la protection de la vie privée d'une personne dans certaines circonstances²⁷.

De façon plus intrusive par rapport au pouvoir discrétionnaire de l'État, le juge international peut considérer une décision refusant d'accorder la nationalité à une personne comme arbitraire – et donc comme constitutive d'un fait internationalement illicite – si elle a comme conséquence la violation de son droit à la protection de la vie privée. La Cour européenne des droits de l'homme a par exemple indiqué dans l'affaire *Karashev c. Finlande* que « Bien que le droit d'acquiescer une nationalité ne soit garanti, comme tel, ni par la Convention ni par ses Protocoles [...], la Cour n'exclut pas qu'un refus arbitraire de nationalité puisse, dans certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'intéressé »²⁸.

De façon encore plus remarquable en termes de restriction du pouvoir discrétionnaire de l'État, la CEDH considère que des conditions discriminatoires d'attribution de la nationalité peuvent constituer une violation de l'article 8 de la Convention si elles entravent la protection de la vie privée de la personne visée.

Le point commun à ces différents exemples se trouve dans le fait que la mesure étatique relative à la nationalité n'est pas prise en compte par le droit international en tant que telle, mais en raison des effets qu'elle peut produire sur certaines règles qui ont un autre objet. Ce faisant, les juridictions sont amenées à définir les conditions dans lesquelles l'État peut exercer son pouvoir afin de respecter ces règles, ce qui conduit, par effet réflexe, à limiter sa liberté dans le domaine de la nationalité. Il s'agit désormais de recher-

cher de quelle façon ce pouvoir est réglementé par le droit international.

III. Les objets de la réserve relative aux engagements internationaux

S'intéresser à l'objet de la réserve de l'article 17 du Code civil conduit à se demander de quelle façon le droit international encadre le pouvoir de l'État en matière d'attribution, d'acquisition et de perte de sa nationalité. Plus précisément, quels actes de l'État peuvent constituer un fait internationalement illicite ? Qu'est-ce qui est requis de lui par le droit international ? Si, de façon très classique, les actes individuels de l'exécutif relatifs à la nationalité peuvent constituer des violations de règles internationales – en raison de la manière dont ils sont exécutés par exemple – (A) dans d'autres cas c'est l'exercice du pouvoir normatif général du législateur lui-même qui peut être constitutif d'un fait internationalement illicite (B), ce qui constitue une limite beaucoup plus importante de la liberté étatique.

A. L'illicéité internationale des actes d'application de la loi relative à la nationalité

Le plus souvent le droit international vient restreindre le pouvoir discrétionnaire de l'État au regard de la façon dont il adopte les actes juridiques individuels relatifs à la nationalité. Les règles internationales – selon leur interprétation par le juge – prescrivent donc à l'État auquel elles sont opposables le plus souvent des contraintes procédurales dans la prise de décision.

Concernant les actes dont l'objet est de priver un individu de sa nationalité, il est possible tout d'abord qu'ils constituent un abus de droit lorsqu'ils sont détournés de leur finalité. La CEDH, par exemple, considère que l'État peut parfaitement prévoir la déchéance de sa nationalité pour des motifs légitimes, en revanche il ne peut pas retirer sa nationalité dans le seul but de procéder à l'expulsion de certaines personnes. L'article 3 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme interdit en effet d'expulser ses propres nationaux. Dans l'affaire *Naumov c. Albanie*, la CEDH a considéré que « dans cer-

26. Nous soulignons. La France a adhéré à cette convention le 28 juillet 1971.

27. CEDH, 21 juin 2016, n° 76136/12, *Ramadan c. Malte*, § 85.

28. CEDH, 12 janv. 1999, n° 31414/96, *Karashev c. Finlande*.

tains cas une privation de nationalité suivie par une expulsion peut soulever des problèmes au regard de l'article 3 du protocole n° 4 », même si ce n'était pas le cas en l'espèce²⁹.

Une mesure de privation de la nationalité peut également être constitutive d'un fait internationalement illicite lorsqu'elle a comme résultat l'apatridie de la personne qui y est soumise. La France a ratifié la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954, mais a uniquement signé la Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961. Bien qu'ils visent à limiter au maximum la survenance de situations d'apatridie, ces instruments n'interdisent pas toute privation de sa nationalité par un État partie dès lors qu'ils prévoient plusieurs exceptions. L'article 25 du Code civil interdit malgré tout, depuis une loi de 1998, de prononcer une mesure de déchéance de la nationalité française à l'encontre d'une personne qui n'a pas d'autre nationalité³⁰.

Une décision de retrait de la nationalité peut violer le droit de l'Union européenne si elle prive de façon non justifiée un citoyen européen de ses droits. Dans l'affaire *Rottmann*, il s'agissait du retrait d'un acte de naturalisation fondé sur les manœuvres frauduleuses utilisées par l'intéressé pour obtenir la nationalité allemande. La Cour de Justice reconnaît qu'au regard de la légitimité de son objectif, il ne s'agit pas d'une mesure arbitraire. Cette décision peut à cet égard être justifiée même si elle conduit à priver la personne en cause de son statut de citoyen européen – alors qu'il a pu exercer les droits attachés à ce statut. En revanche, la Cour considère que dès lors que le droit de l'Union est concerné par cette décision, l'État qui l'adopte est obligé de le prendre

en compte par le biais d'une appréciation de la proportionnalité de la mesure relative à la nationalité au regard des effets pour l'intéressé de la perte des droits que lui confère le statut de citoyen européen³¹. Ce qui signifie bien sûr, *in fine*, qu'une décision dont la proportionnalité par rapport à la situation de la personne visée ferait défaut serait contraire au droit de l'Union européenne.

Le pouvoir de l'État relatif aux actes individuels en matière d'acquisition de la nationalité est également restreint, par exemple par la nécessité d'éviter toute discrimination par ce moyen. C'est ainsi que, de jurisprudence constante, le juge français considère que « La détermination, par un État, de ses nationaux, par application de la loi sur la nationalité, ne peut constituer une discrimination au sens du Pacte de New York du 19 décembre 1966 sur les droits civils et politiques »³². Un refus arbitraire d'acquisition de la nationalité peut également être constitutif d'une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme la Cour l'a reconnu dans l'affaire *Karashev* évoquée *supra*. Dans une affaire *Kuric et a. c. Slovénie*³³, non seulement la Cour vérifie que la procédure d'adoption de la décision n'ait pas été arbitraire – et donc ait été légitime en fonction des critères définis par la loi – mais en plus elle contrôle qu'elle soit justifiée au regard de la situation de la personne visée afin de ne pas constituer une atteinte à la protection de sa vie privée. Si le premier critère examiné laisse une grande latitude à l'État, le second oblige en revanche les autorités nationales à prendre en compte les différents intérêts en présence tels que définis par le droit international lors de

29. CEDH, 3 déc. 2002, n° 10513/03, *Naumov c. Albanie*. V. aussi l'analyse de J. Lepoutre, *Nationalité et souveraineté*, thèse de doctorat soutenue à l'Université de Lille le 24 novembre 2018, p. 403. L'auteur cite dans le même sens la pratique du comité des droits de l'homme par rapport au droit d'entrer dans son propre pays prévu par l'article 12 § 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

30. V. aussi Cons. const., 23 janv. 2015, n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S.*, § 11.

31. « [...] vu l'importance qu'attache le droit primaire au statut de citoyen de l'Union, il convient, lors de l'examen d'une décision de retrait de la naturalisation, de tenir compte des conséquences éventuelles que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas échéant, pour les membres de sa famille en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union. Il importe à cet égard de vérifier, notamment, si cette perte est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction commise par celui-ci, au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait ainsi qu'à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine », CJUE, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, préc., spéc. pt 56.

32. Civ. 1^{re}, 22 févr. 2000, n° 97-22.459. La Cour de cassation adopte la même position par rapport à l'application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. V. Civ. 1^{re}, 25 avr. 2007, n° 04-17.632.

33. CEDH, 13 juill. 2010, n° 26828/06, *Kuric et a. c. Slovénie*.

l'adoption de leur décision³⁴. Le juge français est beaucoup plus réservé sur cette question : le Conseil d'État considère que la Convention européenne des droits de l'homme ne consacrant pas de droit à acquérir une nationalité, elle ne peut être utilement invoquée dans le cadre d'un recours visant une décision de rejet d'une demande de naturalisation³⁵.

B. L'illicéité internationale du « comportement normatif »³⁶ de l'État relatif à la nationalité

Il s'agit de déterminer si la loi relative à la nationalité, en tant qu'acte de portée générale et impersonnelle établissant des règles de droit, peut constituer, en tant que telle, un fait internationalement illicite de l'État français. Pour l'exprimer autrement, selon la réserve de l'article 17 du Code civil, le droit international peut-il appréhender le comportement étatique purement normatif ? Dans ce cas, il y aurait une intrusion beaucoup plus étendue dans le pouvoir normatif du législateur³⁷. En soi cela ne paraît pas extraordinaire si l'on observe les effets du droit de l'Union européenne dans les ordres juridiques des États membres, par exemple. De même, le Conseil d'État a été amené à reconnaître que l'adoption d'une loi qui ne respecte pas les engagements internationaux de la France puisse conduire à l'engagement de la responsabilité – interne – de l'État³⁸. Mais cette question revêt une portée particulière ici dès lors que l'objet de la loi, par hypothèse, concerne la nationalité dont l'attribution et le retrait sont considérées par principe comme relevant de la compétence exclusive de l'État.

La pratique internationale semble cependant suggérer que ce comportement normatif puisse être considéré comme internationalement illicite dans certains cas. La CJUE a été conduite à ex-

aminer une loi néerlandaise qui prévoit la perte automatique de la nationalité si une personne établit sa résidence principale en dehors des Pays-Bas pendant une certaine durée. Il s'agit dans ce cas d'une perte de la nationalité de plein droit et non pas en vertu d'une décision individuelle. De façon intéressante, les requérants en l'espèce n'avaient pas exercé leur droit à la libre circulation, ce qui excluait le problème de l'existence d'éventuels droits acquis en tant que citoyens européens. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour considère qu'en vertu du droit de l'Union européenne, l'application du principe de proportionnalité implique un examen individualisé des effets de la décision sur la situation de chaque personne. Ce qui implique, *a contrario*, que toute automaticité – expressément prévue par la loi en l'espèce – est contraire au droit de l'Union européenne. La Cour en déduit d'ailleurs que le juge national serait contraint d'écarter les critères législatifs si le principe de proportionnalité n'était pas respecté. La question préjudicielle était précisément posée en termes de violation de l'article 20 du TFUE par les *dispositions législatives* en cause³⁹.

De même, en vertu de la Convention du 30 août 1961 sur la réduction des cas d'apatridie, si une loi prévoyait la possibilité de déchéance de la nationalité même en cas de possession d'une seule nationalité, en dehors des exceptions expressément prévues par la Convention et dans le cas où elle prévoit l'obligation pour l'État d'accorder sa nationalité en dernier ressort, le contenu même de l'acte législatif pourrait être considéré comme un fait internationalement illicite⁴⁰. Ce raisonnement est transposable à la violation des différentes obligations conventionnelles qui accordent un droit à la nationalité à des catégories spécifiques de personnes⁴¹.

34. S. Touzé, « Rapport introductif. La notion de nationalité en droit international, entre unité juridique et pluralité conceptuelle », in SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012.

35. CE, 7 juill. 1995, n° 138041. Le Conseil d'État a transposé cette solution en partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques : CE, avis d'Assemblée, 15 avr. 1996, n° 176399.

36. Cette expression est empruntée à H. Raspail, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, Paris, Dalloz, 2013, p. 173 et s.

37. V. H. Fulchiron, « Droit à une nationalité, droit à la nationalité, droit à sa nationalité ? Variations sur le thème de l'évolution contemporaine des rapports entre individu et nationalité », préc.

38. CE, 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardedieu*.

39. CJUE (Gr. Ch.), 12 mars 2019, C-221/17, *M.G. Tjebbes e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, spéc. pts 41 et 42.

40. V. M. A. Ailincai, préc.

41. V. *supra* en ce qui concerne l'enfant par exemple.

De façon plus remarquable encore, le droit international peut limiter la liberté du législateur en matière d'attribution de la nationalité. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi appliqué le principe de non-discrimination à une législation concernant l'attribution de la nationalité à la naissance. Dans un arrêt de 2011, la Cour considère en effet que la législation maltaise relative à la nationalité est discriminatoire dès lors qu'elle prévoit une différence d'attribution de la nationalité en fonction du type de lien de filiation, entre enfants légitimes et naturels⁴². Bien qu'elle se prononce sur le cas de M. Genovese, la Cour met directement en cause les dispositions législatives, en les comparant aux règles existantes dans les autres États parties à la Convention⁴³.

Une limite au pouvoir discrétionnaire du législateur en matière d'acquisition de la nationalité pourrait provenir prochainement aussi du droit de l'Union européenne. La pratique nationale visée est celle de l'attribution de la citoyenneté européenne « par investissement » : plusieurs États membres⁴⁴ ont adopté une législation visant à accorder leur nationalité contre un investissement substantiel réalisé sur leur territoire, l'intérêt principal de la personne concernée étant d'accéder par ce biais aux avantages procurés par la citoyenneté européenne. Les institutions européennes se sont inquiétées des conséquences de cette législation, par ricochet, sur l'attribution de la citoyenneté européenne de façon contraire aux valeurs de l'Union telles que prévues par les traités. Le Parlement européen a ainsi demandé aux États membres de mettre leur législation relative à la nationalité en conformité avec ces valeurs⁴⁵. Bien que cette action se situe pour l'heure uniquement sur le plan politique, elle est révélatrice des limites désormais recon- nues au pouvoir discrétionnaire des États en matière de nationalité.

* * *

Si la France conserve sa compétence *exclusive* au regard de l'acquisition, de l'attribution et de la perte de sa nationalité, la réserve de l'article 17 du Code civil relative aux engagements internationaux qu'elle a contractés semble conduire à une forte réduction de la portée discrétionnaire de ce pouvoir. L'effet indirect de cette « internationalisation » est d'autant plus étendu si on adopte une perspective large. La nationalité étant en effet de plus en plus souvent la condition sur laquelle se fondent des régimes juridiques non-étatiques, ceux-ci finissent par avoir un « effet réflexe » sur le pouvoir de l'État. Outre les exemples déjà envisagés, on peut mentionner, dans un cadre transnational, le cas de la « nationalité sportive » ouvrant la possibilité de participer à des compétitions internationales en représentation d'un État. Selon ce régime juridique, la nationalité étatique ne constitue que l'un des critères objectifs de détermination de la nationalité sportive. Cette prise en compte finit par avoir des effets sur la pratique étatique d'attribution de la nationalité. À rebours, la nationalité sportive ayant des incidences sur l'application d'autres régimes juridiques, étatiques ou par exemple de l'Union européenne, ceux-ci prétendent intervenir dans sa réglementation⁴⁶.

Il résulte surtout de cette pluri-appartenance et de l'individualisation des questions de nationalité des conséquences indirectes sur les fonctions que la nationalité assumait traditionnellement dans le lien établi entre l'État et son ressortissant et qui se traduisent aujourd'hui principalement par un affaiblissement de sa fonction d'intégration⁴⁷. En ce sens, l'application de la réserve de l'article 17 du Code civil a des conséquences qui dépassent largement la question de l'attribution et de la perte à titre individuel de la nationalité française.

42. CEDH, 11 oct. 2011, n° 53124/09, *Genovese c. Malte*.

43. V. H. Raspail, *op. cit.* Je tiens à remercier Hélène Raspail pour les échanges très riches qui ont contribué à la réflexion sur cette question.

44. V. notamment l'*Individual investor program* de Malte prévoyant l'attribution de sa nationalité contre la somme de 650 000 €.

45. Résolution du Parlement européen sur la citoyenneté de l'UE à vendre, P7_TA (2014) 0038.

46. V. J. Guillaumé, « L'autonomie de la nationalité sportive », *JDI* 2011/2, doct. 5.

47. E. H. Ballin, *Citizens' rights and the right to be a citizen*, Leiden, Brill, 2014.

Un article, une matière

L'article 47 du Code civil et le droit international privé

Sabine Corneloup

Professeure à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Directrice du Centre de recherche de droit international privé et du commerce international (CRDI)

Article 47 du Code civil

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. »

Février 2020¹

L'article 3 du Code civil ? Les articles 14 et 15 ? L'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ?... Bien que le droit international privé français n'ait pas fait l'objet d'une codification², les dispositions emblématiques ne manquent pas, ni les com-

mentaires qui leur ont été consacrés par les spécialistes les plus éminents de la matière³.

C'est finalement sur l'article 47 du Code civil que notre choix s'est porté. Il s'agit d'un article qui est à la fois ancien et de très grande actualité. Il fait partie des dispositions, de plus en plus rares, qui figurent dans le code depuis l'origine. En 1804, il disposait : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ». Son texte a fait l'objet de plusieurs modifications, en particulier par la loi du 10 mars 1938⁴ et la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003⁵. Sa version actuelle est issue de la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006⁶.

En dépit de son ancienneté, il occupe une place de premier plan dans la pratique contemporaine. En effet, une simple consultation de Légifrance révèle la forte présence de cette disposition dans la jurisprudence de la Cour de

-
1. Au moment de l'achèvement du manuscrit, le projet de loi relatif à la bioéthique était toujours en discussion au Parlement. L'insertion dans le Code civil d'un article 47-1 (« Tout acte de l'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption, établissant la filiation d'un enfant né à l'issue d'une convention de gestation pour le compte d'autrui ne peut être transcrit sur les registres en ce qu'il mentionne comme mère une femme autre que celle qui a accouché ou lorsqu'il mentionne deux pères. Les dispositions du premier alinéa ne font pas obstacle à la transcription partielle de cet acte ou de ce jugement, ni à l'établissement d'un second lien de filiation dans les conditions du titre VIII du présent livre si celles-ci sont réunies. »), votée par le Sénat en février 2020, n'a pas été retenue par l'Assemblée nationale en juillet 2020. En revanche, le projet prévoit d'ajouter *in fine* à l'article 47 la phrase « Celle-ci est appréciée au regard de la loi française ».
 2. Toutefois, à l'initiative du ministère de la Justice, un groupe de travail a été institué en 2018 sous la présidence de Monsieur J.-P. Ancel, qui a pour mission d'élaborer un code de droit international privé.
 3. Faute de pouvoir prétendre à l'exhaustivité, qu'il nous soit permis de citer ici au moins : B. Ancel, « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1 ; H. Gaudemet-Tallon, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, PUF, 1965.
 4. JO du 16 mars 1938, p. 3114.
 5. JO du 27 novembre 2003, p. 20136.
 6. JO du 15 novembre 2006, texte n° 1.

cassation en matière de statut personnel : pour la seule année 2019, la recherche combinée des mots-clés « article 47 Code civil » et « force probante » identifie 16 arrêts de la Cour de cassation⁷.

Au sein de ce contentieux, on pense immédiatement à celui de la transcription des actes de naissance dressés à l'étranger à la suite du recours à une mère porteuse étrangère. Dans la célèbre affaire *Menesson*, la Cour d'appel de Paris avait, dans un premier temps, déclaré irrecevable l'action du ministère public en annulation de la transcription, au motif notamment que le ministère public ne contestait pas « la foi à accorder, au sens de l'article 47 du Code civil, aux actes dressés en Californie, dans les formes usitées dans cet État »⁸. L'arrêt marque le début d'une longue série de décisions bien connues, au terme de laquelle la position de la Cour de cassation a considérablement évolué sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Un autre volet important du contentieux devant les juridictions judiciaires relatif à l'article 47 porte sur l'accès à la nationalité française, lorsque celui-ci dépend d'un lien de filiation constaté dans un acte de naissance étranger, ou d'un mariage constaté dans un acte de mariage étranger⁹. Enfin, plus récemment s'y est ajouté également le volumineux contentieux de la preuve de l'âge des mineurs étrangers non accompagnés.

Les trois thèmes sont, à n'en pas douter, de grande sensibilité politique, confirmant si besoin était que la traditionnelle neutralité qui caractérise le droit international privé dans la conception savignienne, ne signifie nullement une neutralité des enjeux sous-jacents, pas plus qu'elle ne reflète la pluralité des méthodes déployées par la discipline aujourd'hui.

L'article 47 se présente comme une règle matérielle¹⁰, mais dont le présupposé intègre un raisonnement conflictuel selon lequel, d'une part, la forme est régie par la *lex loci actus* et, d'autre part, une autorité publique ne peut instrumenter qu'en vertu de la loi de l'État qui l'a instituée (*lex auctoris*). C'est pourquoi la compétence de l'autorité étrangère, ainsi que la forme dans laquelle elle a établi l'acte, sont régies par la loi étrangère. En revanche, les effets juridiques en France de l'acte ainsi dressé à l'étranger (« Tout acte [...] fait foi »), de même que les limites de la présomption de force probante (« sauf si »), sont directement déterminés par l'article 47. Quant à la notion même d'acte de l'état civil, elle obéit à une qualification *lege fori*, selon la solution jurisprudentielle traditionnelle¹¹.

Le contentieux contemporain suscité par l'article 47 montre que le droit international privé est aujourd'hui fortement sous influence : influence des droits fondamentaux notamment, mais influence également des considérations tenant au contexte migratoire.

Plus généralement, l'article 47 nous semble tout à fait emblématique de quelques grandes interrogations qui sous-tendent la matière du droit international privé, aujourd'hui comme hier. C'est à deux d'entre elles que nous voudrions consacrer plus particulièrement ces quelques réflexions, qui ne visent pas l'exégèse de la disposition, ni même à en commenter réellement le contenu. L'objectif est plutôt de montrer en quoi l'article 47 du Code civil nous paraît emblématique à cet égard.

La première concerne la dialectique entre la présomption de force probante, d'un côté, et les exceptions qui y sont apportées, de l'autre. Elle illustre la double attitude du droit international privé face à l'altérité, à la fois d'ouverture et de

7. Recherche effectuée le 6 décembre 2019.

8. CA Paris, 25 oct. 2007, n° 06/00507, cassé par Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468. Les références sont trop nombreuses pour être citées ici. V., après l'avis consultatif rendu par la CEDH, Gde ch., le 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001 (sur lequel v. par ex. *JDI*, n° 4, 2019, var. 8, obs. J. Heymann et F. Marchadier); Ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *D.* 2019, p. 2228, obs. H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon; *JCP G* 2019, p. 2067, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre; *Dr. fam.* 2019, comm. 261, obs. J.-R. Binet; CEDH, 12 déc. 2019, *C. et E. c. France*, req. n° 1462/18 et 17348/18; Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-11815 et 18-12327, *AJ fam.* 2020, p. 9, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *JCP G* 2020, p. 107, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre, *Dr. fam.* 2020, comm. 39, obs. J.-R. Binet.

9. Ch. Bidaud-Garon, « Preuve de la nationalité et actes de l'état civil étrangers », in A. Dionisi-Peyrusse, F. Jault-Seséke, F. Marchadier et V. Parisot (dir.), *La nationalité : enjeux et perspectives*, Inst. Univ. Varenne, 2019, p. 299.

10. V. not. Ch. Bidaud-Garon, « La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003 », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 49.

11. Civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, n° 27.

rejet¹². Selon les époques et les matières, le curseur n'est pas placé de la même manière (I).

La seconde interrogation porte sur la distinction entre le formalisme probatoire, d'un côté, et le rapport de droit au fond, de l'autre. Cette distinction, aussi classique et ancienne qu'elle soit, n'a pas livré tous ses mystères et l'on ne peut s'empêcher de penser que ses zones d'ombres présentent aussi quelques avantages entre les mains du juge confronté à des contentieux sensibles (II).

I. La double attitude face à l'altérité

La présomption de force probante, dont jouissent en France les actes de l'état civil dressés à l'étranger conformément à la forme locale, exprime une attitude générale d'ouverture de l'ordre juridique français face à l'altérité (A). Cette attitude est mise à l'épreuve par l'évolution de la mobilité internationale des personnes qui s'est fortement accrue depuis la seconde moitié du xx^e siècle¹³. Des considérations tenant à la politique migratoire marquent leur empreinte sur le droit international privé, laquelle se manifeste au sein de l'article 47 sous la forme d'exceptions à la force probante. Dans certains contentieux, ces exceptions finissent par détrôner le principe, renversant l'esprit général d'ouverture par une attitude de rejet motivée par la lutte contre les fraudes (B).

A. Faveur pour l'accueil de la norme étrangère dans l'ordre juridique du for

L'attitude générale d'ouverture aux normes juridiques étrangères, qu'il s'agisse de règles ou de décisions, est caractéristique des présupposés sur lesquels le droit international privé s'est construit. En tant qu'« instrument de gestion de la diversité des droits »¹⁴, le droit international privé de tradition savignienne poursuit un objectif de permanence du statut personnel en cas de mobilité internationale de la personne, et plus générale-

ment d'harmonie internationale des solutions, en dépit de la pluralité des ordres juridiques impliqués.

C'est ce qui a justifié au xix^e siècle l'essor, d'une part, de la règle de conflit bilatérale qui, dans sa neutralité, peut désigner aussi bien la loi du for qu'une loi étrangère et, d'autre part, du principe de reconnaissance de plein droit, c'est-à-dire sans exequatur, des jugements étrangers en matière d'état et de capacité des personnes. Ainsi, l'article 3 alinéa 3 du Code civil soumet le statut personnel des ressortissants étrangers à la loi étrangère de leur nationalité, tandis que l'arrêt *Bulkley*¹⁵ admet que les jugements étrangers produisent leur efficacité substantielle en France de plein droit, aussi longtemps que leur régularité n'est pas contestée.

En ce qui concerne les actes de l'état civil dressés à l'étranger, ce sont ces mêmes présupposés qui fondent la présomption de force probante qui leur est attribuée par l'article 47.

Bien entendu, cette ouverture de principe à la norme étrangère ne s'est jamais faite sans limite. L'exception d'ordre public international a toujours été vue comme une soupape de sécurité indispensable à la protection des valeurs essentielles de l'ordre juridique du for. Si le seuil de tolérance a pu être placé plus ou moins haut en fonction des matières et des époques, le rapport entre le principe et l'exception a toujours été relativement clair. On peut au demeurant remarquer que les rédacteurs du Code civil de 1804 n'avaient pas jugé nécessaire d'inscrire des exceptions dans le texte même de l'article 47.

Il est indéniable qu'au cours des dernières décennies, les objectifs et méthodes du droit international privé ont été profondément renouvelés. Toutefois, l'attitude générale d'ouverture face à l'altérité n'a le plus souvent pas été remise en cause¹⁶, bien au contraire. Que ce soit sous l'influence de la libre circulation des citoyens européens ou sous celle des droits fondamentaux garantis par la CEDH, de plus en plus sou-

12. Le rapport à l'altérité constitue l'un des thèmes centraux de H. Muir Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (Des formes juridiques de l'inter-altérité) », *RCADI* 2018, t. 389, p. 9.

13. V. tout particulièrement F. Héran, « Migrations et sociétés », Collège de France, cycle de cours inauguré le 5 avril 2018, www.college-de-france.fr.

14. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 1, PUF, 2017, n° 14.

15. Civ., 28 févr. 1860, *Bulkley*, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n° 4.

16. Même si des contre-exemples existent, tels que la multiplication des lois de police en matière contractuelle ou la nouvelle règle de conflit de l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil relative au mariage de personnes de même sexe. L'État cherche ici à imposer internationalement ses propres conceptions, en rejetant corrélativement celles des ordres juridiques étrangers.

vent, le statut personnel constitué en vertu d'une norme étrangère doit être accueilli au sein de l'ordre juridique du for. Du point de vue méthodologique, c'est ce qui a donné naissance aux discussions relatives à la méthode de la reconnaissance des situations juridiques¹⁷. Certains auteurs parlent à ce propos d'une « portabilité » du statut personnel¹⁸. Un refus de reconnaissance est susceptible d'être qualifié d'entrave à la libre circulation et/ou de violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

Il apparaît ainsi que du point de vue des objectifs poursuivis – permettre en principe l'accueil de la norme étrangère afin d'assurer la continuité du statut personnel par-delà les frontières –, la logique des droits fondamentaux et de la liberté de circulation converge dans une large mesure avec les objectifs de la tradition savignienne, qui n'a pas été abandonnée aujourd'hui.

Le contraste est fort, en revanche, dès lors que la situation s'inscrit dans un contexte migratoire. Dans bien des cas, l'article 47 est alors lu par les autorités comme instituant une présomption inverse, déniait à l'acte dressé à l'étranger toute force probante en France.

B. Multiplication des exceptions dans un contexte migratoire

Ce n'est pas par hasard que des exceptions à la présomption de force probante des actes de l'état civil étrangers ont été introduites dans l'article 47 par les lois précitées de 2003 et 2006 : la première est « relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », la seconde porte sur le « contrôle de la validité des mariages ».

Des stratégies internationales plus ou moins frauduleuses ont toujours existé, comme l'illustrent les affaires *Busqueta*¹⁹ et *Princesse de Bauffremont*²⁰, mais le phénomène a pris de l'importance, en raison du nombre et de

la politisation des enjeux. En effet, la mobilité internationale a profondément évolué, tant par son ampleur que par la diversité des origines, non seulement depuis l'époque de Savigny, mais aussi depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, à partir de laquelle s'est formé le droit international privé moderne. Le droit de séjour des étrangers en France et leur accès à la nationalité française sont devenus des préoccupations essentielles. Or, dans la mesure où le lien de filiation et le mariage produisent des effets sur ces deux terrains, la preuve du statut personnel est progressivement devenue un enjeu majeur, aussi bien pour les personnes concernées que pour les pouvoirs publics. S'y est ajoutée plus récemment la problématique de la preuve de l'âge, en raison du régime de protection spécifique dont bénéficient les mineurs étrangers non accompagnés.

L'article 47 incarne aujourd'hui l'un des principaux points de rencontre entre le droit international privé, d'un côté, et le droit de la nationalité et des étrangers, de l'autre. C'est ce qui explique que la disposition ait été modifiée à deux reprises sur le fondement de considérations tenant exclusivement à la politique migratoire. Désormais, la force probante de l'acte dressé à l'étranger est expressément écartée, s'il est établi qu'il est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. Le texte évoque également la réalisation de « toutes vérifications utiles », ce qui fait notamment référence au Bureau de la fraude documentaire, un service au ministère de l'Intérieur qui peut être saisi par les autorités administratives et judiciaires en cas de doute sur l'authenticité d'un document étranger.

La consultation des arrêts rendus par la Cour de cassation en 2019 révèle que dès lors qu'un enjeu migratoire en provenance d'un État non-membre de l'Union européenne est présent, le contentieux type correspond à la situation dans laquelle les autorités publiques contestent la force probante des actes de l'état civil produits

17. Le nombre de publications consacrées à la méthode de la reconnaissance rend leur citation exhaustive impossible. Pour des analyses récentes qui comportent de nombreuses références pour aller plus loin, v. les contributions de S. Fulli-Lemaire, S. Pfeiff, C. Latil et B. Haftel, in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 159.

18. S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 2017.

19. CA Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, n° 1.

20. Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n° 6.

par l'intéressé²¹ et où des modes alternatifs de preuve sont indisponibles ou ne sont pas jugés suffisants²².

Et même si l'acte étranger remplit toutes les conditions de l'article 47, sa force probante peut encore se heurter à un autre obstacle formel – l'absence de sa légalisation²³ –, qui constitue en réalité une formalité préalable à propos de laquelle l'article 47 est parfaitement muet et dont l'articulation avec ce dernier suscite régulièrement des interrogations chez les praticiens. Cette exigence, qui résultait initialement de l'ordonnance royale de la Marine de 1681 (art. 23), a été abrogée par erreur²⁴, mais la Cour de cassation l'a maintenue sur le fondement de la coutume internationale²⁵. Dans plusieurs de ses arrêts de 2019, la Cour a rappelé que, faute de légalisation, l'acte étranger était dépourvu de force probante en France²⁶.

En réalité, un acte non légalisé pourrait produire au moins un effet de fait, c'est-à-dire constituer un indice qu'il faudrait compléter par d'autres éléments, mais il s'agit alors d'une question de fait, qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation ne les y incite pas. C'est donc globalement une attitude de rejet qui domine, à rebours des principes généraux du droit international privé applicables dans les autres contentieux.

On peut souligner plus généralement que le contexte migratoire a fortement politisé les questions de statut personnel, comme l'illustrent également les récentes réformes allemande²⁷ et suédoise²⁸ sur le terrain de la validité des mariages de mineurs, célébrés à l'étranger conformément, à la fois, à la loi du lieu de célébration et à la loi nationale des époux. En réaction à l'arrivée très importante de réfugiés dans ces deux pays, ceux-ci ont remplacé le recours traditionnel à l'exception d'ordre public international, qui impliquait une appréciation au cas par cas, par une nullité de principe.

II. La distinction entre la preuve et le fond

En admettant que l'acte de l'état civil dressé à l'étranger conformément à la forme locale fasse foi, l'article 47 assure la circulation internationale de l'acte (*l'instrumentum*), sans se prononcer sur la circulation internationale du statut personnel lui-même (le *negotium*)²⁹. Il s'agit d'une disposition de nature purement probatoire, qui ne règle pas la validité au fond de l'état civil constaté. Cette dernière relève de la règle de conflit de lois. L'un ne préjuge pas l'autre.

Cette faveur pour la circulation à des fins probatoires de *l'instrumentum* a connu récemment un grand succès au sein de l'Union européenne

21. Pour des illustrations récentes, v. Civ. 1^{re}, 15 mai 2019, n° 18-17.719; Civ. 1^{re}, 26 juin 2019, n° 18-50.052; ou Civ. 1^{re}, 16 oct. 2019, n° 19-16.353 et 19-17.358 (2 arrêts).

22. Pour la preuve de l'âge, v. l'article 388 du Code civil, issu de la loi du 14 mars 2016, qui permet le recours à des tests osseux. Sur la preuve sans les actes, V. Parisot, « Prouver son état en l'absence d'actes », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, op. cit., p. 339.

23. À moins qu'il n'existe une dispense, ou que la formalité simplifiée de l'apostille ne remplace la légalisation en vertu de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

24. V. l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006.

25. Civ. 1^{re}, 4 juin 2009, n° 08-10.962 et 08-13.541, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 500, obs. P. Lagarde; *D.* 2009, p. 2004, obs. P. Chevalier; *AJ fam.* 2009, p. 299, obs. F. Chenedé : « les actes établis par une autorité étrangère et destinés à être produits devant les juridictions françaises doivent, au préalable, selon la coutume internationale et sauf convention internationale contraire, être légalisés pour y produire effet ».

26. V. par ex., Civ. 1^{re}, 16 oct. 2019, n° 19-16.353, préc.

27. V. l'article 13 III du EGBGB, issu de la loi du 17 juillet 2017, qui pose désormais le principe de la nullité de plein droit du mariage valablement célébré à l'étranger, lorsque l'un des époux n'avait pas atteint l'âge de seize ans au moment de la célébration. Entre 16 et 18 ans, l'annulation doit être prononcée par le juge. Le *Bundesverfassungsgericht* a été saisi le 14 décembre 2018 par le *Bundesgerichtshof* de la constitutionnalité de la loi, à propos d'un mariage entre deux ressortissants syriens célébré en Syrie à un moment où l'épouse avait quatorze ans.

28. En Suède, une loi du 21 novembre 2018, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, a mis fin à la pratique antérieure selon laquelle la reconnaissance du mariage était possible si les époux n'avaient pas de liens avec la Suède au moment du mariage et si celui-ci n'impliquait pas un mineur de quinze ans. Désormais, un mariage de mineurs peut seulement être reconnu pour des motifs exceptionnels, une fois que les deux époux ont atteint l'âge de dix-huit ans.

29. Sur cette distinction, v. récemment V. Bonnet, « *Negotium et instrumentum* : questions de définition et de domaine. Regard d'un civiliste », et F. Mailhé, « *Le negotium par l'instrumentum ? L'impossible titrisation de l'état civil* », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, op. cit., respectivement p. 369 et 379.

qui y voit un facilitateur de mobilité (A), ce qui ne doit toutefois pas faire oublier combien la distinction entre le fond et la preuve est complexe. La jurisprudence relative à la maternité pour autrui montre que dans les affaires réellement problématiques, un raisonnement limité à la circulation de l'acte, qui cherche à faire abstraction de la validité du statut sous-jacent, ne peut pleinement donner satisfaction (B).

A. Une Europe de circulation des documents et par les documents

L'engouement européen pour la circulation des documents est manifeste et dépasse le seul domaine des actes de l'état civil. L'Union européenne non seulement simplifie cette circulation, mais en outre emploie la circulation de divers documents comme un outil au service de sa politique de suppression des obstacles à la libre circulation des personnes et des jugements. En d'autres termes, la circulation d'un *instrumentum* permet de faire circuler les jugements et les personnes.

La faveur pour la circulation des actes de l'état civil, tout d'abord, se traduit par la suppression de l'exigence de légalisation et de toute formalité analogue, réalisée par le règlement n° 2016-1191 du 6 juillet 2016 sur la circulation des documents publics. Si ce règlement se borne à faciliter la circulation du seul *instrumentum*, sans affecter la reconnaissance du contenu de ces actes (art. 2.4), cela exprime moins un choix politique de l'Union³⁰, qu'une réticence des États membres, qui se sont fortement opposés à une harmonisation européenne sur le fond du statut personnel. Ce dernier relève de la compétence des États membres, ce qui explique que l'apport du règlement est finalement assez modeste.

En revanche, en tant qu'outil mis au service de la réalisation de l'espace judiciaire européen et du marché intérieur, la circulation de différents documents à des fins probatoires connaît un grand succès. La libre circulation des jugements en fournit un premier exemple. La suppression

de l'exequatur s'est faite grâce à la mise en circulation d'un certificat qui est émis par la juridiction d'origine selon un formulaire type et qui atteste notamment du caractère exécutoire de la décision. Le mécanisme est employé par les règlements n° 2015/2012 *Bruxelles I bis*, n° 2201/2003 et n° 2019/1111 *Bruxelles II bis et ter*, n° 805/2004 *Titre exécutoire européen* et n° 861/2007 *Petits litiges*³¹. Pour permettre la circulation du jugement, on fait circuler un titre probatoire standardisé.

Une autre illustration est le certificat successoral européen institué par le règlement n° 650/2012 *Successions* (art. 62 à 73) qui a déjà donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de justice³², ce qui montre son importance dans la pratique. Il s'agit d'un mode de preuve de la qualité d'héritier (ou d'administrateur de la succession, d'exécuteur testamentaire, etc.), dont la force probante est reconnue dans tous les États membres, sans formalité particulière. À ce titre, ce certificat contribue à la réalisation de l'objectif de « faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant les entraves à la libre circulation de personnes confrontées aujourd'hui à des difficultés pour faire valoir leurs droits dans le contexte d'une succession ayant des incidences transfrontières » (consid. 7).

Dans ces deux derniers exemples, un lien est établi entre la circulation de l'*instrumentum* et celle de son contenu (on assure la circulation du fond grâce à la circulation d'un document probatoire), alors que le règlement n° 2016-1191, de même que l'article 47 du Code civil, imposent une dissociation entre l'*instrumentum* et le *negotium*. Or, une telle distinction n'est pas toujours facile à opérer, et dans certains cas de figure, l'on peut se demander s'il est réellement possible d'assurer la circulation de l'un, sans la circulation simultanée de l'autre.

B. Ambiguïtés d'une distinction classique

Les rapports entre la foi accordée à l'acte et la validité de la situation juridique constatée par

30. La Commission européenne avait évoqué dans son Livre vert du 14 décembre 2010 différentes options sur le terrain de la reconnaissance mutuelle des effets des actes d'état civil, qui comprenaient également celle d'une reconnaissance de plein droit des situations d'état civil établies dans les autres États membres : COM (2010) 747 final, p. 14.

31. Une exécution directe sur la base d'un document établi dans l'État d'origine conformément à un modèle européen a également lieu en vertu des règlements n° 4/2009 *Aliments*, n° 1896/2006 *Injonction de payer européenne* et n° 655/2014 *Saisie conservatoire*.

32. CJUE, 12 oct. 2017, *Kubicka*, n° C-218/16; CJUE, 1^{er} mars 2018, *Mahnkopf*, n° C-558/16; CJUE, 21 juin 2018, *Oberle*, n° C-20/17; CJUE, 17 janv. 2019, *Brisch*, n° C-102/18.

celui-ci, continuent à interroger malgré l'ancienneté de la problématique. Les ambiguïtés de la distinction ne sont d'ailleurs pas propres aux actes de l'état civil. Il a, par exemple, été montré que la jurisprudence française avait quelque peu détourné la notion de force probante des jugements étrangers, afin de leur faire produire une efficacité de plein droit, à une époque où cette dernière n'avait pas encore été consacrée³³.

Sur le terrain de l'article 47, c'est la maternité pour autrui qui fournit une illustration particulièrement importante, puisque la problématique s'est posée essentiellement sous l'angle de la force probante des actes de naissance établis à l'étranger³⁴. Pour déterminer les effets en France de la filiation ainsi créée à l'étranger, la Cour de cassation a hésité entre une appréhension à travers l'exception d'ordre public international (puis, la fraude), qui place l'analyse sur le terrain de la validité du *negotium*³⁵, et un raisonnement fondé sur la seule force probante de l'*instrumentum*, qui consiste à mettre l'accent sur la condition, posée par l'article 47, que les faits déclarés doivent correspondre à la réalité³⁶. Par ce dernier raisonnement, elle a ainsi pu permettre la transcription de l'acte de naissance étranger dès lors que celui-ci énonçait, comme mère, la mère porteuse et, comme père, le père biologique de l'enfant, puisque l'acte n'était alors ni irrégulier, ni falsifié et les faits relatés correspondaient à la réalité.

L'analyse était ingénieuse en ce qu'elle permettait une mise en conformité progressive du droit français avec les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme³⁷. Toutefois, on voit que cette reconnaissance de la force probante des actes de naissance, de la même façon que la reconnaissance de la force probante des jugements étrangers en l'absence d'efficacité de plein droit, intervient dans un but

précis : admettre une certaine efficacité du rapport de droit sous-jacent, parce que la Cour est contrainte de le faire ou parce qu'elle estime que ceci est opportun, alors que les conditions juridiques de cette efficacité ne sont pas remplies.

Les deux exemples montrent en même temps qu'une telle solution, jouant sur les ambiguïtés de la distinction entre l'*instrumentum* et le *negotium*, ne peut pas être durable. Elle fournit un régime de transition, permettant d'accueillir progressivement dans l'ordre juridique du for un rapport de droit constitué à l'étranger, sans brusquer les principes établis. Il n'en demeure pas moins que le problème de fond soulevé par la maternité pour autrui n'a pas disparu par la simple transcription de l'acte. Un auteur a pu parler à ce sujet de « l'impossible titrisation de l'état civil »³⁸. Aussi n'est-il pas surprenant que la jurisprudence française sur la maternité pour autrui ait continué d'évoluer, sous l'effet de nouveaux arrêts et avis de la CEDH, au point que, dans ses derniers arrêts, la Cour de cassation est même allée au-delà de ce qu'imposait la CEDH³⁹. Autant dire qu'il ne subsiste aujourd'hui pratiquement rien de la résistance initiale de l'ordre juridique français.

En conclusion, il reste à souligner que l'impact des droits fondamentaux sur le terrain des actes de l'état civil va bien au-delà de l'appréhension de la seule maternité pour autrui. Il conduit, plus généralement, à envisager la problématique de l'état civil sous l'angle du droit à une identité juridique. Ainsi, selon l'article 24 alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant, tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance. L'établissement d'un acte de naissance est la porte d'entrée dans le monde juridique. C'est le premier droit de l'enfant à travers lequel il accède

33. G. Holleaux, « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'état et de capacité », *TCFDIP* 1948-1952, Pedone, p. 179.

34. Au sein d'une bibliographie exceptionnellement volumineuse qui dépasse le cadre de la présente publication, v. tout particulièrement F. Mailhé, « Le *negotium* par l'*instrumentum* ? L'impossible titrisation de l'état civil », préc.

35. Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, préc., v. *supra*, note n° 7.

36. Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et 15-50.002, *JCP G* 2015, p. 965, obs. A. Gouttenoire; *D.* 2015, p. 1773, obs. D. Sindres et p. 1819, obs. H. Fulchiron et Chr. Bidaud-Garon; *Dr. fam.* 2015, repère 8, obs. J.-R. Binet; *RTD civ.* 2015, p. 581, obs. J. Hauser; *JDI* 2016, comm. 1, obs. J. Guillaumé.

37. Le fondement avait été suggéré par B. Ancel, « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Mélanges à la mémoire de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 1.

38. F. Mailhé, « Le *negotium* par l'*instrumentum* ? L'impossible titrisation de l'état civil », préc.

39. Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-11815 et 18-12327, préc., v. *supra*, note n° 7.

à l'identité juridique lui permettant ensuite de bénéficier d'autres droits.

Le fait que de nombreux pays dans le monde ne possèdent pas aujourd'hui un service de l'état civil opérationnel constitue une source majeure de préoccupation⁴⁰, conduisant l'ONU à en faire l'une de ses priorités dans le cadre des « Objectifs de développement durable » à l'horizon 2030⁴¹. Au regard de la forte croissance de la mobilité internationale des personnes, les États européens ne sont pas indifférents à la réalisa-

tion de cet objectif, comme le montre l'abondant contentieux au regard de l'article 47. Beaucoup de difficultés pourraient, en effet, être évitées, si les intéressés étaient en possession d'actes de l'état civil fiables. La présomption de force probante de l'article 47 pourrait alors retrouver toute sa vigueur. Pour atteindre cet objectif, une meilleure coopération internationale entre États est nécessaire et il faut espérer que le déclin actuel de la Commission internationale de l'état civil ne fasse pas perdre de vue cette priorité⁴².

40. Selon l'Unicef, en 2017, seuls 43 % des enfants de moins de 5 ans en Afrique subsaharienne ont fait l'objet d'un enregistrement à la naissance.

41. V. la cible 16.9 qui énonce : « D'ici à 2030, garantir à tous une identité juridique, notamment grâce à l'enregistrement des naissances ».

42. H. van Loon, « *Requiem or Transformation? Perspectives for the CIEC/ICCS and its work* », *Yearbook of PIL*, vol. 20 (2018/2019), p. 73 ; v. aussi la recommandation adoptée par le Groupe européen de droit international privé le 14 septembre 2019 : <https://www.gedip-egpil.eu>.

Un article, une matière

L'article 229 du Code civil et le droit de la famille

Jean Garrigue

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Cela fait désormais quarante-cinq ans que l'article 229 du Code civil¹ ne sert plus à rien ! Telle pourrait du moins être l'opinion professée par les praticiens. Depuis 1975², le législateur se contente en effet de recenser au sein de ce texte les différents cas de divorce, dont les dispositions ultérieures définissent les contours. Essentiellement destiné à annoncer les règles qui le suivent³, l'article 229 est ainsi dépourvu d'une réelle portée normative : il pourrait disparaître sans que les solutions légales applicables à la dissolution du mariage soient pour autant modifiées⁴.

Ainsi dénué de toute véritable utilité pratique, il avait en revanche de réelles vertus didactiques : première des dispositions consacrées au divorce, il révélait certaines des caractéristiques les plus fondamentales de celui-ci. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016, il faisait d'abord discrètement apparaître que ce mode de

rupture supposait toujours l'intervention d'un juge⁵. Il convient surtout de souligner qu'en dressant une liste des cas de divorce, le législateur avait entendu souligner que la dissolution du mariage demeurait subordonnée à l'existence d'une cause légale de désunion mais qu'elle pouvait être admise dans plusieurs situations. L'insertion dans le Code d'un tel inventaire signifiait donc tout à la fois que le divorce n'était pas discrétionnaire mais qu'il pouvait être justifié par des motifs assez divers ; elle manifestait non seulement une répugnance pour toute espèce de répudiation⁶ mais aussi la volonté d'assurer la coexistence de plusieurs options.

À l'époque révolutionnaire, l'époux qui souhaitait mettre fin à son mariage n'avait pas besoin de se prévaloir d'un quelconque motif : il lui suffisait d'arguer d'une simple incompatibilité d'humeur⁷. Or bien que résolu à assouplir les conditions de la rupture, les rédacteurs de la loi

1. « Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire [al. 1^{er}]. Le divorce peut être prononcé en cas : – soit de consentement mutuel, dans le cas prévu au 1^o de l'article 229-2 ; – soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ; – soit d'altération définitive du lien conjugal ; – soit de faute [al. 2^o] ».
2. Avant la réforme de 1975, l'article 229 a eu une autre histoire. Déjà à cette époque, il constituait la première disposition relative au divorce. Il était alors toutefois spécialement consacré aux infidélités de l'épouse : il y était précisé que « [le] mari [pourrait] demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme »...
3. Carbonnier s'était demandé si nos tribunaux pourraient « en prenant appui sur un simple texte d'annonce tel que l'article 229, construire une cause générale, générique du divorce pour rupture non spécifiée de la vie commune, comme ils ont autrefois tiré d'un alinéa sans épaisseur la responsabilité générale du fait des choses » (J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 163-164). Il avait toutefois précisé que « [ce] serait hardi » et les juges n'ont heureusement pas fait preuve d'une telle audace.
4. En 1804, les rédacteurs du Code civil n'avaient d'ailleurs pas éprouvé le besoin de consacrer un article de leur œuvre à l'inventaire des cas de divorce : ils s'étaient contentés d'évoquer successivement au sein de dispositions différentes chacune des causes de dissolution.
5. V. *infra* I.A.
6. V. Carbonnier, *Essais sur les lois*, op. cit., p. 141 : il expliquait que si l'on s'en tenait, pour admettre le divorce, « à la volonté unilatérale de rompre que manifeste l'un des époux », « on [tomberait] dans le divorce-répudiation, tragédie pour l'épouse, sujet d'horreur pour nos sociétés occidentales ».
7. J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 117.

de 1975 n'ont pas entendu s'inspirer du droit intermédiaire. L'énumération de l'article 229 étant limitative, elle était assurément exclusive : elle faisait obstacle à ce que le divorce soit prononcé dans d'autres situations que celles qui y étaient évoquées. L'époux désireux de rompre ne pouvant obtenir satisfaction que s'il était en mesure d'invoquer un fondement légal de dissolution, il ne pouvait pas se contenter de faire état de sa lassitude ou de son exaspération. L'article 229 témoignait ainsi d'une volonté d'encadrer la faculté de se démarier et du refus de céder aux sirènes d'un libéralisme débridé.

Si la rupture demeurait donc subordonnée à l'existence d'un juste motif, la disposition étudiée énonçait toutefois plusieurs cas de divorce. Or à cet égard, les inspireurs de la loi de 1975 avaient entendu rompre avec les textes jusqu'alors applicables. Avant que celle-ci n'entre en vigueur, la désunion ne pouvait en effet être provoquée que par des comportements illicites⁸. Or les artisans de cette réforme ont admis de nouveaux cas de dissolution : ils ont voulu que le divorce puisse avoir pour fondement non seulement des fautes mais aussi les volontés concordantes des époux⁹ et la « rupture de la vie commune ». Ils ont ainsi diversifié les solutions et permis aux conjoints d'emprunter le chemin le plus adapté à leur situation. L'article 229 traduisait donc de façon très nette l'intention de ne plus imposer une voie unique et de promouvoir un véritable pluralisme juridique.

Il n'est toutefois pas certain qu'il reflète aujourd'hui encore de façon parfaitement fidèle l'état du droit positif. Depuis 1975, les règles applicables à l'obtention du divorce ont en effet été modifiées par trois lois importantes, respecti-

vement promulguées le 26 mai 2004, le 18 novembre 2016 et le 23 mars 2019. Or l'article 229 ne révèle que partiellement la profondeur des changements résultant de ces réformes.

Au cours des dernières décennies, le législateur a considérablement assoupli les conditions du divorce. L'article 229 porte certes trace de plusieurs des évolutions fondamentales qui sont survenues : il rend compte de la déjudiciarisation de la rupture par consentement mutuel¹⁰ et de la transformation de certaines causes de dissolution¹¹. Il abrite en revanche aujourd'hui encore une liste limitative des cas de divorce. Il donne donc toujours le sentiment que les époux désirant s'affranchir du lien conjugal doivent invoquer un motif légal de rupture. Or à cet égard, la loi du 23 mars 2019 le rendra bientôt assez trompeur : bien qu'elle n'ait pas vocation à provoquer la moindre modification de cette disposition, elle privera de toute réelle substance la nécessité d'invoquer une cause de dissolution. Dès qu'elle entrera en vigueur¹², le divorce deviendra en effet quasiment discrétionnaire : la volonté unilatérale de celui qui entend s'affranchir du lien conjugal sera presque intrinsèquement suffisante pour justifier la disparition du mariage. Or aux désirs individuels qui manifesteront alors leur toute puissance, l'article 229 n'opposera malheureusement que son impotence ; il masquera assez hypocritement le libéralisme effréné qui imprègne le droit contemporain de la famille (I).

L'inventaire énoncé à l'article 229 paraît en revanche bien traduire l'attachement persistant des autorités normatives au pluralisme. Celles-ci continuent en effet à laisser aux époux désireux de rompre le choix entre quatre voies¹³. Au début

8. Anciens art. 229 à 232 C. civ.

9. Après la réforme de 1975, il était précisé à l'article 229 que le divorce « [pouvait] être prononcé en cas [...] de consentement mutuel ». Cette cause de dissolution, en apparence unique, recouvrait toutefois deux modes de rupture distincts : le « divorce sur requête conjointe », qui est l'ancêtre de l'actuel divorce par consentement mutuel, et le divorce « sur demande acceptée » ou « sur double aveu », qui est le devancier du divorce pour acceptation du principe de la rupture.

10. V. *infra* I.A.

11. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, l'article 229 laisse apparaître que « l'acceptation du principe de la rupture » a été substituée au « double aveu » et que l'« altération définitive du lien conjugal » a remplacé la « rupture de la vie commune ».

12. La plupart des dispositions que cette loi consacre au divorce entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 109, VII ; décret n° 2019-1380 du 17 déc. 2019, art. 15).

13. Le divorce par consentement mutuel revêtant aujourd'hui deux formes, on pourrait même dire que coexistent cinq possibilités. Les époux qui s'entendent sur le principe et les effets de la rupture n'ont toutefois pas le choix entre la voie extrajudiciaire et l'issue juridictionnelle : v. *infra* II.A.

du ^{xxi}^e siècle, elles ont certes envisagé de supprimer le divorce pour faute¹⁴. Finalement, elles l'ont toutefois laissé subsister et paraissent pour l'heure disposées à l'épargner. Elles claironnent même volontiers leur respect des choix individuels et leur volonté de ne privilégier aucun modèle. Il serait toutefois naïf d'imaginer qu'elles ont su étouffer leur propension à façonner les comportements familiaux : si elles laissent effectivement cohabiter plusieurs options, elles s'interdisent rarement les recommandations et autres exhortations. Il nous semble même que les possibilités proposées ne sont pas aussi contrastées qu'on le laisse souvent supposer ; le pluralisme en droit contemporain de la famille nous paraît en réalité partiellement fantasmé (II).

I. L'article 229 et le libéralisme effréné du droit contemporain de la famille

Encore récemment, l'article 229 énonçait les deux principales limites à la liberté de mettre fin au mariage : il prévoyait que le divorce devait être prononcé par un juge et justifié par l'une des causes limitativement énumérées par le législateur. Ces deux exigences fondamentales ont toutefois beaucoup souffert des réformes adoptées au cours des dernières années. Désormais, la disposition étudiée affirme en effet expressément que le divorce peut parfois être extrajudiciaire (A). Elle occulte en outre maladroitement que la rupture a vocation à devenir discrétionnaire (B).

A. Libéralisme et affirmation du caractère extrajudiciaire de certains divorces

Il y a quelques années seulement, les premiers mots de l'article 229 rappelaient que dans les cas où il était possible, le divorce devait toujours être « prononcé ». Or ce terme était particulièrement significatif : il révélait que cette rupture revêtait nécessairement un caractère judiciaire. Depuis la

Révolution française, il était en effet inconcevable pour les époux d'obtenir de leur vivant la dissolution de leur mariage sans passer devant un magistrat.

En adoptant la loi du 18 novembre 2016¹⁵, le Parlement a toutefois inséré un nouvel alinéa au début de l'article 229 : aux termes de ce paragraphe, « [les] époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ». Le législateur a ainsi dispensé de la rencontre avec un juge les conjoints qui mettent fin à l'aventure matrimoniale d'un commun accord.

Cette réforme était sans doute principalement destinée à répondre à des préoccupations budgétaires : elle était censée permettre aux magistrats et aux greffiers de gagner du temps et ainsi à l'État d'économiser un peu d'argent¹⁶. Ces motivations financières ne doivent toutefois pas masquer les conséquences substantielles de l'évolution. Bien qu'inspirée par de telles considérations, la déjudiciarisation constitue en effet un instrument de libéralisation : elle rime avec privatisation et banalisation.

Théoriquement, toute union matrimoniale est censée intéresser la société. Aujourd'hui encore, le mariage demeure en effet une institution publique : il doit être célébré par un officier de l'état civil¹⁷, sa consistance est définie de manière partiellement impérative par la loi¹⁸ et son existence justifie l'octroi par la collectivité de divers avantages aux membres du couple. Dans ces conditions, l'obligation pour les personnes désireuses de rompre par consentement mutuel de se rendre au tribunal ne constituait pas une exigence extravagante : elle s'expliquait par la nature même de l'union matrimoniale. Imposer la présence d'un magistrat à l'occasion du divorce, c'était exiger que l'État, dont l'intervention est indispensable pour les noces, cautionne également la dissolution. Chasser le juge, c'est

14. En 2001, l'Assemblée nationale avait voté une proposition de loi qui ne laissait subsister que deux causes de dissolution : le consentement mutuel et la « rupture irrémédiable du lien conjugal ». Le Sénat s'était toutefois opposé à cette transformation et la réforme envisagée a été définitivement abandonnée après le changement de majorité parlementaire survenu en 2002.

15. V. C. Brenner, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G* 2017, n° 195 ; J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJF* 2017, p. 14 ; S. Ferré-André, « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 », *Defrénois* 2017, p. 125 ; H. Fulchiron, « Le divorce par acte sous signature privée contresigné par avocat et enregistré par notaire », *Defrénois* 2017, p. 613 ; C. Lienhard, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *D.* 2017, p. 307.

16. V. cep. S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, 2008, p. 99 et s.

17. Art. 75 et 165 C. civ.

18. Art. 226 et 1388 C. civ.

au contraire signifier que la rupture du mariage peut être une affaire purement privée, qui ne concerne alors que les seuls époux. La collectivité est ainsi sommée de détourner les yeux et de ne pas se mêler de ce qui ne la regarde plus.

Assurant ainsi la privatisation du divorce, la déjudiciarisation concourt en outre à sa banalisation, ou du moins à sa dédramatisation. En effet, il n'était naturellement pas anodin pour les époux de devoir faire escale au tribunal : la plupart des individus étant rarement confrontés à la justice, la nécessité de rencontrer un magistrat conférait à l'épilogue de l'histoire conjugale une certaine solennité, voire une réelle gravité. Elle révélait que le mariage avait vocation à durer et que même s'il était devenu très courant, le divorce n'était pas conçu comme le terme le plus naturel. En privant parfois cet ultime épisode de la vie matrimoniale de sa dimension judiciaire, le législateur le traite au contraire comme un événement tout à fait ordinaire, dont il n'y a pas lieu de faire toute une affaire.

Il est vrai que la déjudiciarisation évoquée est de portée limitée. Le terme « prononcé », qui témoignait du caractère juridictionnel de la dissolution, n'a pas été banni de l'article 229 ; il a simplement été relégué au sein du deuxième alinéa de cette disposition. Aujourd'hui encore, ce texte fait ainsi apparaître que les ruptures par consentement mutuel demeurent parfois subordonnées à l'intervention d'un juge ; il révèle aussi que les dissolutions contentieuses supposent encore systématiquement l'entrée en scène d'un magistrat.

On aurait toutefois tort de minimiser l'importance de l'évolution. On observera d'abord que les dissolutions par consentement mutuel représentent plus de la moitié des divorces¹⁹ et qu'elles ne supposent désormais l'intervention d'un

magistrat que dans des circonstances exceptionnelles. Il résulte en effet du texte analysé qu'elles ne demeurent judiciaires que « dans le cas prévu au 1° de l'article 229-2 », c'est-à-dire quand un enfant mineur du couple demande à être entendu par un juge. Or quand les époux parviennent à s'entendre sur le principe et les effets de leur rupture, il est rare que l'un de leurs fils et filles éprouve le besoin de converser avec un magistrat : il s'agit pour ainsi dire d'une hypothèse d'école²⁰.

Il convient d'ajouter que la volonté de limiter le temps que les juges consacrent aux questions familiales ne s'est pas seulement traduite par la déjudiciarisation des dissolutions par consentement mutuel ; elle a également conduit le législateur à modifier les règles applicables aux divorces contentieux. Ces derniers demeurent certes subordonnés à l'intervention d'un magistrat. En adoptant la loi du 23 mars 2019, le Parlement a toutefois transformé la procédure qui précède leur prononcé. Or cette évolution est elle aussi censée concourir à une certaine libéralisation. Si l'obligation de passer devant un juge restreint l'autonomie de l'époux qui veut s'affranchir du lien conjugal, c'est en effet d'abord parce qu'elle retarde le dénouement : elle assure un dernier répit à une union déjà presque condamnée. Or le législateur veut éviter que cet ultime sursis ne s'éternise : la modification des procédures contentieuses est notamment destinée à raccourcir leur durée et donc à hâter la disparition des mariages qui battent de l'aile²¹. En outre, elle contribue elle aussi à banaliser le divorce. Lorsque les nouvelles règles seront en vigueur, les époux ne rencontreront en effet plus nécessairement le magistrat chargé de mettre fin à leur union : il leur sera en principe loisible d'être représentés par leur avocat tout au long de la procédure et

19. Ministère de la Justice, *Références statistiques justice*, année 2016, p. 11.

20. Avant la réforme, le nombre annuel des divorces par consentement mutuel prononcés par un juge fluctuait entre 65 000 et 75 000. En 2018, il n'était plus que de 283 (Ministère de la Justice, *Références statistiques justice*, année 2018, p. 15)...

21. Sera supprimée la phase de conciliation, qui était jusqu'à présent obligatoire. V. J. Garrigue, « Faut-il vraiment supprimer la tentative de conciliation précédant l'instance en divorce ? », *RJPF* 2018, n° 12-7 ; v. aussi J. Casey, « Réforme de la procédure des divorces contentieux : simplifier pour mieux juger, vraiment ? », *AJF* 2019, p. 239 ; « Réforme de la procédure des divorces contentieux : le décret », *AJF* 2020, p. 12 ; S. Maître, « La future procédure de divorce et son impact sur les mesures provisoires », *AJF* 2019, p. 238 ; E. Mulon et V. Egéa, « Le décret n° 2019-1380 du 17 déc. 2019 relatif à la procédure de divorce », *Dr. Famille* 2020, ét. 8 ; D. Sadi, « Du divorce à grande vitesse : brèves observations à propos de la loi du 23 mars 2019 », *D.* 2019, p. 1779.

de ne jamais mettre les pieds au tribunal²². Le juge pourra ainsi rester invisible et l'instance demeurer une réalité lointaine. Foin du pathos ! Qu'advienne enfin une procédure aseptisée pour individus civilisés !

On observera encore qu'en adoptant la loi du 23 mars 2019, le Parlement ne s'est pas contenté de simplifier les procédures contentieuses de divorce. Il a également redéfini l'« altération définitive du lien conjugal ». Or ce faisant, il a choisi d'épargner à la personne qui s'est lassée de son époux l'invocation d'un véritable motif de dissolution.

B. Libéralisme et occultation du caractère discrétionnaire du divorce

S'il est aujourd'hui expressément précisé à l'article 229 que le divorce n'est plus nécessairement judiciaire, cette disposition masque en revanche une seconde évolution fondamentale, qui traduit pourtant plus encore que la première le libéralisme débridé qui imprègne le droit contemporain de la famille. Contrairement à ce que le texte étudié laisse accroire, le divorce deviendra en effet bientôt quasiment discrétionnaire.

Depuis 1975, l'article 229 énumère de façon limitative les causes propres à justifier la dissolution du mariage. Il paraît donc indiquer que pour s'affranchir du lien conjugal, il est nécessaire d'avoir un juste motif de rupture et qu'il ne suffit pas de brandir son désir d'en finir ou une prétendue incompatibilité d'humeur. En l'absence de consentement mutuel, il n'existerait ainsi que trois raisons de nature à légitimer le divorce : l'« acceptation du principe de la rupture », l'« altération définitive du lien conjugal » et la « faute ». Toutefois, cette présentation deviendra prochainement fallacieuse : l'obligation pour l'époux désireux de rompre d'invoquer l'une des causes légales de dissolution constituera dans quelques mois une simple apparence, dépourvue de toute réelle consistance. Une fois que la loi du

23 mars 2019 sera entrée en vigueur, la volonté individuelle de ce conjoint sera en effet presque intrinsèquement suffisante pour fonder l'anéantissement du mariage²³.

Cela fait bien longtemps que le divorce peut être justifié par la volonté commune des époux. Quand les deux membres du couple s'entendent à la fois sur le principe et les effets de la dissolution, il leur est en effet loisible de rompre par consentement mutuel. Il convient d'ajouter que lorsqu'ils se querellent sur les suites de leur désunion mais qu'ils conviennent de la nécessité de mettre un terme à leur vie matrimoniale, ils peuvent l'un et l'autre acquiescer au principe de la rupture. Or après s'être assuré que leur consentement est réel, libre et éclairé²⁴, le juge « prononce [alors] le divorce sans autre motif que [leur] acceptation »²⁵.

Contrairement à l'accord des deux membres du couple, la volonté unilatérale de l'un d'entre eux a en revanche longtemps été insuffisante pour permettre la disparition du mariage. Quand un époux souhaitait divorcer mais qu'il se heurtait à l'opposition de l'autre, il ne pouvait donc pas se contenter de faire état de son désir de célibat. Depuis 1975, pour parvenir à ses fins, il devait alors être en mesure d'invoquer l'une des deux causes de dissolution qui ne dépendaient pas du consentement de son conjoint : il lui fallait se prévaloir soit d'une faute de ce dernier, soit de la « rupture de la vie commune », devenue ensuite l'« altération définitive du lien conjugal ». Le législateur a toutefois progressivement vidé celle-ci de toute substance, si bien que la nécessité d'invoquer un motif légal de divorce deviendra bientôt illusoire ; elle occultera maladroitement l'omnipotence des désirs éprouvés par l'époux résolu à rompre.

Il y a à peine une quinzaine d'années, lorsqu'un époux voulait imposer le divorce à son conjoint mais qu'il n'avait aucune faute à reprocher à ce dernier, il ne pouvait s'affranchir du lien conjugal qu'en invoquant la « rupture de la vie

22. Pour l'heure, les époux doivent comparaître en personne lors de la tentative de conciliation (art. 252 et s. C. civ. ; art. 1108 et s. CPC). À l'avenir, il y aura encore en principe une audience consacrée aux mesures provisoires. Celle-ci pourra toutefois être supprimée « si les parties ou la partie seule constituée y renoncent » (futur art. 254 C. civ.). En outre, même lorsqu'elle aura lieu, les conjoints ne seront pas tenus d'être présents : « [lors] de l'audience portant sur les mesures provisoires, les parties [comparaîtront] assistées par leur avocat ou [pourront] être représentées » (futur art. 1117 CPC).

23. V. J. Garrigue, « La réforme projetée du divorce pour altération définitive du lien conjugal : ultime étape avant la rupture purement discrétionnaire ? », *LPA* 10 oct. 2018, p. 6.

24. Art. 234 C. civ.

25. Art. 1124 CPC. V. aussi art. 233 C. civ.

commune ». Celle-ci n'était toutefois généralement²⁶ susceptible d'être caractérisée que si « les époux [vivaient] séparés de fait depuis six ans »²⁷. Il convient d'ajouter que le conjoint qui sollicitait un tel divorce était traité avec une réelle défaveur lorsqu'étaient déterminées les conséquences de la dissolution²⁸.

En adoptant la loi du 26 mai 2004, le législateur avait déjà assoupli ces règles de façon drastique, si bien que beaucoup avaient considéré qu'il avait instauré un véritable « droit au divorce »²⁹. Il avait en effet donné naissance à une nouvelle cause de dissolution, « l'altération définitive du lien conjugal », qui avait été substituée à l'ancienne « rupture de la vie commune ». Or l'évolution n'était pas seulement terminologique : le législateur avait déjà considérablement facilité la tâche de l'époux désireux de rompre. Alors qu'avant cette réforme, la cessation de la cohabitation devait avoir duré au moins six ans pour justifier le divorce, « [l']altération définitive » était susceptible d'être admise « [dès lors que les époux] [vivaient] séparés depuis deux ans lors de l'assignation »³⁰. Il convient d'ajouter que celui qui s'en prévalait échappait à la plupart des sanctions autrefois infligées au conjoint qui se fondait sur la « rupture de la vie commune »³¹.

La nécessité d'invoquer une cause légale de dissolution n'était pas encore pour autant un faux-semblant : lorsque l'époux aspirant au célibat devait surmonter l'opposition au divorce de son conjoint et qu'il ne pouvait pas établir que ce dernier avait commis une faute, il devait faire

preuve d'une réelle patience. L'altération définitive du lien conjugal supposait en effet en principe une séparation biennale³². Il convient d'ajouter que les deux années de cessation de la vie commune devaient impérieusement être écoulées « lors de l'assignation »³³. Or une fois celle-ci délivrée, l'instance durait encore généralement environ douze mois³⁴. En pratique, le divorce ne pouvait donc être prononcé qu'environ trois ans après le moment où la cohabitation avait pris fin. Or il en ira prochainement tout à fait différemment.

En adoptant la loi du 23 mars 2019, le Parlement a profondément modifié les règles applicables au divorce pour altération définitive. Or deux évolutions méritent d'être soulignées. Il convient d'abord d'observer que lorsque les nouvelles dispositions seront en vigueur, la durée de séparation généralement requise³⁵ ne sera plus que d'un an, au lieu de deux³⁶. En outre, il ne sera plus toujours indispensable que ces douze mois soient antérieurs à l'assignation : il suffira souvent qu'ils soient achevés au jour où le juge rendra sa décision. En effet, le demandeur ne sera pas tenu de préciser le fondement de sa demande dans son acte introductif d'instance ; il pourra ne l'indiquer que dans ses premières conclusions au fond³⁷. Or dans ce cas, « le délai caractérisant l'altération définitive [...] [sera] apprécié au prononcé du divorce »³⁸.

Dans ces conditions, dès l'instant où un époux ressentira le désir de mettre fin au mariage, il pourra engager l'instance, sans du tout se préoc-

26. Plus exceptionnellement, il était possible de conclure à la « rupture de la vie commune » « lorsque les facultés mentales du conjoint se [trouvaient], depuis six ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne [subsistait] plus entre les époux et ne [pourrait], selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir » (anc. art. 238 C. civ.).

27. Anc. art. 237 C. civ. On ajoutera que « [si] l'autre époux [établissait] que le divorce aurait, soit pour lui, [...] soit pour les enfants, des conséquences [...] d'une exceptionnelle dureté, le juge [rejetait] la demande » (anc. art. 240 C. civ.).

28. Anc. art. 264, 265, 269, 270, 281 et s. et 285-1 C. civ.

29. V. par ex. F. Dekeuwer-Défossez, « Nouveaux cas de divorce », *RLDC* février 2005, p. 66, n° 565 ; H. Fulchiron, « Les métamorphoses des cas de divorce », *Defrénois* 2004, art. 37999, p. 1103 ; J. Garrigue, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 428 et s. ; J.-J. Lemouland, « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.* 2004, p. 1825. V. aussi D. Fenouillet, « Le lien conjugal », *LPA* 1^{er} juil. 2004, n° 131, p. 58, qui préférerait quant à elle parler de « liberté de divorcer ». V. cep. M. Pichard, *Le droit à, Étude de législation française*, Economica, 2006, p. 107 et s.

30. La loi du 26 mai 2004 avait en outre entraîné l'abrogation de l'article 240, qui permettait au juge de rejeter la demande lorsque le divorce était susceptible d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle dureté pour le défendeur ou les enfants.

31. V. cep. art. 266 C. civ.

32. V. cep. art. 238 al. 2 C. civ.

33. Art. 238 C. civ.

34. Ministère de la Justice, *Références statistiques justice*, année 2018, p. 15.

35. V. cep. futur art. 238 al. 3 C. civ.

36. Futur art. 238 al. 1^{er} C. civ.

37. Futur art. 251 C. civ.

38. Futur art. 238 al. 2 C. civ.

cuper du motif propre à justifier le divorce. Il devra simplement s'abstenir de mentionner le fondement de sa demande dans son assignation, se prévaloir de l'« altération définitive » dans ses premières conclusions au fond et, s'il vit encore avec son conjoint, faire en sorte que la vie commune cesse dès le début de la procédure³⁹. Compte tenu de la durée de l'instance, le délai d'un an de séparation sera alors presque toujours passé au jour où le juge rendra sa décision, si bien que celui-ci prononcera inévitablement la dissolution⁴⁰. La nécessité d'invoquer un motif de rupture ne restreindra donc plus aucunement la liberté de l'époux lassé du mariage : celui-ci obtiendra satisfaction aussi aisément que si elle avait disparu et que la rupture était exclusivement subordonnée à l'intervention d'un magistrat. L'obligation de fonder sa demande sur une cause légale de désunion deviendra ainsi quasiment un simulacre⁴¹ ; dépendant essentiellement de la volonté de l'époux cherchant à rompre, le divorce sera en réalité presque discrétionnaire.

Dans ces conditions, l'énumération par l'article 229 des causes susceptibles de justifier la dissolution ne limitera pas la possibilité pour un époux de décider unilatéralement de mettre fin au mariage ; elle continuera en revanche à offrir diverses voies à ceux qui souhaitent s'affranchir du lien conjugal. Impuissante à endiguer la propension contemporaine au libéralisme, cette disposition contribuera donc encore à instaurer un certain pluralisme. Il serait toutefois exagéré d'affirmer que celui-ci est aujourd'hui exalté ; il nous semble qu'en réalité, il est partiellement fantasmé.

II. L'article 229 et le pluralisme fantasmé en droit contemporain de la famille

« À chacun sa famille, à chacun son droit »⁴² : la jolie formule de Carbonnier a indubitablement fait florès. Celui-ci expliquait qu'en adoptant diverses lois entre 1964 et 1977, « le législateur [...] [avait] renoncé à privilégier un schéma familial au détriment des autres, et qu'il [avait] plutôt cherché à se donner les moyens d'une législation sceptique »⁴³ ; il estimait que la cohérence des différentes évolutions alors survenues « [était peut-être faite] d'une certaine modestie imposée à la loi »⁴⁴. Insistant sur la « pluralité des modèles », il affirmait que « les textes réformateurs [avaient] misé résolument sur la diversité de la France, sur la pluralité des tempéraments, des convictions, des traditions » et qu'« [ils avaient] multiplié les options »⁴⁵.

On peut avoir le sentiment qu'au cours des dernières années, la diversité des régimes a subsisté, voire qu'elle s'est renforcée. À la volonté d'imposer une voie et d'uniformiser les familles aurait ainsi succédé une attitude d'ouverture, permettant la « coexistence pacifique »⁴⁶ de solutions juridiques variées ; le législateur ne tenterait plus de dicter ses vues et serait désormais respectueux des choix individuels. Il nous semble toutefois que cette image d'Épinal est un brin trompeuse et qu'un constat plus nuancé s'impose : derrière les apparences d'indulgence et de tolérance se cachent encore de la défiance et des préférences. En réalité, le législateur ne s'est pas résigné à une stricte neutralité : il continue à

39. On ne pourra généralement même pas lui reprocher d'avoir manqué à l'obligation de communauté de vie. « [Dès] le début de la procédure, [le juge prendra en effet des] mesures [provisoires] » (art. 254 C. civ.) ; il pourra notamment « [statuer] sur les modalités de la résidence séparée des époux » (art. 255 C. civ.). Or si celui qui entend divorcer attend cette décision pour quitter la résidence familiale, son départ ne sera sûrement pas considéré comme fautif.

40. Il convient d'ajouter que lorsque les douze mois ne seront pas encore écoulés, le juge devra attendre qu'ils le soient pour rendre sa décision : « [lorsque] la demande en divorce [sera] fondée sur l'altération définitive du lien conjugal dans les conditions prévues à l'article 238, alinéa 2, du Code civil, la décision statuant sur le principe du divorce ne [pourra] intervenir avant l'expiration du délai d'un an et sous réserve du dernier alinéa de l'article 238 » (futur art. 1126-1 CPC). La demande de dissolution ne risquera donc pas d'être rejetée sous prétexte que la séparation est trop récente.

41. V. en ce sens M.-P. Baudin-Maurin, « Le divorce pour altération définitive du lien conjugal nouveau est presque arrivé », *Dr. Famille* 2020, ét. 21.

42. J. Carbonnier, *Essais sur les lois, op cit.*, p. 181 et s.

43. *Ibid.*, p. 189.

44. *Ibid.*, p. 190.

45. *Ibid.*, p. 193. V. aussi J.-J. Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, p. 133.

46. *Ibid.*, p. 211.

porter des jugements de valeur⁴⁷ et n'a pas renoncé, sinon à façonner les mœurs, du moins à orienter les conduites.

L'analyse de l'article 229 est à cet égard très révélatrice : si cette disposition offre toute une palette de possibilités, elle laisse clairement apparaître que les causes de dissolution sont hiérarchisées (A). Plus fondamentalement, l'incapacité de ce texte à tempérer la liberté de rompre⁴⁸ révèle combien il est difficile d'assurer la coexistence de modèles réellement différents au sein d'un même système juridique (B).

A. Pluralisme et hiérarchisation des différents cas de divorce

Depuis 1975, l'article 229 énumère plusieurs causes de divorce. Or la juxtaposition de ces dernières est censée permettre à chacun d'emprunter l'issue qui lui convient. Il y a quelques décennies, Carbonnier distinguait ainsi « quatre manières de sortir du mariage par divorce : une pour les batailleurs, une pour les insensibles, une pour ceux qui savent ce qu'ils veulent, une encore pour ceux qui ne le savent pas trop »⁴⁹. Depuis, la liste s'est encore enrichie : si l'on tient compte du dédoublement de la rupture par consentement mutuel, qui est le plus souvent extrajudiciaire mais demeure parfois juridictionnelle⁵⁰, il existe à présent cinq types de divorces.

S'il est donc indéniable que le législateur offre aux époux toute une gamme de possibilités, celles-ci ne lui inspirent pas toutes la même bienveillance : il en est certaines qui ont manifestement ses faveurs et d'autres qu'il n'admet qu'à contrecœur. Or il ne s'astreint à aucune impartialité : il défend avec ardeur et accable de froideur, porte au pinacle et voue aux gémonies. L'article 229 révèle ainsi clairement des préséances. L'ordre dans lequel les divorces y sont énumérés ne doit en effet rien au hasard : les solutions que le législateur entend privilégier arrivent en tête, celles qu'il réprouve ferment la marche. Or si la hiérarchie qu'il a établie s'explique partiellement

par des considérations économiques, elle a aussi et principalement une signification axiologique.

Les préoccupations financières ne sont sans doute pas étrangères aux places qui ont été respectivement assignées aux deux formes de divorce par consentement mutuel. C'est la version extrajudiciaire de celui-ci qui est privilégiée et il suffit de jeter un œil sur l'article 229 pour s'en persuader. La dissolution « par acte sous signature privée contresigné par avocats » a en effet les honneurs du premier alinéa. Il convient d'ajouter qu'elle n'est pas conçue comme une simple option : en cas de rupture par consentement mutuel, les conjoints échappent en principe qu'ils le veulent ou non à la rencontre avec un juge. En vertu de la disposition étudiée, un tel divorce ne demeure en effet juridictionnel que si un enfant mineur du couple demande à être entendu par un magistrat⁵¹. S'il avait vraiment voulu renforcer le pluralisme, le législateur aurait pourtant dû permettre aux époux d'être également reçus au tribunal lorsqu'ils en éprouvent eux-mêmes le désir. Obnubilé par la volonté de faire des économies, il n'a toutefois pas cru bon de laisser le choix aux conjoints⁵². Le pluralisme, oui, mais pas à n'importe quel prix !

Si des raisons budgétaires sont ainsi susceptibles d'influer sur la hiérarchie des divorces, celle-ci s'explique toutefois essentiellement par des considérations axiologiques : le classement établi à l'article 229 est avant tout l'expression de jugements de valeur. Si on lit cette disposition d'un bout à l'autre, on passe en effet des dissolutions *a priori* les plus apaisées aux ruptures censées être les plus conflictuelles : le législateur évoque d'abord les consentements mutuels, cite ensuite l'acceptation du principe de la rupture, puis l'altération définitive et repousse la faute au fin fond du texte analysé. Il est en effet convaincu que les divorces reposant sur des accords sont moins néfastes pour les époux et leurs enfants que ceux à l'occasion desquels les membres du couple s'abreuvent de griefs. Il fait donc tout son

47. V. M. Pichard, « Droit et morale en droit extrapatrimonial », in D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 137 et s.

48. V. *supra* I.

49. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, op. cit., p. 193.

50. V. *supra* I.A. et *infra*.

51. V. *supra*.

52. C'est probablement ce qui explique la hausse récente du nombre annuel de divorces acceptés : alors qu'entre 2014 et 2017, celui-ci avait oscillé entre 29 600 et 30 400, il s'est élevé à 36 374 en 2018 (*Références statistiques justice*, année 2018, p. 15).

possible pour que les conjoints cherchent à s'entendre et renoncent à s'accabler de reproches.

Nombreuses sont ainsi les dispositions destinées à favoriser la conclusion d'accords. Il est vrai que disparaîtra dans quelques mois la phase judiciaire de conciliation⁵³, par laquelle commence jusqu'à présent toute affaire contentieuse de divorce⁵⁴. Subsisteront en revanche diverses mesures qui incitent les époux à dialoguer et à chercher des points de convergence : les membres du couple sont autorisés à conclure une « convention de procédure participative »⁵⁵, des mesures de médiation sont envisageables⁵⁶, des contrats portant sur les suites de la désunion peuvent être passés lors des instances contentieuses⁵⁷, des passerelles permettent aux membres du couple de renoncer au fondement initialement invoqué pour se tourner vers des divorces moins conflictuels⁵⁸, le législateur s'efforce de rendre attractive la rupture par consentement mutuel...

Il convient d'ajouter que depuis 2004, ce dernier s'est évertué à détourner les conjoints des dissolutions pour faute : il a notamment fait en sorte que les griefs ne puissent pas être invoqués dès le début de la procédure⁵⁹ et s'est attaché à dissocier les conséquences de la désunion de ses causes, si bien que celui qui obtient la rupture aux torts exclusifs de l'autre n'en tire généralement guère de profit⁶⁰. Or cette politique s'est

révélée particulièrement efficace : les divorces pour faute se sont considérablement raréfiés au cours des quinze dernières années⁶¹.

En s'efforçant ainsi de pacifier les derniers instants de la vie conjugale, le législateur a sans doute fait œuvre utile. Sa volonté de promouvoir certains divorces et d'en marginaliser d'autres révèle néanmoins qu'il demeure engagé : il ne se borne pas à proposer mais continue à suggérer, à inciter, voire à exhorter. Il se fait aujourd'hui encore une idée assez précise de ce qui est bon pour les familles, si bien qu'il persiste à pousser les couples sur les voies qui lui paraissent les plus indiquées. Sa propension à guider les individus ne s'est donc pas réellement estompée ; seules les valeurs qui l'inspirent ont en définitive véritablement évolué.

On donnerait donc une image caricaturale du pluralisme en droit contemporain de la famille si on laissait croire que par égard pour la diversité des convictions, des traditions et des situations, les autorités normatives demeurent timidement en retrait pour laisser les familles tracer librement leur chemin : elles ne sont pas devenues des adeptes du laisser-faire et persistent à favoriser les solutions qu'elles préfèrent. Il convient d'ajouter que cette absence de neutralité politique ne les conduit pas seulement à recommander certaines voies et à en déconseiller d'autres ; elle les incite aussi à limiter les dissemblances qui

53. V. *supra*.

54. Art. 252 C. civ.

55. Art. 2067 C. civ.

56. Art. 255, 1^{er} et 2^o C. civ. Après l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019, « [la] demande introductive d'instance [comportera] le rappel des dispositions relatives à [...] [la] médiation [...] et à la procédure participative [ainsi que de celles ayant pour objet l'] homologation des accords [...] des parties sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et les conséquences du divorce » (futur art. 252 C. civ.). Il convient aussi de rappeler que « [le] juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties » (art. 1071 CPC ; v. aussi art. 373-2-10 C. civ.).

57. Art. 265-2 et 268 C. civ. V. aussi art. 373-2-7 C. civ.

58. Art. 247 et 247-1 C. civ.

59. Le législateur est convaincu que le fait de retarder l'invoque de griefs permet de dissuader certains époux d'agir sur le fondement de la faute. Pour l'heure, la procédure contentieuse commence par le dépôt d'une requête, qui « n'indique ni le fondement juridique de la demande en divorce ni les faits à l'origine de celle-ci » (art. 1106 CPC ; v. aussi art. 251 C. civ.). Les autorités normatives souhaitent en effet que la tentative de conciliation permette d'apaiser la situation et veulent donc éviter qu'elle ne soit perturbée par l'articulation de griefs (v. cep. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2019, n^o 18-20.584). Ce n'est que dans un second temps, à l'occasion de l'instance, que les époux font connaître le fondement de leur demande de dissolution (art. 257-1 C. civ.).

À l'avenir, il n'y aura plus de conciliation. La procédure débutera donc par l'instance. Celui qui introduira celle-ci ne pourra pas pour autant demander de façon immédiate que le divorce soit prononcé sur le fondement de la faute. En effet, il ne sera autorisé à « indiquer [dans son assignation] les motifs de sa demande [que] si celle-ci est fondée sur l'acceptation du principe de la rupture [...] ou l'altération définitive [...] » ; « [hors] ces deux cas, le fondement de la demande [devra] être exposé dans les premières conclusions au fond » (futur art. 251 C. civ.). L'acte introductif d'instance sera irrecevable s'il « indique [...] le fondement juridique de la demande en divorce lorsqu'il relève de l'article 242 [ou] les faits à l'origine de celle-ci » (futur art. 1107 CPC).

60. V. cep. art. 266, 270 al. 3 et 1240 C. civ.

61. En 2004, les dissolutions pour faute représentaient 37,7 % du nombre total des divorces ; en 2016, ce taux n'était plus que de 6,34 % et depuis, le nombre de divorces pour faute a continué à baisser : v. *Références statistiques justice*, année 2018, p. 15.

existent entre les différents modèles proposés à ceux qui vivent en couple.

B. Pluralisme et érosion des dissemblances entre les différents modèles

L'analyse de l'article 229 révèle la fragilisation de l'institution matrimoniale : elle aura bientôt vocation à disparaître dès que l'un des époux entendra y mettre fin⁶². Or cette évolution limite indubitablement sa singularité.

Par la loi du 15 novembre 1999, le législateur a défini le concubinage⁶³ et donné naissance au pacte civil de solidarité⁶⁴. Il a ainsi souhaité que ceux qui vivent à deux aient le choix entre trois possibilités différentes. Le mariage était censé être le plus stable de ces modèles ; destiné à produire d'importantes conséquences juridiques, il garantissait aux couples une plus grande sécurité que ses deux concurrents. À l'opposé, le concubinage, qui reste une simple union de fait⁶⁵, avait vocation à préserver pleinement l'indépendance de chacun des membres du duo. Quant au pacs, il s'agissait d'une voie moyenne : il instaurait des liens juridiques entre les parties mais ces derniers étaient assez lâches et particulièrement fragiles⁶⁶.

Toutefois, s'il avait vraiment voulu promouvoir le pluralisme juridique, le législateur aurait ensuite dû pérenniser, cultiver et même renforcer les spécificités de chacun de ces modèles. Or il s'est au contraire évertué à estomper les dissemblances⁶⁷. Les modifications apportées au pacs

ont ainsi souvent consisté à étendre à cette convention certaines solutions qui étaient auparavant propres à l'institution matrimoniale⁶⁸. Il convient surtout de souligner qu'en s'échinant à faciliter le divorce, le Parlement a considérablement appauvri la portée de l'engagement conjugal⁶⁹. Aujourd'hui, la précarité n'est plus l'apanage du pacs et du concubinage ; elle frappe aussi de plein fouet le mariage, désormais constamment exposé au naufrage.

Le législateur est à présent convaincu qu'il faut permettre la disparition des liens de droit dès l'instant où cesse l'union de fait : il est persuadé qu'après la dislocation du couple, il est vain, voire nocif, d'imposer, ne serait-ce que provisoirement, la subsistance d'importantes contraintes juridiques⁷⁰. Or quoique l'on pense de la pertinence de cette opinion, il faut bien admettre qu'elle conduit à gommer certaines particularités de l'union matrimoniale et donc à réduire l'espace juridique qui sépare celle-ci du pacs et même du concubinage⁷¹. Le législateur replie ainsi peu à peu l'éventail des solutions offertes à ceux qui vivent à deux.

L'instauration d'un véritable pluralisme juridique supposerait pourtant qu'à côté des modèles inspirés par l'idéologie dominante, on en laisse subsister d'autres, moins conformes à l'air du temps mais susceptibles de complaire à des groupes minoritaires. Il faudrait donc veiller à ce que les convictions du moment ne perver-

62. V. *supra*.

63. Art. 515-8 C. civ.

64. Art. 515-1 et s. C. civ.

65. Art. 515-8 C. civ.

66. V. en particulier art. 515-7 C. civ.

67. Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 523, § 13 ; J.-R. Binet, « Pacs et mariage : vingt ans de vie commune », *Dr. Famille* 2019, ét. 15.

68. On rappellera par exemple que par la loi du 23 juin 2006, le législateur a imposé aux partenaires la vie commune et l'assistance (art. 515-4 C. civ.), alors que ces obligations ne pesaient auparavant que sur les époux ; il a en outre admis que l'existence du pacs soit mentionnée en marge de l'acte de naissance des cocontractants (art. 515-3-1 C. civ.). En adoptant la loi du 18 novembre 2016, il a ensuite décidé que les partenaires n'ayant pas eu recours à un notaire pour passer leur pacte déclareraient dorénavant la conclusion de leur convention à un officier de l'état civil (art. 515-3 C. civ.).

69. V. J. Garrigue, *Les devoirs conjugaux*, *op. cit.*

70. Aujourd'hui, l'indissolubilité du mariage est même considérée comme absolument inacceptable. Elle est en effet tenue pour contraire à la Constitution (Cons. const., 29 juil. 2016, n° 2016-557 QPC). En outre, lorsque la loi étrangère qui aurait normalement dû être mise en œuvre « ne prévoit pas le divorce [...], la loi du for s'applique » (Règl. UE n° 1259/2010 du 20 déc. 2010, art. 10).

71. V. S. Ferré-André, « Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 », *préc.* V. aussi M.-P. Baudin-Maurin, *art. préc.* Une autre des particularités du mariage a été supprimée par la loi du 17 mai 2013 : depuis l'entrée en vigueur de celle-ci, l'union matrimoniale est ouverte aux couples de personnes de même sexe, ce qui l'a rapprochée du pacs et du concubinage. Mais si cette réforme a fait disparaître l'une des singularités de l'institution matrimoniale, elle a permis que tous les duos aient le choix entre les trois formes d'union évoquées par le Code civil. Dans ces conditions, il n'est pas certain qu'elle ait réellement limité le pluralisme juridique.

tissent pas les institutions avec lesquelles elles sont en décalage. Or elles finissent malheureusement souvent par avoir raison des solutions qui ne sont pas leur fidèle expression⁷².

Beaucoup de couples considéraient à n'en pas douter que les règles juridiques applicables au mariage étaient excessivement rigides et qu'elles n'étaient plus adaptées aux besoins de la société contemporaine. Pour répondre à leurs aspirations, le législateur avait toutefois donné naissance au pacte civil de solidarité, qui permettait aux parties de s'unir officiellement tout en conservant une grande indépendance et dont il aurait été possible de parfaire progressivement le régime juridique. Dans ces conditions, était-il vraiment indispensable de défigurer l'institution

matrimoniale ? N'aurait-il pas été concevable d'en préserver l'intégrité, en assumant le risque de la marginaliser ?

Il est vrai que lorsque deux personnes se marient aujourd'hui, elles demeurent parfaitement libres de se sentir durablement engagées et même de demeurer unies jusqu'à ce que la mort les sépare ; dans les faits, il subsiste évidemment des conceptions très variées des relations de couple. Mais le pluralisme imaginé par Carbonnier n'avait pas vocation à être seulement sociologique ; il devait être également juridique. L'inspirateur des réformes réalisées entre 1964 et 1977 ne promettait pas seulement à chacun son fait ; plus ambitieux, il entendait garantir « à chacun son droit »...

72. V. Y. Lequette, art. préc. : « l'évolution sur le long cours de notre droit pourrait se résumer par la formule non pas "du monisme au pluralisme", mais "d'un monisme à l'autre" ».

Un article, une matière

L'article 716 du Code civil et le droit des biens

Julien Dubarry

Professeur à l'Université de la Sarre

Titulaire de la Chaire de droit civil français

Membre associé du laboratoire de droit civil (Paris II)¹

« *La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds.*

Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard. »

1. Disposition anecdotique ou emblématique ?

– Le choix de cette disposition pour représenter le droit des biens paraîtra curieux à certains tant il est vrai qu'elle n'est pas au centre des préoccupations contemporaines, même s'il faut souligner une occurrence assez fréquente ces dernières années des découvertes de trésors litigieuses. Et pourtant, on pourrait même oser dire qu'elle représente le droit civil dans son ensemble. Par sa concision et sa clarté formelles, d'abord, distinguant *a priori* clairement la notion et le régime. Par ce qu'elle révèle de la difficulté qu'éprouve le législateur français à raisonner de façon mécanique et scientifique ensuite, tant cette façade formelle, qui place d'ailleurs le régime avant la notion, cache mal une certaine imbrication des deux alinéas qu'il convient de mettre à jour pour cerner la fonction – et donc la portée – exacte de chaque condition posée. Et par le caractère intuitif de la solution retenue enfin, qui révèle que l'équité, si elle n'est pas une

source *du* droit est bien une source *de* droit. On le pressent, l'examen technique de cette disposition comme sa confrontation avec des règles étrangères ayant vocation à appréhender la même situation va nous plonger au cœur de la sensibilité législative française de l'époque du Code civil et nous interroger sur son adaptation au raisonnement contemporain, qui peut parfois avoir, par souci de rigueur, tendance à déceler dans chaque mot une valeur absolue et dans toute souplesse une incertitude condamnable. Pour pénétrer cet univers, c'est la forme du commentaire à l'allemande qui a été choisie, dans lequel « les normes légales sont examinées, dis-séquées, triturées en tout sens alors que la jurisprudence est présentée dans un ordre systématique »² : proche du fascicule d'encyclopédie, mais peut-être moins préoccupée par une présentation absolument exhaustive du droit positif que lui, cette approche pourrait permettre de révéler tout ce que cette disposition brasse du droit des biens et ce qu'elle peut apporter aux interrogations contemporaines en la matière.

2. Approche systématique. – La place de l'article 716 dans le Code civil des Français est très particulière. La vocation de ce texte est de déterminer le ou les droits sur une chose particulière qualifiée de trésor : l'alinéa 1^{er} procède à cette détermination quand l'alinéa 2 éclaire la qualification. Or, les mécanismes acquisitifs de propriété sont énoncés aux articles 711 et 712 du

1. L'auteur remercie M. André Gresser, assistant-étudiant à la Chaire de droit civil, pour sa participation aux recherches bibliographiques de droit allemand.

2. Cl. Witz, *Le droit allemand*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2018, p. 196.

Code civil indépendamment de toute considération factuelle de sorte qu'ils pourraient également s'appliquer à la découverte d'une *res derelictae* ou d'une *res nullius*. Consacrer une disposition particulière au trésor revient donc à lui consacrer un statut particulier, à singulariser l'acquisition des droits sur cette chose. Mais est-ce à dire que cette acquisition est irréductible aux mécanismes précédemment évoqués ou qu'elle procède d'une adaptation ou d'une combinaison de ceux-ci ? En observant plus avant la systématique de la loi, on fait face à une curiosité plus grande. Que l'article 716 succède à deux dispositions relatives aux choses sans maître n'étonne guère au regard de l'alinéa 2 de la disposition commentée : si *idem est non esse aut non probari*, alors le trésor peut être vu comme une chose sans maître singulière, qui, qualifiée ainsi après avoir été découverte, l'est dans la perspective d'un rattachement. La singularité vient donc du fait que la qualification n'est pas statique, mais dynamique. En revanche, il est plus étonnant de voir que l'article 716 se situe entre deux dispositions évoquant des appropriations régies par des lois particulières (article 715 pour les droits sur le gibier chassé ou le poisson pêché ; article 717 pour les droits sur les effets que la mer rejette) puisque l'appropriation du trésor n'obéit à aucune loi particulière. La seule explication serait un lien de filiation avec le mécanisme de l'occupation, qui semble réunir les deux dispositions encadrant l'article 716³, même si, pour plus de clarté, l'ordre des articles 716 et 717 aurait pu être inversé.

3. Originalité de l'approche française. – La disposition s'applique en présence d'une chose

trouvée sur laquelle nul ne peut justifier d'un droit de propriété, mais qui fut ou est potentiellement encore la propriété de quelqu'un qui ne se manifeste pas ou n'est pas identifiable. Sur ce point, on remarquera que la disposition du Code civil a un domaine d'application potentiellement plus large que le texte allemand équivalent, ce qui en accentue l'originalité. Le § 984 *BGB* conclut en effet une série de dispositions sur le sort des choses trouvées, qui visent par divers biais à rechercher le véritable propriétaire, notamment en portant la trouvaille à la connaissance du propriétaire présumé⁴ ou de l'administration (§ 965 *BGB*), ce à quoi le droit civil français n'oblige point⁵. C'est pourquoi en droit allemand, le trésor ne s'entend que d'une « chose demeurée si longtemps cachée que le propriétaire ne peut plus être retrouvé » en vertu des précautions posées par le Code civil allemand lui-même. Il n'y a donc trésor au sens du droit allemand que lorsque la durée de dissimulation laisse légitimement penser que les précautions prévues par le législateur en cas de trouvaille ne permettent pas de déterminer le propriétaire, ce qui se déduit des particularités de chaque espèce⁶. Ainsi l'acquisition d'une chose trouvée n'est pas immédiate, quand celle de trésor l'est par l'exigence même d'une durée de dissimulation antérieure à la découverte qui fait présumer l'inutilité d'un délai pour des démarches d'identification⁷. Cette approche n'est du reste pas propre aux droits germaniques puisque le droit italien présente une systématique similaire qui a conduit la *Corte di cassazione* à juger que l'objectif premier en cas d'invention était de retrouver le véritable propriétaire et de lui resti-

-
3. A.-M. Demante et E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. III (art. 711-892), 2^e éd., Plon, 1885, n° 13.
 4. Le champ d'application du § 984 *BGB* s'en trouve réduit, car il est admis que le propriétaire du fonds réceptacle est présumé propriétaire du meuble qui y est enfoui ou caché et que seules des circonstances particulières peuvent permettre de renverser cette présomption : H.-P. Westermann, B. Grunewald et H.-G. Maier-Reimer, *Erman – Bürgerliches Gesetzbuch*, t. II, 15^e éd., Otto Schmidt, 2017, § 984, n° 2, par Fr. Ebbing. Une présomption d'accession pourrait également permettre de limiter le champ d'application de ce texte en droit français, et donc de limiter la portée des incertitudes liées à la nature des droits attribués par l'article 716 C. civ. (*infra*, n° 13 s.).
 5. Raison pour laquelle les monographies allemandes sur le trésor se sont particulièrement focalisées sur la distinction entre la qualification de « trésor » et de « chose perdue » (Fr. Kother, *Der Rechtsbegriff des Schatzes, insbesondere im Verhältnis zum Bestandteil und zum Begriff der verlorenen Sache nach gemeinen Recht und BGB*, Noske, 1905 ; A. Frantzke, *Der Begriff des Schatzes nach gemeinem Recht und dem rechte des bürgerlichen Gesetzbuches insbesondere in seinem Verhältnis zu dem Begriff der verlorenen Sache*, Carl Hinstorff, 1901).
 6. H.-G. Bamberger, H. Roth, W. Hau et R. Poseck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. III (§§ 705-1017), 4^e éd., Beck, 2019, § 984, n° 1, par J. Kindl.
 7. H. Konzen (dir.), *Soergel – Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht I*, 13^e éd. Kohlhammer, 2002, § 984, n° 5, par M. Henssler.

tuer la chose trouvée⁸. L'imprévision de telles précautions générales par la loi française⁹, tout comme l'indifférence d'une certaine durée de la dissimulation, font de l'article 716 un article à vocation d'application moins subsidiaire que dans les droits qui en font une trouvaille à régime particulier¹⁰. Dans une perspective systématique, l'article 716 se présente certes comme une hypothèse particulière, mais non résiduelle et encore moins exceptionnelle. Son champ d'application dépendra exclusivement de la notion que l'on retiendra du trésor au sens du second alinéa.

I. La qualification de trésor

4. Une chose et un fonds. – L'expression « toute chose » semble imperméable à toute distinction. Devraient donc pouvoir recevoir la qualité de trésor les choses corporelles et incorporelles, mobilières ou immobilières. Mais l'expression est aussi limitée par une aptitude de ladite chose : pour pouvoir être qualifiée de trésor, elle doit pouvoir être « cachée ou enfouie ». De surcroît, elle doit pouvoir être cachée ou enfouie dans un fonds, si l'on rapproche les deux alinéas du texte. C'est ce qui explique la réduction téléologique à laquelle la Cour de cassation procède : « seules peuvent recevoir cette qualification les choses corporelles matériellement dissociables du fonds dans lequel elles ont été trouvées »¹¹.

A. Un fonds réceptacle

5. Au-delà du fonds de terre ? – L'assertion précédente a permis de refuser la qualification de trésor à une peinture de grande valeur dissimulée par un repeint, que des travaux de restauration ont permis de révéler. Elle peut cependant

s'interpréter de deux manières. La première consisterait à expliquer la négation de la qualification de trésor par l'absence de dualité de biens : il n'y aurait pas deux choses, mais une seule¹². La seconde consisterait à justifier le rejet de la qualification de trésor par référence implicite à la conception historique du fonds, qui renvoie au fonds de terre dans l'esprit du code de 1804, emprunté au droit romain¹³. Alors qu'une espèce renvoyant à des lingots d'or trouvés dans une cuisinière lui en aurait donné l'occasion – ne serait-ce que par un motif de pur droit –, la Cour de cassation n'a jamais tranché explicitement la question¹⁴. Dans l'affaire du repeint, la décision des juges du fond dont les motifs ont fait l'objet d'une substitution pour permettre le rejet du pourvoi, avait cependant très nettement pris parti pour une conception large du fonds, entendu comme « le lieu géographique de la découverte du trésor » lequel peut s'entendre de « l'objet au sein duquel le trésor était caché »¹⁵. Le caractère elliptique de la substitution de motifs opérée par la Cour de cassation ne permet pas de savoir si cette acception du fonds a été condamnée ou si aucun parti n'a été pris. L'acception moderne de la notion de fonds au sens de l'article 716 du Code civil retenue par les juges du fond mérite attention en ce qu'elle est en symbiose avec la conception que de nombreux droits étrangers se font du trésor lorsqu'il est l'objet d'une disposition spécifique.

6. Perspectives de droits étrangers. – Ainsi en va-t-il du droit belge qui, sur le fondement d'une disposition absolument identique à celle de notre Code civil, enseigne que « dans tous les cas, on admet que le « fonds » visé par le Code civil peut aussi bien être de nature mobilière »¹⁶, le trésor y étant alors défini comme « des choses de nature

8. C. Cass., 13 nov. 1982, n° 6060. *Adde.* M.-A. Mazzola, « L'invenzione », in R. Clarizia (dir.), *Proprietà e diritti reali*, Wolters Kluwer, 2016, p. 613.

9. On réservera le cas de l'article L. 531-14 du Code du patrimoine qui prévoit une déclaration obligatoire en cas de découverte de certains biens précisément identifiés.

10. Outre le droit allemand déjà évoqué, on peut signaler une approche identique en droit autrichien (§ 398 et s. *ABGB*) et en droit suisse (Art. 720 et s. *ZGB*).

11. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-19.340, publié au Bulletin.

12. En ce sens, v. Fr. Pollaud-Dulian, *RTD com.* 2017, p. 908. *Adde.* W. Dross, *RTD civ.* 2017, p. 887 et s. : « D'où l'on peut augurer que la solution aurait été différente s'il avait été possible de le déposer sans l'altérer, notamment parce que celui-ci aurait été peint sur une toile clouée sur le bois du chef d'œuvre ».

13. Fr. Moulon, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, t. II, 4^e éd., Marescq et Dujardin, 1855, p. 5 ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIII, 3^e éd., Lahure, 1866, n° 34, citant Pothier et réfutant ensuite cette vision.

14. Civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, *de Fré c. Delor*, n° 00-22.471.

15. CA Riom, 4 avr. 2016, RG n° 15/00081.

16. N. Bernard, *Précis de droit des biens*, Anthémis, 2017, n° 406.

meuble cachées ou enfouies dans un meuble ou un immeuble (dans le sol, dans un bâtiment, dans une cuisinière, entre les pages d'un livre etc.) »¹⁷. Au soutien de cette vision du trésor, on peut d'ailleurs invoquer la lettre du Code civil français. Si le trésor devait se réduire à une chose corporelle enterrée, alors les termes de l'alternative « cachée ou enfouie » seraient redondants¹⁸; donner une portée autonome à chacun conduit à reconnaître qu'un meuble caché dans un autre meuble puisse être considéré comme un trésor. Ainsi compris, le trait d'union serait réalisé avec le droit suisse, qui stigmatise les deux hypothèses (art. 723 al. 2 ZGB), le droit italien, qui voit dans le fonds un immeuble, mais applique la règle par analogie aux meubles cachés dans un autre meuble (art. 932 al. 2, 2^e phrase *Codice civile*), comme avec les législations qui, à l'instar du droit allemand, ne recourent pas au terme de fonds mais évoquent seulement la chose cachée et la chose dans laquelle elle est dissimulée, préférant mettre l'accent sur le rapport fondamental de dissimulation applicable à diverses espèces plutôt que d'évoquer l'hypothèse la plus fréquente dont il est nécessaire de forcer les traits pour y assimiler des cas qui n'ont aucune raison d'en être exclus.

B. Toute chose cachée ou enfouie

7. Indifférence (relative) de la valeur. – S'agissant de la chose enfouie ou cachée, la loi ne subordonne pas la qualification de trésor à l'existence d'une valeur particulière de la chose enfouie ou cachée : le législateur français n'a donc pas fait le choix de réserver la qualification

de trésor aux choses précieuses¹⁹, c'est-à-dire à valeur vénale élevée et/ou à grande valeur scientifique, comme le fait le droit suisse²⁰ ou italien²¹ et comme pourrait y inciter le sens attribué à cette qualification juridique dans le langage courant, même si évidemment la naissance d'un contentieux suppose l'existence d'une convoitise à l'origine de laquelle se trouve fréquemment une certaine valeur intrinsèque du bien découvert. Il est cependant notable qu'un arrêt ancien a eu recours à la condition de valeur commerciale pour exclure la qualification de trésor pour des restes de cadavres humains, dont la Cour de cassation a interdit l'exploitation commerciale²² : « les choses cachées ou enfouies que le législateur a désignées sous le nom de trésor ne peuvent être que celles qui ont une valeur commerciale, lorsque leur possesseur les cache ou les enfouit pour s'en assurer la conservation »²³. Il reste que si l'article 716 du Code civil n'avait pas vocation à s'appliquer en pareille hypothèse²⁴, cela encouragerait à la dissimulation de trouvailles qui ne relèvent pas nécessairement du domaine de la déclaration de l'article L. 531-14 du Code du patrimoine, l'attribution de droit sur le bien ne signifiant pas nécessairement la commercialité et la revendication ultérieure d'un propriétaire originel étant toujours envisageable²⁵. S'agissant de la valeur scientifique, elle n'est pas davantage stigmatisée dans la disposition commentée, mais il convient de réserver l'application de dispositions spéciales qui l'écarteraient, explicitement à l'instar de l'article L. 541-4 du Code du patrimoine, ou simplement en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*. De telles

17. I. Durant, *Droit des biens*, Larcier, 2017, n° 218. *Rappr.* en droit français G. Cornu, *Droit civil – les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, p. 328.

18. Même dans une hypothèse concernant un sac de pièces cachées dans le trou d'un mur, la jurisprudence fait difficilement la part entre ces deux termes (CA Poitiers, 24 mai 2006, n° 287) l'arrêt relevant qu'elles étaient « enfouies et cachées au regard d'une personne susceptible de venir en ce lieu ».

19. V. néanmoins J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux et L. Tranchant, *Les biens*, 3^e éd., LGDJ, 2019, n° 252, évoquant un « meuble précieux ».

20. P.-H. Steinhauer, *Les droits réels*, t. II, 4^e éd., Stämpfli, 2012, n° 2114ab.

21. Selon l'article 932, alinéa 1^{er} du *Codice civile* : « *Tesoro e qualunque cosa mobile di pregio [nous soulignons], nascosta o sotterrata, di qui nessuno può provare di essere proprietario* ».

22. Civ. 1^{re}, 16 sept. 2010, *Our Body I*, n° 09-67.456, *Bull. civ.* I n° 174.

23. CA Bordeaux, 6 août 1806, *Blancherot*, S. 1806, II, p. 175.

24. Certains auteurs semblent justifier l'éviction de cette disposition sur « l'intention morale ou religieuse qui a présidé à cet enfouissement » (G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, les biens*, par P. Raynaud, 2^e éd., Sirey, 1980, n° 416, spéc. p. 522), ce qui permettrait de réactiver l'article 716 en l'absence de preuve rapportée d'une telle intention. Il reste que ce critère est étranger à la disposition en cause.

25. Pour autant que l'on accepte de transposer aux restes humains la propriété familiale pour protéger le lieu de sépulture d'une dépouille mortelle (TGI Lille, 10 nov. 2004, RG n° 03/02059).

dispositions n'excluent cependant pas nécessairement la qualification de trésor²⁶ ; il semble même plus exact de considérer qu'il s'agit alors d'un trésor dont l'attribution sera dérogoratoire au droit commun notamment en raison d'un intérêt de l'État à la découverte²⁷. Comme la chose doit pouvoir être dissociée du fonds qui la dissimule, il doit s'agir d'une chose mobilière. Et toute chose mobilière est susceptible de recevoir la qualification de trésor tant qu'une disposition spéciale ne vient pas contredire cette qualification.

8. Cas particulier des immeubles par destination. – Encore faut-il savoir si l'expression « chose mobilière » renvoie à une caractéristique physique ou à une qualification juridique. S'agissant des choses qui sont physiquement et juridiquement des meubles, elles sont aptes à recevoir la qualification de trésor sans autre discussion. La question se pose notamment pour les immeubles par destination qui, physiquement – c'est-à-dire pris en eux-mêmes –, sont des meubles, mais néanmoins qualifiés d'immeubles au regard du droit en raison d'une relation de dépendance qu'ils entretiennent avec un immeuble par nature. La question ne se pose cependant que si on estime que l'enfouissement ou la dissimulation n'a pas rompu le lien de dépendance qui fonde l'immobilisation²⁸. Dans la droite ligne de ce que professait Josserand²⁹, la Cour d'appel de Paris ne l'a pas entendu ainsi et a jugé qu'une statuette retrouvée dans sa niche d'origine ne pouvait constituer un trésor au sens de l'article 716 du Code civil³⁰, une autre cour d'appel ayant précisé dans une hypothèse similaire que « le fait qu'elle puisse provenir d'un autre immeuble que celui dans lequel elle a été découvert, qu'elle ait été installée sans souci esthétique particulier et qu'elle n'ait pas été détériorée lors de son enlèvement ne saurait lui enlever cette

qualification »³¹. La solution est contestable et pourrait évoluer en cas de nouvelle occurrence de l'hypothèse. En effet, l'immobilisation par destination a pour objectif d'aboutir à une cohérence de régime entre la chose servie et la chose asservie, en application de cette idée générale que l'accessoire suit le principal³². S'il peut être excessif de soutenir que la dissimulation ou l'enfouissement rompt *ipso jure* le lien de destination qui peut ressusciter par la révélation de la chose, il se peut aussi en fonction des circonstances de l'espèce que ce lien soit rompu : « à la vérité, l'immeuble par destination conserve toujours quelque chose de sa nature originaire en ce sens que, dès que l'affectation vient à cesser soit par la volonté du propriétaire (qui le vend séparément), soit même par le fait d'un tiers (ainsi d'un voleur, qui s'en empare), il redevient meuble et est traité comme tel »³³. Il semble donc à tout le moins possible de faire une place au pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier *in concreto* la rupture du lien de destination.

9. Conditions chevauchant qualification et dévolution. – Le second alinéa de l'article 716 du Code civil semble poser deux autres conditions quant à la qualification de trésor : il doit s'agir d'une chose découverte par le pur effet du hasard et sur laquelle nul ne peut justifier d'un droit de propriété. La première de ces conditions ne relevait pas, en droit romain, de la qualification de trésor, mais n'était utilisée que pour justifier les droits attribués à l'inventeur : cette condition doit ainsi être perçue comme un écho à l'alinéa 1^{er} qui porte sur la détermination desdits droits³⁴. C'est ainsi avec une fidélité certaine aux racines du texte que la Cour d'appel de Riom a jugé que « la condition de découverte par le pur effet du hasard de l'article 716 du Code civil n'est pas un élément constitutif de la notion de trésor mais seulement une condition d'attribu-

26. L'article L. 531-14 du Code du patrimoine (*supra* note 5) oblige d'ailleurs « l'inventeur », terme désignant spécifiquement le découvreur d'un trésor, à effectuer la déclaration en mairie.

27. Comp. S. Drapier, « Les trésors cachés de l'article 716 du Code civil », *RRJ* 2003, p. 209, n° 30 et s.

28. H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, avec la collaboration de R. Dekkers, Bruylant, 1953, p. 22, n° 21 *sub.* 1°.

29. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 3^e éd., Sirey, 1938, n° 1680.

30. CA Paris, 20 nov. 1877, *D.* 1877, II, p. 197.

31. CA Aix-en-Provence, 27 sept. 2018, RG n° 17/03989.

32. En ce sens, G. Cornu, *Droit civil – Les biens*, *op. cit.*, n° 10, p. 25.

33. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II : *les biens, les obligations*, 1^{re} éd., PUF, coll. « Quadrige », 2004, n° 723.

34. Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIII, *op. cit.*, n° 41. Dans le même sens, L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, *op. et loc. cit.*

tion du trésor à celui qui le découvre sur le fonds d'autrui [...] de telle sorte qu'une chose cachée ou enfouie que personne ne peut revendiquer est un trésor même si l'on en présume ou soupçonne l'existence et qu'on s'efforce par des recherches ou des fouilles délibérées de le découvrir »³⁵, cette assertion n'empêchant pas ensuite de neutraliser l'acquisition des droits sur le trésor si la découverte n'est pas le fruit du pur hasard. La seconde condition évoquée ne trouve pas davantage sa place dans la qualification de trésor³⁶, mais fait précisément le lien entre la qualification et le régime. Le fait que nul ne puisse justifier d'un droit de propriété sur la chose est une condition préalable qui invite à considérer que la chose est juridiquement disponible et donc appropriable; cette condition permet ainsi de créer l'espace pour l'établissement d'un ou plusieurs nouveaux rapports de droits.

II. L'attribution des droits

10. Attribution originale soumise à condition préalable. – L'attribution des droits est originale car la situation est singulière. Il s'agit d'un meuble qui, rendu exploitable par la découverte pouvant émaner d'un tiers, ne va pas être associé au régime de ce fonds suivant la règle de l'accessoire, mais ne peut en être complètement dissocié pour autant puisqu'il constituait une richesse virtuelle du fonds et donc pour son propriétaire. De surcroît, l'objet des droits sera un meuble, sur le régime duquel le Code civil de 1804 s'est par ailleurs montré peu disert – *res mobilis, res vilis*. Le caractère mobilier de l'objet des droits et le rapport entretenu avec l'immeuble combinés à l'existence d'un ancien propriétaire susceptible de vouloir revendiquer le bien expliquent la complexité du régime du trésor : schématiquement, l'attribution de droits nouveaux sera soumise à la condition préalable de la non-identification de l'ancien propriétaire.

A. Un ancien propriétaire non identifiable

11. Nul ne peut justifier d'un droit de propriété sur la chose. – Si le trésor bénéficie d'une disposition particulière, c'est qu'il n'est pas une simple *res nullius*. Le fait de cacher ou d'enfouir suppose une action volontaire du propriétaire, qui ne traduit pas nécessairement un abandon de la propriété. D'ailleurs, s'il peut être prouvé que l'enfouissement est l'expression d'une volonté abdicative ou qu'il y a eu abdication du propriétaire originel antérieure à la dissimulation de la chose et qu'on est donc en présence d'une *res derelictae*, elle ne devrait plus être considérée comme un trésor³⁷. L'originalité du trésor tient à ce que son propriétaire « se perd dans la nuit du passé »³⁸. L'appréciation juridique diverge ici explicitement de la vérité factuelle : il y a un propriétaire, mais il n'est pas identifiable. Il y a trois façons d'appréhender cette situation : soit on estime que la certitude de l'existence d'un droit de propriété antérieur fait obstacle à l'attribution de droits qui le contrediraient, soit on accepte de sacrifier le droit antérieur parce que, n'étant pas prouvé, il serait tenu pour inexistant; soit on tente de faire une place aux deux logiques en admettant que le statut de trésor soit anéanti par une revendication du propriétaire originel postérieure à sa reconnaissance. Le problème posé en ces termes, on en cerne bien l'enjeu : l'exploitation économique de la chose trouvée. La première hypothèse aboutit à rendre le bien de main morte, ce qui n'est guère l'objectif d'une économie qui se veut dynamique. Le choix devait donc se faire entre la deuxième, qui sacrifierait le propriétaire originel dès l'instant de la découverte, et la troisième, qui lui laisserait une place s'il venait à se manifester postérieurement. Le propriétaire d'origine étant très rarement présent sur les lieux de la découverte, savoir quelle branche de l'alternative le droit privilégie revient à se demander si le propriétaire originel est admis

35. Arrêt préc., *supra* note 14.

36. V. cpdt. CA Orléans, 22 juin 2015, n° 14/02006 : « un objet découvert ne peut donc avoir la qualité de trésor, susceptible de partage entre l'inventeur et le propriétaire du fonds, si une personne, physique ou morale, rapporte par tous moyens la preuve de ce qu'elle en est le légitime propriétaire ». Par sa première incise, l'assertion montre à la fois l'erreur des juges du fond – le régime est un élément de la définition du trésor – mais témoigne aussi que l'absence de droit prouvé est une condition pour que la loi impose son attribution particulière.

37. P. Bréchon, *Rep. civ. Dalloz*, v° « Trésor », 2018, n° 27 et s. Lorsque le statut réel du bien n'est pas identifiable, alors la disposition relative à l'appropriation du trésor s'applique, alors même que le chose aurait été abandonnée et serait donc sans maître au moment de la découverte : W. Wiegand (dir.), *J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 3 (§§ 925-984), Sellier/de Gruyter, 2017, § 984, par K.-H. Gursky et W. Wiegand, n° 2.

38. J. Carbonnier, *op. cit. supra* note 32, n° 904.

à revendiquer la propriété de la chose trouvée postérieurement à sa découverte. Sur ce point, le droit français est très clair : se fondant sur l'imprescriptibilité de l'action en revendication, il a été jugé que le propriétaire originel peut, à tout moment, revendiquer la chose trouvée, sans d'ailleurs que le possesseur du trésor puisse lui opposer l'article 2276 du Code civil³⁹. Ainsi, si la découverte est le fait générateur de l'attribution des droits sur le trésor⁴⁰, on ne peut déduire de la qualification la reconnaissance d'un « droit incontestable à le[s] conserver »⁴¹. Le revendiquant peut prouver sa propriété par tout moyen, conformément au droit commun, et à toute époque⁴² sous la seule réserve, là encore de droit commun, d'une prescription acquisitive qui y ferait obstacle. Si la découverte emporte attribution d'un droit de propriété au profit de l'inventeur⁴³, la possibilité d'une telle revendication ultérieure se conçoit mal, sauf à considérer, par analogie à une situation de conflits de titres⁴⁴, que la jurisprudence estime que l'artifice de l'attribution légale doit s'effacer devant la vraisemblance du titre allégué par le revendiquant.

12. Caractère fortuit de la découverte. – Par tagée avec d'autres droits (italien, belge), cette condition, même entendue comme déterminant simplement l'attribution des droits et non la qualification du trésor, est ignorée par d'autres. Le droit allemand prévoit que l'attribution du droit sur un trésor procède de la simple découverte entendue comme simple fait matériel (*bloBe Tathandlung*), rendant sans fondement rationnel toute condition tenant au contexte de la découverte. Il s'ensuit que les droits seront également reconnus à celui qui trouve un trésor après l'avoir spécialement recherché⁴⁵. L'article 716 exige en revanche que la découverte soit « le pur effet du hasard ». Prise à la lettre cette expression devrait

non seulement exclure les hypothèses dans lesquelles les recherches ont été effectuées en vue de la découverte du trésor finalement trouvé, mais aussi les cas dans lesquels l'éventualité de la découverte d'un trésor était connue sans pour autant être certaine dès lors que cette éventualité a motivé les recherches. Sur cette dernière hypothèse, la jurisprudence est moins claire. Dans un premier arrêt, la Cour de cassation avait semblé faire preuve d'une certaine indulgence, retenant la finalité première des travaux : si les travaux ont été réalisés pour la construction d'une nouvelle maison, alors ils ne l'ont point été afin de retrouver le trésor, peu important que son existence fût connue ou même soupçonnée⁴⁶. Dans un autre arrêt, la haute juridiction a semblé vouloir se rapprocher de la lettre du texte, en jugeant que le découvreur était « de mauvaise foi » dès lors qu'il avait été averti par les vendeurs qui lui demandaient de vider la cave qu'un trésor pouvait s'y trouver⁴⁷. Cette dernière approche doit d'autant plus être approuvée qu'aux termes de l'arrêt, les vendeurs, héritiers de l'immeuble vendus, bénéficiaient de présomptions graves et concordantes sur la propriété des lingots d'or. Cette circonstance, sans doute déterminante, révèle la raison de l'exigence du caractère fortuit de la découverte : il vise à protéger le droit du véritable propriétaire. Si l'allégation de l'existence d'un trésor n'est pas purement fantaisiste, c'est qu'il est probable que le propriétaire originel puisse être identifié. Il est alors raisonnable que le droit n'intervienne pas pour permettre une attribution concurrente. Tout est affaire d'intérêt le plus légitime à privilégier : soit celui du propriétaire originel lorsqu'il y a lieu d'en soupçonner raisonnablement l'existence – ce qui suppose souvent des présomptions –, soit celui du découvreur si l'allégation est infondée ou absente.

39. Civ. 1^{re}, 6 juin 2018, n° 17-16.091, publié au Bulletin.

40. Sur ce point v. *infra* n° 15.

41. W. Dross, obs. sous Civ. 1^{re}, 6 juin 2018, préc., *RTD civ.* 2018, p. 240.

42. L'affaire du trésor de la rue Mouffetard en est une illustration célèbre, dans laquelle des pièces d'or découvertes deux siècles après leur enfouissement ont été revendiquées avec succès par les ayant droits de leur légataire : Trib. civ. Seine, 1^{er} juin 1949, *D.* 1949, p. 350, obs. G. Ripert.

43. Sur cette question v. *infra*, n° 13 et s.

44. W. Dross, *Droit civil – les choses*, LGDJ, 2012, n° 56 et 56-1 et les références citées.

45. H. Konzen (dir.), *supra* note 6, n° 6.

46. *Crim.*, 17 janv. 1968, n° 66-93.786, *Bull. crim.* n° 12.

47. *Crim.*, 21 mars 1978, n° 77-93.108, *Bull. crim.* n° 113. L'hypothèse diffère sensiblement de la précédente car l'acte ayant permis la découverte du trésor a été fait sur demande des héritiers qui n'avaient pris aucune précaution préalable et non à l'initiative de l'acquéreur dans le but de retrouver le trésor.

B. Une attribution de droits nouveaux

13. Nature du droit attribué : une propriété ordinaire ?

– L'impression immédiate de simplicité fait rapidement place à une certaine perplexité. Le premier alinéa semble identifier le droit sans ambiguïté : il s'agirait d'un droit de propriété, attribué pour une moitié au propriétaire du fonds qui dissimulait le trésor et pour l'autre à celui qui l'a découvert, ce qui conduirait à une situation d'indivision⁴⁸. Il est remarquable que le texte ne règle que la question de l'appartenance – par une formule qui n'a d'ailleurs aucun sens et qui peut semer un premier trouble⁴⁹ – (*qui est propriétaire ?*) sans souffler mot du mécanisme d'attribution (*comment les attributaires sont-ils devenus propriétaires ?*). Sur ce point, les avis sont partagés. Par référence aux mécanismes d'acquisition originaire connus, certains ont pu faire référence à une combinaison du mécanisme de l'accession au profit du propriétaire du fonds avec le mécanisme de l'occupation au profit de l'inventeur⁵⁰. D'autres au contraire ne s'attardent point sur la question⁵¹ ou y voient un mécanisme d'attribution original⁵². Des trois perspectives, la première a le mérite de se rattacher à des mécanismes connus et de donner une place cohérente à une disposition dont la dimension équitable est sans doute quelque peu rétive au rationalisme du code de 1804⁵³. Il n'en reste pas moins que la nature du droit attribué interroge. Ce droit peut-il être la propriété telle qu'on l'entend classiquement ? Si l'on fait de la découverte le fait générateur de l'attribution comme y invite l'article 716, ali-

néa 1^{er}, on peut en douter. En effet, nous avons vu⁵⁴ que le véritable propriétaire sera, dans les limites du droit commun – c'est-à-dire sous réserve de la seule acquisition de la prescription acquisitive trentenaire – admis à revendiquer le trésor, revendication qui est dirigée... contre un possesseur par hypothèse non propriétaire. C'est ainsi qu'en son temps Demolombe avait prévenu : « en vain le propriétaire et l'inventeur prétendraient-ils que l'article 716 leur en a attribué la propriété, parce qu'au moment de la découverte, nul n'aurait justifié sa propriété : la réponse est que cette attribution était conditionnelle, et subordonnée au cas où personne ne pourrait justifier sa propriété, justification à laquelle la loi n'assigne aucun délai, sous peine de déchéance »⁵⁵. C'est la raison pour laquelle « l'acquisition ne sera définitivement [plus exactement : certainement] réalisée que par l'accomplissement de la prescription acquisitive, qui seule interdit la revendication du *versus dominus* »⁵⁶.

14. Nature du droit attribué : analyses possibles.

– Le constat de la précarité des droits acquis tenant à une possible revendication ultérieure conduit à s'interroger sur la nature des droits attribués tant au propriétaire du fonds qu'à l'inventeur⁵⁷. Une première explication consisterait à soutenir que la loi affecte l'acquisition du droit de propriété d'une double modalité : un terme (la prescription acquisitive trentenaire) et une condition résolutoire (la revendication d'un tiers dans le délai précé-

48. W. Dross, *op. cit.*, n° 267-3.

49. En effet, la propriété n'appartient à personne, puisque la propriété est le lien d'appartenance d'une chose à une personne, sauf à considérer que la propriété désigne la chose en tant qu'elle appartient à quelqu'un, ce qui rendrait alors l'expression tautologique.

50. Explicitement en ce sens Ch. Atias, *Droit civil – les biens*, 10^e éd., Lexisnexus, 2009, n° 328; Y. Strickler, *Droit des biens*, Lextenso, 2017, n° 525; S. Schiller, *Droit des biens*, 9^e éd., Dalloz, coll. « Cours », n° 144.

51. Fr. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, 10^e éd., Dalloz, coll. « Précis », n° 407; P. Berlioz, *Droit des biens*, Ellipses, 2014, n° 219; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des biens*, Defrénois-Lextenso, 2019, n° 594.

52. Fr. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2006, n° 18, qui y voient « une dévolution par le fait du prince, laquelle s'effectue sur un mode équitable ». Se fondant sur la dimension purement matérielle de l'acquisition, la doctrine allemande refuse d'y voir une occupation, laquelle suppose une volonté d'appropriation qui n'est précisément pas de mise en cas d'attribution d'un trésor, avec cette conséquence importante qu'un incapable pourrait acquérir un trésor quand il ne le pourrait pas si sa volonté d'appropriation était exigée (M. Herberger, M. Martinek, H. Rüssmann, St. Weth et M. Würdinger, *Juris PraxisKommentar*, t. III : *Sachenrecht*, Juris, 2010, § 984, par M. Martinek, n° 2).

53. Fr. Zénati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 20.

54. *Supra* n° 11.

55. Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XIII, *op. cit.*, n° 38 bis.

56. Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. II, *Les biens, droits réels principaux*, par Bl. Mallet-Bricout, 6^e éd., Economica, 2019, n° 966.

57. Précarité particulièrement mise en avant par P. Lecocq, *Manuel de droit des biens*, t. I : *biens et propriété*, Larcier, 2012, p. 139.

dent)⁵⁸. Si l'acquisition de la propriété peut être conditionnée – qu'on pense à la réserve de propriété – il n'est cependant pas certain que la condition résolutoire soit ici le moyen technique idoine pour rendre compte de l'hypothèse : la rétroactivité de cette condition viendrait remettre en cause les éventuels actes de disposition entrepris par l'inventeur avant la revendication, ce qui impliquerait, par sécurité, de ne rien faire avec ce bien tant que le délai d'usucapion n'est pas acquis et donc de créer temporairement un bien de main morte, ce qui n'est pas souhaitable. Une seconde explication consisterait à voir dans les droits attribués par l'article 716 de simples expectatives réelles, qui offriraient un pouvoir de disposition, mais seraient anéanties en cas de revendication antérieure à leur mise en œuvre. Cette explication serait peut-être la plus conforme à l'esprit du texte et concevable en l'absence de *numerus clausus* des droits réels, mais elle heurte frontalement sa lettre qui parle bien de propriété. Alors comment concilier le fonctionnement du mécanisme attributif de l'article 716 al. 1^{er} avec sa lettre ? Il y a deux possibilités. La première est d'y voir une propriété temporaire, l'autre de le rapprocher de 2276 du Code civil. La propriété temporaire s'expliquerait par l'existence d'une condition sous-entendue, mais suspensive cette fois, tenant à l'absence de revendication pendant le délai d'usucapion dont l'échéance constitue le terme. L'inconvénient souligné à propos de la condition résolutoire ne se retrouve pas dans cette analyse, la condition suspensive n'ayant pas d'effet rétroactif. Il s'ensuit que si la condition se réalise, le propriétaire originel recouvre sa propriété alors que l'inventeur et le propriétaire du fonds la perdent, mais que les dispositions éventuellement faites avant qu'il revendique son droit l'auront été *domino*. L'adhésion à cette analyse suppose cependant

d'admettre la possibilité même d'une propriété temporaire, d'une part, et d'accepter la propriété simultanée du propriétaire originel, d'autre part. Le premier postulat n'est pas dissuasif pour qui a une vision fonctionnelle de la propriété : si elle n'est que le lien rattachant un bien au patrimoine d'une personne⁵⁹, rien ne s'oppose à ce que ce rattachement évolue au cours de l'existence de la chose en fonction de décisions volontaires ou législatives. La perpétuité de la propriété ne s'en trouve pas affectée, celle-ci signifiant seulement que le droit ne peut pas disparaître sans renonciation alors que la chose existe toujours. Le second postulat est plus dissuasif, qui implique d'avoir jusqu'à trois rattachements cumulatifs : celui ou ceux voulus par l'article 716 et celui avec le propriétaire originel qui n'a pas disparu et resterait autonome sans quoi l'action en revendication ne pourrait prospérer et ne serait peut-être même pas recevable⁶⁰. Un arrêt de la Cour de cassation jugeant que « la prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété ou d'en limiter l'exercice mais confère au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait qui n'a pas été contestée dans un certain délai »⁶¹ pourrait être interprété en ce sens. L'atteinte portée à l'exclusivisme du droit de propriété et l'articulation faite par une mise en sommeil et résurrection corrélatives à l'artifice à peine masqué⁶² conduisent à proposer une dernière conception de la propriété du trésor à partir d'une analyse littérale de la décision précitée, de l'article 2276 du Code civil et de la situation de conflits entre deux acquéreurs d'un même auteur. Toutes ces situations participent en effet d'une même logique qui pourrait inviter à revoir ce qu'est la propriété. L'idée est que si le titre se fonde en

58. *Rappr.* J. Hansenne, *Les biens*, t. I, Fac. Droit Liège, 1996, n° 218.

59. J. Dubarry, *Le transfert conventionnel de propriété*, LGDJ, 2014, n° 525 et s. Même s'il existe généralement des réticences à la systématiser, les occurrences de la propriété temporaire se font de plus en plus fréquentes et explicites. Un auteur a vu dans l'usufruit une forme de propriété temporaire (W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012, p. 419, n° 17 et s.); l'accession différée par le truchement d'une clause ou d'un droit de superficie créent de véritables propriétés temporaires; la loi a elle-même reconnu dans le cadre du bail réel immobilier des « droits réels en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements » (art. L. 254-1 CCH) et qualifié le droit du preneur de « propriété temporaire » (art. L. 254-2 al. 3 CCH).

60. Plus qu'une condition de succès de l'action en revendication, la qualité de propriétaire ne traduit-elle pas l'intérêt à agir de l'article 31 CPC ?

61. Civ. 3^e, 12 oct. 2011, n° 11-40.055, *Bull. civ.* III n° 170.

62. Articulation qui a cependant fait l'objet d'une reconnaissance prétorienne dans un autre contexte : Ass. plén., 23 juin 1972, n° 70-12.960, *Bull. ass. plén.* n° 3.

principe sur le droit et qu'il y a donc coïncidence entre titulaire et propriétaire pour la simple raison que le propriétaire peut à qualité disposer de son titre, la loi peut titulariser un non propriétaire afin de l'assimiler, en fonction des circonstances et de l'intérêt le plus légitime à faire prévaloir, au véritable propriétaire. Ce raisonnement peut être tenu à propos du second ayant-cause qui est entré en possession du meuble le premier⁶³ et l'avait déjà été à propos de l'article 2276 du Code civil⁶⁴. Le rapprochement avec cette dernière disposition est particulièrement stimulant en ce qu'elle confère aussi un droit précaire puisque l'article ne pourra être invoqué pour résister à une revendication que tant que dure la possession du défendeur : c'est l'octroi d'un titre temporaire de propriétaire, résultant de la possession, qui confère un avantage procédural opposable au potentiel⁶⁵ *versus dominus*. S'agissant du trésor, il est possible de transposer l'analyse : l'article 716, alinéa 1^{er}, attribue un titre légal de propriété à l'inventeur et/ou au propriétaire du fonds sans retirer au propriétaire originel son droit. Ce titre ne serait que provisoirement préféré, mais les habiliterait à disposer du bien tant qu'il n'est pas disqualifié par une revendication bien fondée – laquelle sera exclue une fois l'usucapion acquise, qui seule donnera un titre définitif inattaquable⁶⁶.

15. Fait générateur de l'attribution : la découverte. – La découverte est l'évènement qui va déclencher l'attribution légale des droits telle que précédemment évoquée. Curieusement, elle n'est cependant pas toujours envisa-

gée en elle-même dans la doctrine française⁶⁷ alors même que de sa conception semble dépendre l'identification de l'auteur de la découverte, c'est-à-dire de l'inventeur. En raison d'une formulation législative particulière, la doctrine allemande ancienne lui a en revanche consacré d'importants développements. Le § 984 *BGB* dispose en effet que pour déclencher l'effet attributif légal, le trésor doit, à la suite de sa découverte, être pris en possession. Découverte et prise de possession ne sont donc pas synonymes, ce qui a donné lieu à de nombreuses mises en relation de ces termes et par là-même de définitions d'iceux⁶⁸. Mettant l'accent sur cette distinction et sur le fait que *invenire* (terme que l'on retrouve dans les sources romaines) ne signifie pas *occupare* (qui renvoie à la prise de possession)⁶⁹, une unanimité est apparue sur le fait que la découverte renvoie à la « *sinnliche Wahrnehmung* », c'est-à-dire à la perception sensorielle du trésor qui en révèle l'existence et rend possible sa réintroduction dans le commerce juridique⁷⁰. Condition distincte de la découverte⁷¹, la prise de possession semble, au regard de la casuistique développée, revêtir une dimension négative en permettant de ne pas attribuer de droit sur le trésor à celui qui, le percevant, s'en désintéresserait⁷². La condition de prise de possession permettrait donc de s'assurer que l'attribution légale des droits ne se fait pas contre la volonté de celui qui a perçu l'existence du trésor. Qu'en est-il donc dans le Code civil français qui ne fait état que de la découverte et n'évoque pas la prise de possession ? Deux approches sont possibles : la première consiste à délaissier la prise de posses-

63. La mise en possession du second acquéreur permet de le « préférer » au premier aux termes de l'article 1198 al. 1^{er} du Code civil qui fait maladroitement référence au « droit postérieur ». En effet, dans la situation symétrique en matière immobilière, où celui qui a fait publier son titre se voit préféré, la Cour de cassation a explicitement – et justement au regard de la logique du transfert consensuel – jugé que le premier acquéreur (non publiant) était propriétaire : Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, n° 12-23.357, *D.* 2013, p. 2507 et s., obs. J. Dubarry.

64. J. Dubarry, *Le transfert conventionnel de propriété*, op. cit., n° 962.

65. Potentiel car la possession du défendeur dispensera même de s'interroger sur sa qualité pour rejeter l'action, alors même que cette qualité devrait être préalablement établie pour juger de la recevabilité de l'action. Le rejet étant possible avec moins de précaution que l'examen rigoureux de la recevabilité, on comprend que cette étape puisse être négligée.

66. Quant à savoir si celui-ci équivaut à une négation du droit... c'est tout le reproche qu'on peut faire à la motivation de la décision de refus de renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'usucapion.

67. Fr. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, op. cit., n° 406 et s.

68. V. not. Br. Schmücker, *Wann wird beim Schatzfund des bürgerlichen Gesetzbuchs das Eigentum erworben*, Noske, Leipzig, 1933, p. 8 et s.

69. M. Braun, *Der Schatzerwerb*, impr. Abel, Greifswald, 1898, p. 29.

70. J. Brieger, *Die Voraussetzungen des Schatzfundes*, Breslau, 1927, p. 21 et s.

71. Ce qui est aussi l'approche du droit autrichien, comp. §§ 389, 397 al. 1^{er}, 399 *ABGB*.

72. B. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Guttentag-Berlin, 1902, p. 246 ; Kl. Müller et U. P. Gruber, *Sachenrecht*, Vahlen, 2016, n° 2097. *Contra*. H.-J. Wieling, *Sachenrecht*, 5^e éd., Springer, 2007, sub. § 11 VI 3.

sion, la seconde à l'absorber dans la condition de découverte. Les deux ont été soutenues. Parmi les rares auteurs qui abordent la question, certains ont retenu l'approche romano-germanique stricte⁷³; un autre, par référence au mécanisme acquisitif d'occupation, s'est prononcé en faveur d'une prise de possession inhérente à la notion de découverte⁷⁴ et un dernier a semblé emprunter, par désincarnation de la possession, une voie médiane en estimant que « la découverte est la rencontre et la perception de la chose; considérée comme une forme d'appréhension, la découverte est déjà possession »⁷⁵. La conception du mécanisme attributif et son résultat (nature du droit attribué) sont-ils déterminants de la conception qu'il faut retenir du fait générateur ? Ce n'est pas certain. En effet, la doctrine suisse, dont le droit n'attribue à l'inventeur aucun droit de propriété, mais seulement un droit de créance ne pouvant dépasser la moitié de la valeur du trésor (art. 723, al. 3 ZGB), définit l'inventeur comme celui qui « perçoit la chose, s'en empare physiquement et la prend en sa possession en tant qu'objet trouvé »⁷⁶. Autrement dit, il réunit dans l'invention la condition de découverte dans son acception stricte et la prise de possession. Quel que soit le droit attribué à l'inventeur et même si sa volonté d'acquérir n'est pas une condition requise, il n'est pas normal d'imposer une telle acquisition *contre* sa volonté. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle traduit un intérêt pour la chose trouvée ou au moins sa valeur, la prise de possession ne saurait être totalement étrangère à la condition de découverte. Elle peut alors avoir deux fonctions : dénier l'existence d'une découverte par celui qui refuserait de prendre possession du trésor bien qu'il l'ait perçu, ou attribuer la découverte à celui qui prend possession du bien, même s'il a (aussi) été perçu par d'autres avant, du moins tant que cette prise de possession ne se fait pas par la violence. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans a justement jugé qu'entre celui qui a vu une boîte enfouie et l'a retirée et celui qui a secoué cette boîte et l'a éventuellement ouverte, c'est le pre-

mier qui doit être considéré comme ayant fait la découverte⁷⁷ : c'est lui qui a perçu le meuble enfoui visuellement et qui s'en est emparé pour le dissocier du sol. Cet élément matériel (identique à celui des articles 1198 al. 1^{er} et 2276 du Code civil) permet du reste de donner une assise autre que purement aléatoire au titre légal attribué au propriétaire du fonds et à celui qui a découvert le trésor.

16. **Attributaires : celui qui l'a découvert et le propriétaire du fonds.**

– Le propriétaire du fonds et l'inventeur se voient attribuer des droits égaux et concurrents, ce qui signifie qu'une fois ces droits définitifs, ils seront – sauf réunion des deux qualités sur une même tête – en indivision et devront le plus souvent vendre le bien pour en récupérer la moitié de la valeur chacun : le droit sera alors plus un droit sur la valeur qui, pour être réalisé, nécessite un accès au bien. La proportion peut varier en cas d'accord entre les intéressés, l'attribution de l'article 716 du Code civil résultant d'une approche équitable qu'il n'y a pas lieu de figer dans le marbre de l'impérativité⁷⁸. Lorsque le trésor se compose de plusieurs unités, celles-ci peuvent être réparties entre les protagonistes de telle sorte qu'une fois les droits consolidés, ils porteront directement sur le bien – et seulement à travers lui, sur sa valeur. L'identification des attributaires n'est pas aisée en toute circonstance. L'identification du propriétaire du fonds ne soulèvera en général pas de difficultés. En revanche, celle de l'inventeur peut se révéler plus délicate pour deux raisons : la première interrogation tient à la formule employée par le législateur et en particulier au singulier qu'il utilise, la seconde à l'influence du contexte dans lequel intervient la découverte, notamment dans l'hypothèse où celui qui découvre le trésor est préposé ou subordonné à une autre personne. Les chantiers de construction, à l'occasion desquels les trésors sont souvent retrouvés, sont un laboratoire idéal pour ces hypothèses. S'il est vrai que la notion de découverte telle que précisée ci-avant ne renvoie en principe qu'à une personne et justifie donc le singulier employé, il peut

73. Not. A.-M. Demante et E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil, op. cit., supra* note 2, n° 12 bis.

74. Bl. Mallet-Bricout, *op. cit., supra* note 55, n° 966.

75. J.-Ch. Galloux, « Du droit de l'inventeur sur ses découvertes : à la recherche d'un droit fabuleux », *RRJ* 1991, p. 388, n° 13.

76. Th. Geiser et St. Wolf, *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II*, 6^e éd. Helbig Lichtenhahn, 2019, art. 720, par I. Schwander, n° 4.

77. CA Orléans, 1^{er} juill. 2019, RG n° 17/03292.

78. CA Orléans, 1^{er} juill. 2019, préc.

exister des situations dans lesquelles « la découverte procède d'une action collective »⁷⁹ et doit donc profiter à ceux qui ont participé à la découverte. Deux hypothèses de co-invention sont possibles. D'une part, celle, qui se présentera rarement, dans laquelle plusieurs personnes ont vu le bien enfoui et s'en sont saisies simultanément (par exemple pour déterrer une caisse très lourde). D'autre part, celle, plus fréquente, dans laquelle le juge estime que les éléments de preuve produits et dont il apprécie souverainement la portée ne lui permettent pas de déterminer avec précision le déroulé des faits et le rôle de chacun des intervenants dans la découverte du trésor⁸⁰. Par analogie avec la doctrine du tir groupé émergée en droit de la responsabilité civile⁸¹, on pourrait admettre une co-invention entre tous ceux dont le rôle dans la découverte ne peut être exclu dès lors qu'il est certain qu'elle a été réalisée par l'un au moins des membres du groupe. S'agissant des découvertes faites par une personne qui était préposée ou subordonnée, on remarquera d'abord que le droit français n'a pas fait le choix de stigmatiser ce cas de figure, contrairement au droit autrichien qui réintroduit à ce stade le hasard comme condition d'attribution. Aux termes du § 401 ABGB, « si des travailleurs trouvent par hasard un trésor, il leur revient au titre d'inventeur un tiers de celui-ci. Mais s'ils ont été explicitement chargés de la recherche du trésor par le propriétaire [du fonds], ils doivent se contenter de leur salaire ordinaire ». La référence au tiercement pourrait laisser croire que les deux autres tiers se répartissent entre le propriétaire du fonds et l'employeur de l'inventeur, mais une doctrine dominante préfère y voir une erreur de plume et dénier à l'employeur tout droit sur le trésor⁸². Les solutions françaises vont néanmoins dans le même sens en application du critère du hasard contenu dans la disposition du code. Pour décider qu'un commettant ne pouvait bénéficier

d'un quelconque droit sur le trésor trouvé par son préposé, la Cour de cassation a jugé que « l'inventeur d'un trésor s'entend de celui qui, par le seul effet du hasard, met le trésor à découvert, serait-il au service d'une entreprise, dès lors que les travaux ayant conduit à la découverte n'ont pas été effectués à cette fin »⁸³. Si les travaux ont été entrepris dans le but de mettre à découvert un trésor, alors il n'y aura pas d'inventeur faute de hasard, et donc pas d'attribution par l'effet de l'article 716 du Code civil : la propriété reviendra au propriétaire du fonds par voie d'accession⁸⁴.

17. Conclusion : il n'y a pas de trésor sans mystère⁸⁵. – Si le régime de l'article 716 est entouré d'incertitudes, c'est parce qu'il appréhende une chose dont il efface volontairement un passé dont on sait qu'il existe, mais qui demeure mystérieux. Cet effacement peut être définitif lorsque ce passé ne revient pas à la surface et qu'il apparaît légitime d'entériner la création de liens nouveaux pour l'avenir. Mais ces liens ne seront définitivement acquis qu'après l'écoulement d'une longue période de possession nécessaire pour justifier leur enracinement et l'effacement corrélatif du rapport d'appartenance antérieur qu'ils causent. Cet effacement peut néanmoins être provisoire lorsque le passé resurgit à temps. La jurisprudence a alors décidé qu'elle ne pouvait l'ignorer. Le mystère du passé s'éclaircit, mais un autre – le même qui enveloppe la période antérieure à l'usucapion dans l'hypothèse précédente – nimbe alors les droits de l'inventeur et du propriétaire du fonds avant la revendication, relativement inclassables dans une perception très classique des droits réels. Ne faudrait-il pas même, en dépit des tentatives précédemment exposées, renoncer à vouloir les placer dans notre référentiel ? Pour le savoir, il faut s'interroger sur l'intérêt de cette entreprise, qui aurait pour seule utilité de déterminer les prérogatives des personnes visées à l'article 716

79. CA Colmar, 25 nov. 2016, RG n° 713/2016.

80. J. Dubarry, obs. sous CA Orléans, préc., *JCP N* 2019, p. 723.

81. G. Viney, P. Jourdain, et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité civile*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 376 et s. L'approche est fondée sur une présomption de causalité (Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-16.305, *Bull. civ.* I n° 187) transposable en l'espèce.

82. Erreur de plume qu'il faudrait corriger en lisant « la moitié » (G. Kodek et M. Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, t. II (§§ 285-530 ABGB), 4^e éd., Lexisnexis, 2012, § 401, par Th. Klicka et A. Reidinger, n° 1. Bien que signalée depuis longtemps, cette erreur n'a jamais été corrigée.

83. *Crim.*, 20 nov. 1990, n° 89-80.529, *Bull. crim.* n° 395.

84. CA Paris, 9 nov. 1948, *JCP G* 1949, II, 4976, obs. J. Carbonnier.

85. Réponse à G. Cornu, *Droit civil – les biens, op. cit.*, n° 127, p. 328 : « Y aurait-il trésor sans mystère ? ».

sur le bien, en cas de revente ou d'utilisation à titre de sûreté. Dans ces cas, le tiers possesseur pourra en l'état du droit positif invoquer l'article 2276 du Code civil pour résister à la revendication du propriétaire originel, ce qui rend superfétatoire l'identification des droits acquis et

donc transmis. Finalement, l'exercice auquel nous nous sommes livrés n'invite-t-il pas à interroger une démarche cherchant à systématiser et expliquer – parfois jusqu'à l'inutile – quand le législateur de 1804 nous encourage parfois à... entretenir le mystère ?

Un article, une matière

L'article 967 du Code civil et le droit romain

Dominique Rouger-Thirion

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

« Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous tout autre dénomination propre à manifester sa volonté »¹.

La formule choisie à l'article 967 du Code civil pourrait plonger le juriste non averti dans la perplexité. Le testament est donc valide, quels que soient les termes utilisés², quand bien même ceux-là, et l'on songe bien sûr ici à l'expression « institution d'héritier », renverraient expressément à une conception du testament, issue du droit romain et recueillie par les pays de droit écrit³, exactement contraire à celle du législateur de 1804 ! Voilà des circonvolutions de langage qui ne correspondent guère à ce « style dur et lisse comme le porphyre » qui caractériserait le Code civil des Français, « chef d'œuvre de la littérature » française⁴. Pourtant, en rédigeant l'article 967, les rédacteurs ont bien à l'esprit cette exigence de clarté et de concision, plus néces-

saire encore lorsqu'il s'agit du droit des successions : « Il est très important, surtout sur cette matière, de donner aux choses des dénominations propres afin de bien fixer les idées sur leurs significations et sur leurs effets », observe-t-on déjà lors des discussions au Tribunat⁵. Or, le testament ne connaît plus que des legs : legs universel, legs à titre universel et legs à titre particulier. On pourrait donc, remarque-t-on, désigner toutes les dispositions testamentaires sous le titre commun de « legs », en précisant la nature du legs dont il s'agit. « Cependant, ajoute l'orateur, il est à propos de laisser subsister la dénomination d'institution d'héritier ». Pourquoi ? En raison de son « si grand usage », répond-il. On pourra donc user « indifféremment » des termes d'« héritier » ou de « légataire », tout en prenant soin « d'annoncer bien précisément », puisque toute différence est abolie entre les deux dénominations, que « tous les effets particulièrement attachés par les lois romaines au titre d'héritier

1. Les termes de l'article 967 sont inchangés depuis 1804.

2. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 16-20.190 : la validité du testament n'implique pas l'emploi de termes sacramentels.

3. C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes & de pratique...*, t. 2, Paris, 1769, p. 42-43 : « INSTITUTION D'HÉRITIER est la nomination faite par le testateur en termes directs et impératifs, de son successeur universel qu'il appelle généralement à la succession de tous ses droits & de tous ses biens. INSTITUTION D'HÉRITIER en pays de droit écrit est reçue conformément à la disposition des Lois Romaines. Elle y est la base & le fondement de tous les testaments qui se font dans ces pays-là. Sans cette institution, il n'y a point de testament, en sorte que toutes les autres dispositions faites dans un acte portant le nom du testament ne seraient point valables s'il n'y avait d'institution d'héritier... » Par opposition, les pays de coutume ne connaissent pas l'institution d'héritier, selon le principe coutumier général « Institution d'héritier n'a lieu ». Cela signifie *a contrario* que le testament coutumier ne peut contenir que des legs, solution retenue par le Code civil.

4. G. de Broglie, « La langue du Code civil », discours prononcé à l'occasion du bicentenaire du Code civil lors de la séance solennelle de l'Académie des sciences morales et politiques du lundi 15 mars 2004. Le discours est consultable en ligne : http://academie-francaise.fr/sites/academie-francaise.fr/files/broglie-code_civil.pdf.

5. *Discussion du Conseil d'État et du Tribunat sur le Code civil avant la rédaction définitive de chacune des lois qui le composent*, Paris, 1841, p. 428-29.

sont entièrement détruits »⁶. Il s'agit de tenir ferme le principe selon lequel seule la loi peut désigner un héritier, ce qui réduit l'objet du testament à de simples legs, tout en concédant à ceux qui seraient restés attachés au testament instituant un héritier des pays de droit écrit, le droit de recourir à une dénomination désormais vidée de son sens. C'est une mesure de conciliation politique et juridique. « Le mot restera donc... ou, pour rendre l'idée plus simplement, l'un de ces mots sera synonyme de l'autre. »⁷ C'est une entorse volontaire à la rigueur stylistique du droit civil : tel était le prix à payer pour qu'enfin « disparaisse la bigarrure du droit ancien » et que naisse ce « droit uniforme » rêvé par l'Assemblée nationale en 1791...

L'enjeu est de taille. Tous s'accordent à souligner l'importance capitale des lois successorales, dont Tocqueville écrivait que, quoique d'ordre civil, elles devraient figurer en tête de toutes les institutions politiques, tant elles influent sur l'état social des peuples⁸. Les Romains n'eussent pas dit autre chose. La loi des XII Tables, dès 450 av. J.-C., organise les deux modes de dévolution, testamentaire et légitime, en une formule d'une admirable concision⁹, régime qui ne sera aboli en totalité que par Justinien au VI^e siècle. Sur le plan personnel, l'importance du droit des successions n'est pas moindre. L'historien et moraliste Valère Maxime attire l'attention sur le caractère remarquable du testament, en ce que,

parmi tous les actes des hommes, il tient la première place dans ses préoccupations... et la dernière dans sa vie¹⁰. C'est en effet du surgissement de la mort dont il s'agit, qui opère une violence que le législateur se doit d'apaiser, en en régulant les conséquences juridiques, que ce soit pour la personne endeuillée, la *familia funesta* ou, au-delà, la société dans son ensemble.

En rejetant l'essence même de l'institution d'héritier, c'est-à-dire le droit pour le testateur de désigner librement celui (ou ceux) qui recevra l'universalité de la succession, quitte à payer ensuite les éventuels legs voulus par le *de cuius*, le législateur de 1804 tourne résolument le dos à la tradition juridique romaine et s'inscrit dans la continuité de la tradition coutumière, qui affirmait déjà : « Institution d'héritier n'a lieu »¹¹. C'est admettre que l'héritier s'impose au testateur, en raison des liens de parenté, définis par la loi, qui les unissent ; c'est réduire le testament à un instrument de distribution de legs, dans la limite de la quotité disponible accordée au testateur. Ce choix, nécessaire, opéré par les rédacteurs du Code civil, car les deux traditions d'Antique Régime sont inconciliables, n'est pas innovant. Il a été préparé par la Révolution française, farouchement hostile au testament, qui n'est sauvé que de justesse au nom de la liberté, mais réduit à peu de chose en présence d'héritiers du sang : des legs de faible importance en faveur de personnes étrangères à la succession.

-
6. Cette mise au point aboutit à la proposition de rédaction d'un article unique, le futur article 1002, dans une nouvelle section III contenant « cette idée principale et dont l'intitulé sera : *Des institutions d'héritier et des legs en général*. Et d'après le principe posé dans cette section, on pourra dorénavant qualifier les dispositions du simple titre de legs, ce qui sera plus commode... La section quatrième sera intitulée *Du legs universel*, la section cinquième *Du legs à titre universel*..., la sixième... *Du legs particulier*. »
 7. G. J. Favard, Discours du 13 floréal an XI (3 mai 1803) devant le corps législatif, dans P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Paris, 1836, p. 640 et s.
 8. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, 1848, 12^e éd., p. 74-75, qui souligne : « Elles ont de plus une manière sûre et uniforme d'opérer sur la société ; elles saisissent en quelque sorte les générations avant leur naissance. Par elles, l'homme est armé d'un pouvoir presque divin sur l'avenir de ses semblables. »
 9. « Si meurt intestat celui qui n'a pas d'héritier sien (fils ou fille de famille), que son agnat (parent paternel) le plus proche ait le patrimoine ! (*Si intestato moritur cui suus heres nec erit, agnatus proximus familiam habeto*) ».
 10. Valère Maxime, *Facta et dicta memorabilia*, 7.7.
 11. C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes & de pratique*..., op. cit., p. 43 : « Institution d'héritier n'a lieu en pays coutumier. Comme nos coutumes ont eu plus d'égard aux liaisons du sang & de la nature qu'à la volonté du testateur, les institutions d'héritier ne sont point reçues dans la France coutumière & dans la plupart de nos Provinces régies par la Loi municipale qu'elles se sont faite. C'est cette même Loi qui fait l'héritier ; c'est-à-dire que sitôt qu'un homme est mort, son héritier est à l'instant saisi de sa succession *sola Legis autoritate*, suivant cette règle qui a été reçue par la plupart de nos Coutumes : Le mort saisit, le vif son hoir plus proche & habile à lui succéder. Ainsi l'institution d'héritier n'a point lieu en pays coutumier. Il s'ensuit de ce principe qu'en pays coutumier, un testateur ne peut pas se faire d'autres héritiers que ceux que la loi du sang lui donne. C'est ce qui a fait dire à quelques-uns de nos Praticiens, que nous n'avons pas de véritables testaments en pays coutumier. »

Il y a donc une évidente « contrariété », comme l'écrivait Domat¹², dans la manière d'appréhender la mort et d'en résoudre les effets sur le plan patrimonial, entre la conception romaine et la conception française du testament, malgré un vocabulaire commun. Mais cette opposition, manifeste dans l'esprit sinon dans la forme de la loi, est sans doute à nuancer. L'évolution du droit romain va dans le sens d'une plus grande protection des descendants¹³ du *de cuius*, tandis que le droit français, par le biais de l'assurance-vie, a élargi le champ de la liberté du défunt. À travers l'exemple du testament se pose l'éternelle question, qui ressurgit avec une acuité particulière en matière de filiation (intimement liée au droit successoral¹⁴) et dans les lois bioéthiques : la volonté doit-elle pouvoir forcer les lois de la nature ?

I. L'évidente « contrariété » de deux systèmes successoraux

La volonté du testateur est souveraine, affirment les Romains. Non seulement elle est capable de défier l'ordre naturel, mais elle s'impose à la Cité elle-même. La loi des XII Tables autorise le *pater familias*, seul testateur originaire¹⁵, à dire solennellement devant le peuple romain rassemblé¹⁶ sa *lex privata*, c'est-à-dire fondamentalement¹⁷ sa volonté impérative d'instituer la personne de son choix comme héritier : « Que Lucius Titius soit mon héritier ! (*Lucius Titius heres mihi esto*) ». Cinq mots suffisent pour faire un testament, voire trois, selon Ulpien : *Lucius heres esto*¹⁸ ! Le testateur est législateur. « La manière dont il aura disposé de son bien par sa loi (*uti legassit suae rei*), que cela soit le droit (*ita ius esto*)¹⁹ », dit la loi. Plus encore, au cas où l'héritier institué serait

dans l'incapacité de recevoir la succession, ou la refuserait, le testateur peut prévoir de lui substituer un autre héritier, et créer ainsi des substitutions en cascade, afin d'avoir l'assurance que l'un de ces héritiers substitués recevrait l'*hereditas*. Toutes les autres dispositions testamentaires possibles, les *legs*²⁰, la désignation d'un tuteur pour les enfants du testateur en bas-âge ou l'affranchissement d'esclaves seront alors assurément exécutées par l'héritier, institué pour être l'instrument de la volonté du défunt par-delà la mort. On peut suivre au Digeste les efforts fournis par les juriconsultes, par le biais d'une interprétation bienveillante, pour sauver un testament, c'est-à-dire une institution d'héritier, menacé par la maladresse d'un testateur qui ne se serait pas conformé exactement aux exigences de forme et de fond du droit civil romain, ou aurait commis quelque erreur d'estimation, donc de distribution, de son patrimoine. Sauver, autant que faire se peut, le testament, c'est en effet empêcher l'ouverture de la succession légitime, c'est éviter que la loi de la Cité ne balaie la loi du testateur et impose un héritier désigné par elle et choisi en fonction des liens de parenté du défunt. Le testament romain barre la route à la loi successorale, qui n'est applicable que si le *de cuius* meurt *in-testatus*, sans avoir fait de testament valide. La volonté du testateur prime sur la loi, qui n'organise la succession qu'*ab intestat*, à défaut de testament. Le droit civil romain interdit de greffer un testament sur la dévolution légale, car l'héritier est soit institué par le testament, soit désigné par la loi. Les deux modes de dévolution sont incompatibles, ce sont deux systèmes clos et indépendants. Malheur donc au *pater familias* qui vit (et meurt) *intestatus* : sa puissance est

12. J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 3, Paris, 1689-1694, p. 10.

13. C'est vrai également des ascendants et des collatéraux, dont nous ne traiterons pas ici.

14. *Familia id est patrimonium* (la famille, c'est le patrimoine), écrit Gaius, *Institutes*, 2.102.

15. Il faut attendre le II^e siècle pour que l'empereur Hadrien étende la *factio testamenti*, capacité de tester, à toutes les femmes romaines, ingénues comme affranchies.

16. La présence du peuple, exigée par les XII Tables, deviendra fictive à l'époque classique, le testament étant devenu un acte privé attesté par quelques témoins.

17. L'institution d'héritier est la tête et le fondement de tout le testament (Gaius, *Institutes*, 2.229 : *Caput et fundamentum totius testamenti heredis institution [est]*).

18. Ulpien, *Ad Sabinum*, 1 D. 38.5.3.

19. Gaius, *Institutes*, 2.224 ou Pomponius, son contemporain, au Digeste 50.16.53.pr.

20. Et les fideicommiss sous l'Empire.

incomplète et s'éteint avec lui, alors qu'elle aurait pu lui survivre²¹.

De manière assez paradoxale, en édictant son testament, le testateur romain organise, au-delà de ses aspects purement patrimoniaux, sa propre destinée. Il met en œuvre, d'abord, les moyens de pérenniser sa reconnaissance sociale en multipliant les actes de générosité par le truchement de legs, dont l'importance et le gratifié servent à rappeler ostensiblement la place qu'occupait le défunt au sein de la Cité. Désigner l'empereur comme premier légataire, conformément aux usages de cette sorte d'« étiquette » posthume, c'est, pour le testateur, dire sa proximité avec le pouvoir impérial, l'*amicitia* qui le liait à l'*imperator*. On peut mesurer ainsi le nombre et l'importance des *amici* du défunt²², qui se souviendront de ses largesses quand le moment sera venu de rendre un service à son (ses) héritier(s), ou d'établir la liste de leurs propres légataires. L'amitié célébrée par le testament continue ainsi de produire du fruit au-delà de la mort du testateur. Ainsi s'entretient la mémoire d'un homme de bien qui avait les moyens, parce qu'il avait bien géré son patrimoine, de se montrer généreux. Mais, surtout, le testament palliait l'anxiété du citoyen face à la mort en lui permettant de s'assurer que « le reste de sa vie sous terre » se passerait paisiblement²³. C'est à cette fin que le testament organise la transmission des *sacra*, c'est-à-dire du culte des ancêtres et des divinités protectrices de la *domus*, à l'héritier institué. C'est un acte de confiance religieuse, jadis régi par le droit religieux pontifical²⁴, qui oblige l'héritier à respecter toutes les exigences rituelles

régulièrement dues aux défunts. En quelque sorte, le lien entre le testateur et l'héritier qu'il a choisi d'instituer n'est pas rompu, mais au contraire recréé par la mort. L'héritier prolonge, dans le monde des vivants, la personnalité de celui qui appartient désormais au monde des mânes. De manière très symbolique, l'ouverture du testament, généralement consigné sur des tablettes de cire à l'époque classique, a lieu pendant que le corps du testateur est encore exposé dans la maison funèbre, c'est-à-dire pendant qu'il est encore physiquement présent dans la Cité²⁵. L'héritier institué reçoit alors, si le *de cuius* n'a pas pu le faire lui-même avant de mourir, l'anneau ou les anneaux du défunt, signe de reconnaissance et d'identification de la personne²⁶. Ainsi dépositaire du repos et de volonté du testateur, l'héritier institué, chargé des *sacra* et de l'accomplissement des dispositions testamentaires de celui dont il a reçu l'universalité du patrimoine, actif comme passif, prolonge la personne même du défunt. Le testament romain est une manière de défier le temps, de vaincre la mort, de se survivre à soi-même. C'est l'instrument juridique de l'immortalité.

Une telle pensée est insupportable à Mirabeau qui, dans son célèbre discours posthume, lu par Talleyrand à l'Assemblée nationale, le 4 avril 1791, en prend l'exact contrepied pour fustiger le testament instituant un héritier de la tradition romaine. Le droit de propriété, souligne-t-il, est une création de la société et non de la nature²⁷. Il appartient donc à la loi de le « faire naître », de le « déterminer » et d'en fixer « le rang et l'étendue ». Du fait que la loi protège le droit des

21. Le jeu de mots grivois d'un auteur de comédies tel que Plaute, au milieu du II^e siècle av. J.-C., est à cet égard significatif. Un personnage lance cette formule d'exécration à un autre : « Que Jupiter te perde ! Puisse-tu vivre *intestatus* ! (*Jupiter te male perdat : intestatus vivito*) », c'est-à-dire sans les témoins (*testis*) nécessaires au testament, c'est-à-dire aussi privé de ses parties génitales (*testis*), de sa puissance virile, *Curculio*, 5.2.

22. À propos de Solon, dont la loi ouvre à Athènes la voie de la succession testamentaire, mais seulement en l'absence d'héritier mâle, Plutarque écrit, *Vie de Solon*, 21 : « Il préfère l'amitié à la parenté, la libre bienfaisance à la contrainte. »

23. Cicéron, *Tusculanes*, 1.16 : « On pensait que le reste de la vie des morts se passait sous terre » (*Sub terra censebant reliquam vitam agi mortuorum*). Après avoir appelé par trois fois le défunt par son nom, pour un triple adieu, on lui souhaitait par trois fois de bien se porter, et on lui souhaitait que la terre lui fût légère, car le sentiment de paix ou de souffrance perdue dans le monde souterrain.

24. Cicéron, *Des lois*, 2.21.

25. La crémation et/ou l'ensevelissement doivent au contraire être accomplis à l'extérieur des murailles, car la mort n'a point de part dans la Ville.

26. Valère Maxime, *Facta et dicta memorabilia*, 7.9.5 : « Au moment de mourir, se souvenant de leur vieille amitié, Popilius tourna vers Gallus ses regards affectueux et lui adressa des paroles où se manifestait un vif attachement. Parmi les nombreuses personnes qui l'entouraient, il fut la seule qu'il jugea digne d'un dernier embrassement et d'un dernier baiser. Popilius fit plus encore : il lui remit ses anneaux. »

27. Il y a, sur ce point, convergence entre les adversaires et les défenseurs de l'institution d'héritier.

propriétaires, il ne s'ensuit pas qu'ils puissent disposer « arbitrairement » de leur bien « pour le temps où ils ne seront plus ». Car la mort, ajoutait-il avec brutalité, « cet abîme ouvert par la nature sous les pas de l'homme, engloutit également ses droits avec lui, de manière qu'à cet égard, être mort ou n'avoir jamais vécu, c'est la même chose »²⁸. L'immortalité, si elle est admise, relève du domaine de la métaphysique et échappe au droit, lequel régit l'ordre social. Il est vrai que des siècles de christianisme avaient préparé cette vision purement profane du testament. Certes, celui-ci pouvait, comme ce fut généralement le cas depuis sa « redécouverte » au XII^e siècle, en même temps que les compilations de Justinien, contenir des dispositions à coloration religieuse (c'était souvent l'objet des préambules), mais la rédemption du testateur ne relevait en aucun cas de la responsabilité de l'héritier institué²⁹. Aux yeux de la loi, le mort n'a plus de volonté. C'est donc à elle qu'il incombe de désigner le ou les héritiers. Pourtant, Mirabeau ne propose pas l'abolition du testament. Il l'admet, dans le prolongement de la tradition coutumière, à des fins de legs, mais avec une grande prudence. La liberté de léguer ne doit pas introduire d'inégalité entre les héritiers légitimes³⁰. Une quotité disponible réduite au 1/10^e des biens suffira bien au testateur pour témoigner « de son affection ou de sa reconnaissance particulière » à une personne nécessairement extérieure à la ligne directe. L'exigence d'égalité ne laissait qu'une part minimale à l'exercice de la liberté. Il s'agissait d'ordonner la liberté de l'ancien propriétaire défunt aux impératifs de l'intérêt social.

« Il faut que la volonté... cède à la nécessité de maintenir l'ordre social, qui ne peut subsister s'il y a incertitude dans la transmission d'une partie du patrimoine des pères et mères à leurs

enfants », insiste Bigot de Préameneu, fidèle en cela à la pensée d'un Mirabeau, lors des discussions sur le Code civil³¹. Et quoique la loi protège l'exercice du droit de propriété, auquel elle ne doit « en aucun cas porter atteinte, il est cependant des bornes qui doivent être posées, lorsque les sentiments naturels et l'organisation sociale ne permettent pas à celui qui dispose de les franchir ». Le droit d'instituer librement son héritier est donc rejeté au nom de l'ordre social, tel que le dessine l'ordre naturel. C'est l'idée que développait déjà Domat au XVII^e siècle, qui soulignait combien la succession légitime, par opposition à l'institution d'héritier par testament, a « la faveur de l'ordre naturel qui appelle les proches par le droit du sang » et affecte les biens aux familles. « L'ordre des successions ab intestat est si juste et si naturel, ajoutait-il, qu'il a été établi comme tel par la loi divine..., au lieu que celui des testaments n'a pas d'autre origine que la volonté des hommes. »³² Dieu seul peut faire des héritiers, par le fait naturel des générations, et non l'homme, disaient les coutumes³³. L'ordre social exige en effet la stabilité dans la transmission des biens au sein des familles, il interdit toute incertitude dans la dévolution du patrimoine, il garantit les enfants que leur espérance patrimoniale ne sera pas déçue. Le testament romain rassurait le testateur aux portes de la mort ; la succession légitime, elle, rassure les héritiers présomptifs quant à leur avenir matériel.

Au nom de l'ordre social et naturel, le droit romain et son institution d'héritier sont crucifiés par les Révolutionnaires les plus radicaux. À travers le testament romain, c'est « le despotisme des pères » qu'il s'agit d'abolir. Robespierre dénonce cette « funeste faculté de tester », source de tous les maux dans les familles où elle sème les germes de la discorde, de la jalousie, de la crainte et de la haine. « Ce qu'il y a de beau et

28. Lecture par M. de Talleyrand-Périgord de l'opinion de M. de Mirabeau, lors de la séance du 2 avril 1791, dans *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), t. 24, du 10 mars 1791 au 12 avril 1791, Paris, 1886, p. 510-515, mis en ligne par l'Université de Stanford et la Bibliothèque nationale de France.

29. Le testateur manifestait souvent, que ce soit dans les pays de droit écrit ou les pays de coutume, le souci du salut de son âme, par des legs pieux ou des fondations de messe, censés appeler sur lui la divine miséricorde. Cette « comptabilité de l'au-delà », prégnante au Moyen-Âge, avait toutefois été repensée à l'aune de la Modernité à travers la question de la grâce divine.

30. « La loi doit-elle admettre... la libre disposition des biens en ligne directe ? c'est-à-dire un père ou une mère, un aïeul ou une aïeule, doivent-ils avoir le droit de disposer à leur gré de leur fortune, par contrat ou par testament, et d'établir ainsi l'inégalité dans la possession des biens domestiques ? », tel est l'objet de son discours.

31. F. J. J. Bigot de Préameneu, Conseil d'État, 30 nivôse an XI (20 janv. 1803), dans P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., p. 244.

32. J. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 5 et 19.

33. A. Loisel, *Institutes coutumières*, L. II, T. IV, § 5.

de sacré dans la puissance paternelle, c'est ce que la nature y a mis, et non ce que des systèmes exagérés y ont ajouté. »³⁴ Les débats d'avril 1791 ouvrent le procès du droit romain. Contre lui on invoque la morale familiale qui interdit de contrarier les « sentiments naturels » d'un père ou d'une mère envers ses enfants, sous peine d'introduire toutes sortes de bassesses et d'intrigues dans les familles, et d'avilir jusqu'à l'amour filial³⁵, contre lui on invoque l'égalité, base du bonheur social, contre lui enfin on invoque la nécessité politique de la division des patrimoines entre les héritiers, afin d'aboutir à une société de petits propriétaires, égaux en droit et en biens.

Le testament romain trouve pourtant quelques ardents défenseurs, tel Cazalès qui propose d'étendre « à tout le royaume les bienfaits de la loi romaine ». « Jamais vous ne porterez une loi plus favorable à la vertu, à la prospérité publique. »³⁶ C'est donc au nom de l'ordre social qu'il soulève quelques arguments en faveur de la libre institution d'héritier : elle donnera aux pères les moyens de gouverner les familles et d'obtenir jusque dans leur vieillesse le respect d'enfants qui ne se montrent pas toujours soucieux de vertu ; elle favorisera, sur le plan économique, l'agriculture et l'industrie en évitant le morcellement des patrimoines et le partage des terres, et encouragera l'expansion démographique en supprimant la crainte de devoir donner sa part au cadet à naître ; elle ralliera enfin les pères et les propriétaires des provinces de droit écrit à la cause révolutionnaire.

Il faut cependant attendre les discussions sur le Code civil pour que ces arguments soient, en partie, entendus. Le temps étant en effet venu de rétablir, et avec quelle force !, la puissance paternelle³⁷, honnie par la Révolution, il convenait de réfléchir à nouveau aux moyens juridiques à mettre entre les mains des pères pour que, la stabilité sociale reposant sur la stabilité familiale, l'ordre public soit assuré. Quoique nul

ne conteste qu'« aucun homme n'a, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort »³⁸, il convient, s'accordent les rédacteurs du Code civil, de ne pas priver pour autant cet homme du « doux commerce des bienfaits ». C'est un « besoin pour son cœur » et c'est un « droit inhérent au droit de propriété », que le pouvoir de disposer de ses biens au gré de ses affections. Il s'agit de retrouver les « vrais principes » et de proposer un projet de loi « également éloigné d'une rigueur excessive et d'une liberté sans bornes », qui « concilie tous les intérêts, ceux de la société, ceux des familles, ceux enfin de l'amitié et de la reconnaissance. »³⁹ La « prudence » invite au rétablissement de la liberté de tester en ligne directe, c'est-à-dire du pouvoir de sanctionner les « vertus domestiques ». Car si l'on peut craindre l'injustice d'un père, ne doit-on pas craindre aussi l'égalité quand elle favorise un « fils dénaturé » ? « Il faut mettre de grands moyens dans la main des pères, dit Maleville, et leurs droits en proportion avec leurs devoirs ». C'est ainsi que la faculté de tester est rétablie comme « un droit d'arbitrage par lequel le père répartit son bien entre ses enfants, proportionnellement à leurs besoins », selon une justice distributive « avantageuse pour la société », car elle rétablit, sinon l'égalité, du moins l'équité entre les enfants. La faculté de tester, loin d'être un « droit aristocratique », est « fondé[e] sur la raison »⁴⁰.

Les rédacteurs du Code civil ont donc choisi la voie de la succession légale, tout en admettant qu'un testament puisse avantager un héritier sous la forme d'un legs, mais ont rejeté le fondement du testament romain qu'était l'institution d'héritier. Une question se pose toutefois : le modèle romain était-il si éloigné de ce vœu, qui était celui des rédacteurs du code, de concilier les exigences des liens naturels d'un côté, et de la liberté de disposer de ses biens de l'autre ?

34. M. Robespierre, Discours du 3 avril 1791, dans *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, op. cit., p. 562-64.

35. P. S. Dupont de Nemours, Discours du 4 avril 1791, dans *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, op. cit., p. 556.

36. J. A. de Cazalès, Discours du 5 avril 1791, dans *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, op. cit., p. 570-77.

37. La puissance paternelle fait l'objet du Titre IX du Livre I sur les personnes dans le Code civil de 1804, le père exerçant seul l'autorité sur ses enfants pendant le mariage, jusqu'à leur majorité ou leur émancipation (art. 372-373). À tout âge, en revanche, l'enfant doit « honneur et respect » à ses père et mère (art. 371).

38. J. E. M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Discours prononcé le 21 janvier 1801.

39. G. J. Favard, dans P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., p. 627-28.

40. J. E. M. Portalis, dans P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., p. 259.

II. Une « contrariété » nuancée par une fin commune : l'intérêt familial

Les pères de famille romains, en légalisant l'institution d'héritier, dénonce Mirabeau⁴¹, « n'ont pensé qu'à leur empire et ont oublié leur paternité. [Ils ont fait] naître dans le cœur de leurs enfants, à la place... de ce penchant naturel d'amour, de respect et de gratitude, des motifs de crainte et des vues secrètes d'intérêt. » Cet argument d'ordre moral et psychologique pour rejeter la liberté de tester des pères et imposer l'ordre légal des successions, « manière si facile et si heureuse d'acquérir » puisqu'il suffit de « tenir par quelque fil de parenté légale à un autre individu peut devenir son héritier »⁴², n'est pas pertinent au regard de l'esprit du droit romain. En effet, la morale familiale y tient précisément une place centrale, sous le contrôle de la Cité. Certes, la puissance paternelle est à Rome absolue et viagère. Le statut de fils ou fille de famille ne s'acquiert que par un acte de volonté du *pater familias*, qui établit (ou non) sa puissance sur l'enfant qui vient de naître en légitime mariage, ou sur la personne qu'il a choisi d'adopter et d'intégrer ainsi au sein de la *domus*. Certes, jusqu'à l'extinction de cette volonté paternelle, par le fait naturel de la mort ou par le fait juridique de l'émancipation, le *pater familias* exerce sur les siens une puissance de vie et de mort (*vitae necisque potestas*). Cette puissance de vie accompagne le fils (la fille) jusqu'au moment où il devient héritier par la volonté testamentaire de son *pater*, qui l'a institué pour que cette vie se prolonge en lui; cette puissance de mort suppose, dans une moindre mesure, le droit d'exhérer un fils ou une fille légitimes, de l'exclure de l'*hereditas*, de rompre le lien de vie. Mais cet « empire » incontestable du *pater familias* lui fait-il « oublier » pour autant les devoirs de la paternité ? Rien n'est moins sûr. La liberté souve-

raine du *pater* est canalisée par la conscience de ses devoirs civiques, par son souci de respecter l'ordre social et familial.

Dès l'époque archaïque en effet, l'exigence légale d'énoncer publiquement le contenu du testament, donc de dire expressément qui est l'héritier institué, semble être un frein à l'arbitraire paternel. Quel père oserait exhérer son fils, devant le peuple tout entier rassemblé, sans avoir pour cela de justes motifs ? À coup sûr ce père injuste attirerait-il sur lui l'opprobre populaire, voire le blâme des censeurs, gardiens de la morale publique⁴³. Et lorsque le testament devient un acte privé et possiblement secret, à l'époque classique, l'iniquité d'un testament peut encore être sanctionnée, après la mort du testateur, par le juge saisi par l'héritier légitime qui s'estime injustement exhérédié au profit de l'héritier testamentaire⁴⁴. Dès le début de l'époque impériale, l'empereur lui-même entend déclarer nuls ces testaments moralement répréhensibles, quand bien même ils seraient conformes aux seules exigences du droit civil⁴⁵. L'esprit du droit romain rejoint en cela l'esprit du droit français post révolutionnaire : les liens du sang ne peuvent être purement et simplement ignorés. La transmission de la vie impose au géniteur des devoirs patrimoniaux envers ses enfants. Mais la différence entre les deux conceptions juridiques, romaine et française, c'est que l'accomplissement de ces devoirs, à Rome, passe par le tamis de la volonté paternelle, à laquelle la Cité se remet en confiance, quitte à ce que celle-ci puisse être ensuite contestée en justice, tandis que le droit français fait preuve de défiance vis-à-vis du père et préfère imposer un ordre légal de succession.

Le testament romain en effet, signe manifeste du pouvoir des pères, doit être conforme à la *pietas*. Ce sentiment naturel de gratitude des enfants envers leurs parents, parce qu'ils leur ont

41. Mirabeau, dans *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, op. cit.*, p. 513.

42. P.-A. Merlin de Douai, Séance du 20 novembre 1790, dans *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, op. cit.*, t. 20, p. 599.

43. Imaginons un instant la « bombe médiatique » qu'aurait pu susciter la lecture publique, de son vivant, du testament de « Johnny » : l'exhérédation de certains de ses enfants lui eût sans doute valu la réprobation sévère de nombre de ses fans...

44. Quant au peuple, il pourra toujours exercer une vengeance posthume. Valère Maxime rapporte plusieurs anecdotes en ce sens, où l'on voit, par exemple, le cadavre d'un testateur jugé « perfide », « traîné la corde au cou par les rues de Rome. Cet homme... eut bien... l'héritier qu'il voulait; il eut aussi les honneurs funèbres et les obsèques qu'il méritait », *Facta et dicta memorabilia*, 7.9.

45. Auguste, « père de la patrie », animé par un sentiment paternel, rétablit ainsi dans ses droits d'héritier un fils injustement exhérédié par un homme qui, en raison même de son iniquité, avait perdu son titre de père, raconte Valère Maxime, *Facta et dicta memorabilia*, 7.7.3.

donné la vie, que Mirabeau croit sauvegarder en supprimant la liberté d'instituer un héritier par testament, est au contraire, dans l'esprit romain, appelé à s'épanouir d'autant mieux qu'il va obliger le testateur à en tenir compte⁴⁶. Ainsi le *pater familias* est-il en quelque sorte contraint par la piété filiale manifestée par son enfant. Il se doit de répondre à cet élan de gratitude, à cette affection, à cette obéissance filiale, par ce mouvement de reconnaissance, donnée en retour, qu'est la *pietas* paternelle. En instituant expressément son fils comme héritier, le testateur émet implicitement un jugement moral sur son fils : s'il hérite, c'est parce qu'il le mérite ; et si le *pater* l'institue, c'est parce que, moralement, il le doit. Le tribunal des centumvirs, puis le juge impérial, sanctionneront donc le testament « inofficieux » qui n'aura pas respecté les exigences de la piété paternelle. L'héritier dans l'ordre légal des successions fera valoir, contre l'héritier institué, les droits qu'il a obtenus en respectant ses devoirs filiaux. Par souci d'uniformité jurisprudentielle, l'empereur Justinien, au VI^e siècle, dressera la liste exhaustive des douze cas d'ingratitude filiale justifiant l'exhérédation découlant du testament⁴⁷. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le testament n'est pas conforme à son office de piété, l'héritier légal injustement exhéredé sera substitué à l'héritier testamentaire, afin de sauver le testament. L'héritier « légitimaire » recevra alors la part de la succession à laquelle il a droit, cette « part légitime », qui lui avait été refusée injustement par le testament, mais il devra respecter toutes les autres dispositions testamentaires, en particulier les legs, car la volonté du testateur ne peut pas être totalement annihilée.

La « part légitime » romaine, sur le plan pratique, n'est donc pas si éloignée de l'idée de « réserve héréditaire » chère au droit français. Et c'est bien en partie pour récompenser le mérite⁴⁸ que les rédacteurs du Code civil ont finalement admis qu'un père pouvait favoriser l'un de ses enfants par legs, l'équité morale se substituant

alors à la stricte égalité, revendiquée vingt ans plus tôt par un Mirabeau. Sur le plan conceptuel, en revanche, tout oppose l'héritier institué romain à l'héritier légitime du Code civil. Le premier est créé par la parole du père, qui l'institue en disant son nom, le second par les termes de la loi, en raison de son lien de parenté avec le défunt. Il y a ainsi, en droit français, un défaut de parole qui, sur le plan psychologique, peut constituer une souffrance. « Être orphelin, c'est hériter », a-t-on pu écrire⁴⁹. Car hériter, c'est bien recevoir de la loi ce patrimoine que le père (la mère) n'a pas donné lui-même. La dévolution *ab intestat* du droit français met en évidence la mort et l'extinction, avec elle, de la volonté, ce qui rompt définitivement le lien entre le défunt et l'héritier légal. La succession testamentaire du droit romain, au contraire, prolonge le lien entre le défunt et l'héritier institué, car il se voit choisi par le testateur une dernière fois, comme si l'acte d'acceptation qui a prévalu à sa naissance se jouait à travers l'institution de l'*hereditas*. Le testament romain véhicule une dimension affective qui, de ce fait, rend plus terrible encore le droit d'exhérédation. Bien sûr, le testament du droit français permet de pallier la froideur de la loi, puisque par le moyen du legs, un testateur peut gratifier un héritier désigné par la loi et lui signifier ainsi son affection. Le legs rétablit alors, sur le plan symbolique, le lien rompu et l'« objet passeur » permet de maintenir avec le défunt un dialogue imaginaire, comme si la possession de l'objet transmis prolongeait le lien charnel avec le défunt et comblait en partie la sensation de vide. Mais en pratique, on le sait, la quasi-totalité des successions en France sont *ab intestat*, les Français demeurant fortement attachés à la réserve héréditaire et au principe strict d'égalité légale, mis en exergue au moment des débats de 1791, et qui a le mérite de ne troubler, ni la tranquillité d'esprit de celui qui, durant sa vie, n'a pas à songer à sa propre mort, ni le repos des familles...

46. Y compris dans le cas du *filius* donné en adoption à un autre *pater*, ou dans le cas d'un fils naturel, selon Valère Maxime.

47. Justinien, *Novella*, 115.3.

48. Maleville, Conseil d'État, 26 frimaire an X (17 décembre 1801), dans P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. 10, p. 481. Argument moral auquel Portalis ajoute celui des besoins économiques, *id.*, t. 12, p. 258.

49. L. Flem, *Comment j'ai vidé la maison de mes parents*, Paris, 2004, p. 38 : « ...tout était désormais à moi par héritage ; je ne voulais plus rien, j'étais sans désir, anesthésiée. Comment recevoir ce qu'ils ne m'avaient pas donné de leurs mains, suivant leur libre arbitre, leur bon vouloir ; pourquoi emmener chez moi ce qu'ils ne m'avaient pas confié de leur vivant ? Être orphelin, c'est hériter. »

De l'« institution d'héritier » citée à l'article 967, il ne reste donc rien⁵⁰, sinon une enveloppe vide, au nom d'une égalité pensée comme la fondation nécessaire à la construction de l'ordre familial et social. Mais la réserve héréditaire du droit français n'assure pas cette égalité. Par le biais de la quotité disponible, voire de l'assurance-vie, le testateur peut aujourd'hui établir un déséquilibre entre les héritiers légitimes. Certes, aucun ne peut plus subir l'humiliation de l'exhérédation, mais le droit civil romain, de son côté, avait déjà évolué dans le sens de la protection des héritiers en ligne directe pour leur assurer, malgré un testament contraire, une part du patrimoine du *de cuius*. Par ailleurs, l'étude de la pratique montre que le testateur romain avait en

priorité à l'esprit la pérennité de la *domus*, et agissait davantage en bon gestionnaire du patrimoine familial qu'en tyran. En particulier, le testament permettait d'appeler à la succession et d'instituer ceux que la loi ignorait, comme l'épouse ou l'enfant naturel. Certes, la loi française a fini par reconnaître à ces derniers des droits successoraux. Mais dans une société où nombre de familles sont dites « recomposées », peut-être la liberté testamentaire retrouvée, et exercée dans les limites de la raison, permettrait-elle d'accompagner l'évolution sociale, voire de précéder d'éventuelles réformes, en accordant au testateur le droit de désigner, avant le législateur, ceux que, par affection, il souhaiterait pouvoir appeler par le nom d'« héritiers ».

50. En l'absence d'héritier réservataire, le légataire universel peut être assimilé à l'héritier institué car il reçoit l'universalité de la succession, mais la ressemblance s'arrête là.

Un article, une matière

L'article 1171 du Code civil et le droit des contrats : double regard sur son champ d'application en droit interne et en droit comparé

Laurent Leveueur

Professeur à l'Université Panthéon-Assas
et

Marie Leveueur-Azémar

Professeur à l'Université de La Réunion

1. Parmi les grandes nouveautés entrées dans le Code civil par la voie de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1171 s'est présenté, en tout cas initialement, comme l'un des apports majeurs de la réforme du droit des contrats. Un outil de lutte contre les clauses abusives existe désormais dans le droit commun des contrats, afin de se mettre au diapason des droits spéciaux qui, depuis 1978 dans le domaine de la consommation, et 2008 dans celui de la concurrence, traquent les clauses léonines¹. L'harmonie est bien présente : l'article 1171 du Code civil reprend la définition de la clause abusive déjà dupliquée entre l'article L. 212-1 du Code de la consommation et l'article L. 442-1 du Code de commerce : la clause sera abusive lorsqu'elle entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

2. Permettant au droit commun de revenir sur le devant la scène, la disposition n'a pourtant pas eu que des partisans². En effet, l'existence d'un

dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les textes spéciaux, quand bien même ces textes auraient un champ d'application particulièrement large, ne constitue pas en soi une raison suffisante pour intégrer un tel outil dans le droit commun, sous prétexte que celui-ci pourrait sinon paraître archaïque. On pourrait même y voir un argument en sens inverse : les droits spéciaux régissent des relations particulières, qui appellent une police juridique adaptée. Au contraire, le droit commun régit toutes les situations qui ne présentent pas de spécificité, et qui n'appellent donc pas, semble-t-il, de traque particulière des déséquilibres contractuels. On pressent ainsi que toute la difficulté porte sur le champ d'application de ce nouvel outil : trop large, il manquera de légitimité ; trop étroit, il risque de n'être qu'un effet d'annonce, une coquille vide.

C'est donc sur le champ d'application de cette disposition que se sont cristallisées nombre

1. N. Mathey, « Du déséquilibre significatif », CCC 2011, Repère 10; P. Catala, « Des contrats déséquilibrés », in *Études à la mémoire de F. C. Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77, spéc. n° 15.
2. Not. Ph. Stoffel-Munck, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », *Dr. et pat.* 2014, n° 240, p. 56; R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335; Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.

de discussions, dès la publication de l'avant-projet de réforme du droit des contrats, en février 2015. À l'époque, la Chancellerie avait proposé que cet outil de lutte permette de réputer les clauses abusives dans tous les contrats : le champ d'application était alors très vaste, et dans la mesure où la disposition devait entrer dans le Code civil, cette conjonction de facteurs mettait en lumière la dimension très politique de la disposition. Fallait-il instaurer un principe général d'équilibre contractuel, que le contrat soit négocié ou non, et ainsi traquer tous les déséquilibres, pourtant acceptés par les parties au stade de la conclusion du contrat ? En ce sens, on sait que l'égalité des contractants, hypothèse de départ du Code civil en 1804, est une chimère qui jette un voile sur une réalité bien plus délicate à appréhender. Il est fort rare que les parties soient véritablement sur un pied d'égalité, et ce, même en dehors du droit de la consommation et de la concurrence. L'un des contractants aura demandé conseil, l'autre n'aura pas vraiment compris – ou seulement lu – les stipulations proposées par son cocontractant, préférant signer pour conclure plus rapidement le contrat. Fallait-il prévoir une sorte de droit de repentir, non sur la totalité du contrat, mais sur certaines de ses clauses, au nom de la justice contractuelle qui refuse qu'un contractant tire parti de la moindre faiblesse de celui qu'il a en face de lui ? Ou au contraire, cette disposition de lutte des clauses abusives ne devait-elle pas être réservée aux seuls déséquilibres attestés entre les parties ? Un même contractant pouvant se trouver dans une situation d'infériorité dans un cas, puis de supériorité dans un autre, la masse des contrats peut aboutir en fin de compte à un jeu de somme (quasi) nulle. C'était ici affirmer le maintien de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique, en refusant de remettre en cause toutes les conventions valablement négociées.

3. Sur ce point, les discussions, justement, ont été âpres. D'un côté, on pouvait craindre le risque d'une sécurité juridique ruinée, et avec, tout espoir de faire rayonner le droit français. De l'autre, on pouvait se féliciter de la prise de conscience de la loi quant à l'inégalité réelle des contractants. Finalement, l'ordonnance du

10 février 2016 a choisi d'amender la disposition. Celle-ci est donc le fruit d'un compromis entre le Gouvernement d'un côté, et les professionnels de l'autre, les réactions d'une partie de la doctrine ayant aussi été prises en compte³. Le champ d'application de la disposition a été modifié afin d'intégrer la limitation décisive aux seuls contrats d'adhésion. Le rapport au Président accompagnant l'ordonnance reconnaît avoir entendu les critiques formulées à l'encontre du projet : « Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion ».

La restriction du champ d'application de l'article 1171 a en outre été renforcée à l'occasion de la loi de ratification du 20 avril 2018 : seules les clauses *non négociables* d'un contrat d'adhésion peuvent faire l'objet du contrôle prévu par la disposition. C'est dire si, en fin de compte, les clauses couvertes par la disposition sont peu nombreuses. La sécurité juridique et le respect de la parole donnée ont primé sur une justice contractuelle illimitée, difficile à justifier. Reste à identifier les contrats, qui, en pratique, relèvent de cette règle. Car les multiples retouches, combinées aux évolutions parallèles des droits spéciaux et à la délicate articulation du droit commun avec les droits spéciaux, rend la détermination exacte du champ d'application très délicate.

Une fois cette première étape franchie, il sera alors plus aisé de comparer le droit français à ses voisins européens et déterminer si, en fin de compte, la disposition constitue véritablement un repoussoir pour les contractants, ou si, au contraire, la grande nouveauté annoncée participera à l'attractivité du droit recherchée par la réforme.

I. L'article 1171 dans le contexte national : une peau de chagrin ?

4. Les premiers mots de l'article 1171 du Code civil délimitent son champ d'application : c'est

3. V. les actes du colloque organisé par le Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas le 3 avril 2015, intitulé « Le projet de réforme du droit des contrats », *RDC* 2015, p. 615 et s.

« dans un contrat d'adhésion » que le contrôle des clauses abusives va pouvoir s'opérer. Le texte ne précise pas lui-même ce qu'est un contrat d'adhésion, car la définition de cette notion est donnée, pour tout le droit des contrats, par l'article 1110 qui figure parmi les dispositions liminaires du sous-titre premier sur *Le contrat*, du Titre III sur les sources d'obligations du Livre III. Initialement, l'ordonnance du 10 février 2016 avait utilisé pour définir le contrat d'adhésion le critère de l'existence de conditions générales, soustraites à la négociation, déterminées à l'avance par l'une des parties. La loi du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance a préféré le définir comme celui « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » (art. 1110, al. 2 C. civ.). L'exemple le plus sûr d'un tel contrat est celui qui se présente matériellement sous la forme standardisée d'un document pré-imprimé, conçu par un professionnel, sur lequel figurent, parfois au verso, diverses clauses qui concrètement ne sont jamais modifiées par les divers clients qui entrent dans la relation contractuelle en signant ce papier : la location de véhicules, de copieurs numériques et de tous autres matériels en fournit de nombreuses illustrations. Mais en dehors de cette hypothèse, c'est une appréciation au cas par cas qui permettra de savoir si le contrat comporte ou non des clauses qui n'étaient pas négociables.

5. Lorsque la qualification de contrat d'adhésion est remplie, quelle est l'étendue du contrôle des clauses que le texte emporte ? La question avait été discutée au lendemain de l'ordonnance 2016, car la lettre de l'article 1171 qui en était issu ne donnait aucune précision à cet égard. Dès lors le contrôle de l'abus pouvait-il porter sur toutes les clauses du contrat, ou seulement sur celles qui avaient permis la qualification de contrat d'adhésion, c'est-à-dire initialement celles se trouvant dans les conditions générales soustraites à la négociation ? La loi de ratification de l'ordonnance a mis fin à la discussion en choisissant l'approche étroite : c'est désormais « toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties » qui est réputée non écrite en vertu de l'article 1171 modifié, si elle crée un déséquilibre significatif entre les

droits et obligations des parties au contrat. Ainsi le contrôle de l'abus ne porte pas sur des clauses qui étaient négociables, peu important qu'elles aient été ou non effectivement négociées : une partie ne peut pas se plaindre de clauses qu'elle n'a pas négociées alors qu'elle l'aurait pu. La liberté contractuelle existait effectivement et cela justifie que de telles clauses restent pleinement obligatoires, même si elles se trouvent dans un contrat par ailleurs d'adhésion. On peut remarquer que cette approche relativement stricte du domaine de la lutte contre les clauses abusives n'est pas très éloignée de celle qui prévaut dans la directive européenne du 5 avril 1993 qui a imposé de généraliser la protection des consommateurs contre ces clauses dans toute l'Europe communautaire, sauf à souligner qu'elle est un peu plus étroite encore car le texte consumériste européen vise les clauses « n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle »⁴.

Ainsi *deux premières conditions* doivent être remplies pour que l'examen du caractère éventuellement abusif d'une clause puisse être effectué en vertu de l'article 1171 du Code civil : cette clause doit se trouver dans un contrat d'adhésion et elle doit avoir été non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties.

6. Et ce n'est pas tout, car *une troisième condition*, négative celle-là, vient encore s'ajouter. Elle est prévue par l'alinéa 2 de l'article 1171 : « L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Ceci signifie que le contrôle de l'abus ne peut porter que sur des clauses ayant un objet un peu secondaire : par exemple des clauses portant sur une faculté de résiliation ou sur les conséquences de l'inexécution du contrat par l'une des parties (clause résolutoire, clause limitative de réparation, clause définissant la force majeure), etc. Mais l'essentiel du contrat est placé hors d'atteinte. L'article 1171 ne permet pas un contrôle des prix contractuellement fixés. Il ne permet pas non plus, même dans les contrats d'adhésion, un contrôle de ce à quoi s'engage principalement la partie qui va percevoir un prix. Par exemple dans un contrat d'assurance les stipulations relatives à la définition positive du risque que l'assureur accepte de prendre en charge et les exclusions convention-

4. Dir. 93/13 CEE du 5 avr. 1993, art. 3, § 1 et § 2.

nelles de garantie ne peuvent en aucun cas être réputées non écrites sur le fondement de l'article 1171, car elles participent de la délimitation de la garantie due par l'assureur qui est l'objet principal du contrat. Cette disposition si importante de l'alinéa 2 de l'article 1171 est directement inspirée du dispositif consumériste de lutte contre les clauses abusives, dans lequel l'appréciation du caractère abusif de clauses ne porte – du moins en principe – « ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert » (art. L. 212-1, al. 3 C. conso.)⁵.

7. Précisément l'existence d'autres dispositifs de lutte contre les clauses abusives soulève une difficulté d'articulation avec l'article 1171 et peut conduire à se demander si le champ de cet article ne doit pas encore être amputé de celui qui est propre aux textes spéciaux. Ces autres dispositifs sont au nombre de deux.

8. Le premier, relatif à la protection des consommateurs contre les clauses abusives⁶, est bien connu, car il remonte à la loi du 10 janvier 1978, même si les dispositions qui l'organisent ont été par la suite codifiées, puis quelque peu remaniées pour être mises en conformité avec la directive du 5 avril 1993, avant d'être ventilées en plusieurs textes différents⁷ à l'occasion de la recodification du droit de la consommation par une ordonnance du 14 mars 2016.

9. Le second est issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, qui, au titre de la prohibition des pratiques restrictives de concurrence, avait prévu un mécanisme de protection d'un partenaire commercial⁸ qu'un producteur, commerçant, industriel ou artisan aurait soumis ou tenté de soumettre « à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » (anc. art. L. 442-6, I, 2° C. com.). À l'occasion de la refonte, par l'Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la

transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, ce texte a non seulement été dénuméroté, mais en outre a vu sa rédaction assez profondément modifiée : il n'est plus question de partenaire commercial, mais d'une « autre partie » que toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services aurait soumise ou tenté de soumettre à des obligations créant un déséquilibre significatif à l'occasion de la « négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat » (art. L. 442-1, 2° C. com.).

10. Comment articuler l'article 1171 du Code civil avec ces deux autres textes ?

Lors des travaux parlementaires qui ont abouti au vote de la loi du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, l'idée d'un cumul des possibilités de contrôle a été écartée au profit de celle d'une ventilation étanche des champs d'application. Ainsi l'article 1171 du Code civil n'aurait pas vocation à s'appliquer dans les champs couverts par des droits spéciaux. Un passage du rapport établi au nom de la commission des lois du Sénat en seconde lecture est particulièrement clair à cet égard : « En séance publique, le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale a présenté un amendement précisant que ce dispositif de sanction des clauses abusives ne pouvait pas être cumulé avec les dispositifs analogues prévus aux articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation. La discussion de cet amendement, qui a finalement été retiré, a été l'occasion, pour la garde des sceaux, de préciser ce que votre commission avait déjà clairement énoncé en première lecture dans son rapport : ce dispositif instauré dans le droit commun des contrats n'a pas vocation à s'appliquer dans les champs déjà couverts par des droits spéciaux. Votre rapporteur ne peut que constater sur ce point la parfaite cohérence des travaux prépara-

5. V. aussi Dir. 93/13/ CEE du 5 avr. 1993, art. 4 § 2 : « L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

6. Sur lequel v. C.-M. Pégliion-Zika, *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, LGDJ, 2018, préf. L. Leveneur.

7. Art. L. 212-1 à 3, L. 241-1 et L. 241-2 C. conso.

8. Notion que la Cour de cassation entend assez largement : « le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale » (Com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, CCC 2020, comm. 43, note N. Mathey). La Cour d'appel de Paris avait retenu une conception plus étroite (v. CA Paris, 27 sept. 2017, *RTD civ.* 2018, p. 114, obs. H. Barbier).

toires de la ratification de l'ordonnance, de nature à éclairer sans ambiguïté le juge s'il est saisi de la question »⁹.

Cette idée paraît pourtant assez discutable. Certes les règles générales édictées par le droit commun des contrats aux articles 1101 et suivants du Code civil « s'appliquent sous réserve » des règles particulières à certains contrats, comme l'énonce l'article 1105 alinéa 3. Et il est bien connu que les règles spéciales dérogent aux règles générales (*Specialia generalibus derogant*). Mais l'idée d'une dérogation devrait conduire à écarter le texte du Code civil uniquement « en cas d'antinomie », c'est-à-dire « de contradiction entre la règle commune et la règle spéciale »¹⁰. Or il n'y a pas vraiment de contradiction ici, et on pouvait même parler, en tout cas à l'origine, d'un certain complément du moins entre le texte civil et celui du Code de commerce.

11. Cependant à l'approche purement théorique de l'articulation entre règle générale et règles spéciales peut être ici substituée une démarche très pragmatique. En effet la question d'un éventuel cumul entre des dispositions spéciales de lutte contre les clauses abusives et le mécanisme de droit commun organisé par l'article 1171 du Code civil ne peut se poser concrètement que si une partie contractante pouvant se prévaloir de l'un des dispositifs spéciaux aurait aussi intérêt à invoquer celui du Code civil. Or ce n'est pas le cas, ou pour être plus précis, ce n'est plus le cas aujourd'hui.

12. Ainsi lorsqu'un consommateur a conclu un contrat avec un professionnel et qu'il cherche à faire réputer non écrite une clause de ce contrat, il peut évidemment se prévaloir de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, puisque ce texte est spécifiquement conçu pour ce type de relation contractuelle. En revanche l'article 1171 du Code civil ne présente aucun intérêt pour le consommateur, pour deux raisons.

D'une part l'application de l'article 1171 est subordonnée aux deux conditions ci-dessus exposées, la qualification de contrat d'adhésion et le caractère non négociable de la clause visée ; or ces deux conditions ne se retrouvent pas pour que le texte du Code de la consommation soit

mis en œuvre : celui-ci s'applique même si le contrat conclu entre professionnel et consommateur n'est pas un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du Code civil, et il peut le cas échéant permettre d'écarter une clause qui aurait pourtant fait l'objet d'une négociation individuelle. Le contrôle de l'abus a donc un champ plus large dans le Code de la consommation.

D'autre part, le contrôle consumériste, qui a priori, ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert, peut tout de même s'étendre à ces deux égards si les clauses concernées ne sont pas « rédigées de façon claire et compréhensible » (art. L. 212-1, al. 3 C. conso.). Or une telle possibilité d'extension n'est pas prévue par le texte du Code civil.

Un champ moins large, un contrôle potentiellement moins étendu : l'invocation de l'article 1171 du Code civil n'apporterait rien au consommateur ; l'article L. 212-1 du Code de la consommation lui est plus que suffisant ; la question d'un éventuel cumul ne se pose donc pas en pratique.

13. La conclusion est la même s'agissant des contrats conclus entre professionnels et non professionnels. Le non-professionnel, défini par l'article liminaire du Code de la consommation comme « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles », bénéficie en effet expressément, aux termes de l'article L. 212-2, de la protection contre les clauses abusives prévue par l'article L. 212-1. Ce qui est vrai pour le consommateur l'est donc tout autant pour le non-professionnel.

14. Quant au dispositif de lutte contre les clauses abusives dans les contrats entre professionnels entrant dans le champ de l'article L. 442-1 du Code commerce, sa physionomie a changé avec l'ordonnance du 24 avril 2019.

Initialement, tel qu'il avait été conçu par la loi du 4 août 2008, son effet était seulement de permettre au partenaire commercial victime d'une pratique restrictive de concurrence afférente à de telles clauses d'engager la responsabi-

9. F. Pillet, *Rapport (n° 247) au nom de la Commission des lois*, Sénat, 24 janv. 2018.

10. C. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette, spéc. n° 367, p. 383 et s.

lité de l'autre partie et de l'obliger à réparer le préjudice causé (anc. art. L. 442-6, I, 2° C. com.). Si la nullité de clauses pouvait être demandée, c'était seulement à l'initiative du ministre chargé de l'économie ou du ministère public (anc. art. L. 442-6, III C. com.). Aussi bien l'introduction dans le droit commun des contrats en 2016 du mécanisme général (article 1171 du Code civil) pouvait présenter un intérêt pour les personnes susceptibles d'invoquer aussi le texte du Code de commerce car l'effet était très différent : les deux textes pouvaient se compléter.

C'en est terminé depuis l'ordonnance du 24 avril 2019. Certes le nouvel article L. 442-1 du Code de commerce prévoit toujours l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la pratique restrictive de concurrence. Mais il est suivi de l'article L. 442-4, I, qui permet non seulement au ministre de l'économie ou au ministère public mais aussi à la partie victime d'une pratique prévue à l'article L. 442-1 de faire constater la nullité des clauses en question. Et comme l'article L. 442-1 ne limite pas son champ d'application aux seuls contrats d'adhésion, ni aux clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties (la seule preuve à apporter étant celle de la *soumission* à des obligations créant un déséquilibre), et n'exclut pas de faire porter le contrôle du déséquilibre significatif sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation, tout cela à la différence de l'article 1171 du Code civil, on voit que ce dernier ne présente plus aucun intérêt pratique pour une partie contractante pouvant se prévaloir des textes du Code de commerce.

15. Dès lors dans quelles relations contractuelles le contrôle du déséquilibre significatif prévu par l'article 1171 du Code civil conserve-t-il un intérêt pratique ?

Si l'on exclut concrètement les contrats entre professionnels et consommateurs, et entre professionnels et non professionnels, ne restent que certains contrats entre professionnels et les contrats entre particuliers.

Certains contrats entre professionnels, c'est-à-dire les contrats qui ne relèvent pas du champ d'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce. Il est vrai qu'une discussion existe à ce propos : à une conception étroite de ce champ, appuyée sur la référence à la négociation commerciale se trouvant dans l'alinéa 1^{er} du texte, si bien que même sans le dire il s'agirait toujours de contrats entre partenaires commerciaux¹¹, peut s'opposer une conception plus large¹² reposant sur la référence dans le même alinéa, à la conclusion « d'un contrat », sans précision, entre « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » et une « autre partie ». Si la conception large devait l'emporter (il serait tout de même étonnant que cela ait été fait subrepticement par une ordonnance), l'amputation du domaine des applications concrètes de l'article 1171 du Code civil serait considérable.

Les contrats entre particuliers, eux, ne peuvent relever ni de l'un ni de l'autre de ces dispositifs spéciaux. Seul l'article 1171 du Code civil peut fonder un contrôle de leurs clauses éventuellement abusives. Encore faut-il pour cela que les conditions d'application du texte soient remplies, donc avant tout qu'un contrat d'adhésion soit caractérisé. Or une telle qualification n'est pas évidente dans ce type de relations. Pourrait venir à l'esprit le bail d'habitation, l'un des contrats les plus fréquents entre particuliers, mais il est déjà tellement encadré par une réglementation toujours plus minutieuse¹³, ne laissant quasiment plus aucune place à la liberté contractuelle, qu'on voit assez mal quelles clauses abusives il y aurait encore à débusquer en ce domaine. En définitive ce sont sans doute les contrats de la nouvelle économie, dite collaborative, se passant d'intermédiaires professionnels, mais facilités par des plates-formes Internet de rencontre entre l'offre et la demande (places payantes dans une voiture pour un certain trajet, location de véhicules ou de résidences meublées pour de très courts séjours, etc.) qui pourraient bien fournir le noyau dur de l'application de l'article 1171 du

11. V. en ce sens M. Malaurie-Vignal, « Le déséquilibre significatif de Code de commerce est-il de nature à cannibaliser celui du Code civil ? », CCC 2019, Alerte 33.

12. V. en ce sens, F. Buy, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », D. 2019, p. 1122; Y. Picod, « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du Code de commerce », AJ Contrat 2019, p. 201

13. V. Loi du 6 juill. 1989, notamment son art. 3 avec ses stipulations obligatoires, et son art. 4, avec sa liste d'une vingtaine de clauses réputées non écrites.

Code civil dès lors du moins que ces contrats comportent un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties, ce qui semble bien parfois le cas.

Le champ restreint de l'article 1171 en fait en réalité aujourd'hui une disposition sans grande portée pratique, contrairement à ce que l'effet d'annonce avait pu laisser croire au moment de l'adoption de la réforme. Dès lors, il faut s'interroger sur la place qu'occupe le droit français aux côtés de ses voisins européens.

II. L'article 1171 dans le contexte international : une position modérée

16. La plupart de nos voisins européens ont adopté un outil de lutte contre les clauses abusives dans leur droit commun des contrats. Le champ d'application de ces dispositifs varie selon les pays. Ceux-ci peuvent être présentés selon une échelle partant de la primauté donnée à la justice contractuelle, et allant jusqu'à la liberté contractuelle la plus étendue.

17. Au début de l'échelle vient se placer, à la faveur d'une loi toute récente, le droit belge, qui depuis 2019 sacrifie la liberté contractuelle sur l'autel de l'équilibre contractuel¹⁴. Cette place n'était pourtant pas prévisible. Dans le Code civil belge, on ne trouve aucune trace d'un dispositif de lutte contre les clauses abusives dans le droit commun ; quant au projet de réforme du Code civil belge, aucune disposition n'a été insérée en vue de mettre en place un tel outil. La volonté politique affichée était bien celle de refuser un dispositif au champ d'application trop large. Las ! au printemps dernier, au cours de discussions relatives à la modification du code de droit économique, le Parlement a voté un amendement ajoutant une disposition relative aux clauses abusives dans les contrats entre professionnels : « Pour l'application du présent titre, toute clause d'un contrat conclu entre entre-

prises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties. »¹⁵. La présence de cette disposition dans le code de droit économique ne doit pas nous induire en erreur : le champ d'application extrêmement vaste de la disposition est encore plus étendu que celui de l'article L. 442-1 du Code de commerce français même dans son acception la plus large ; il embrasse tellement largement que le droit commun ne tient plus qu'une place très résiduelle¹⁶. Le rapport précise en effet qu'il a « volontairement été choisi de conserver un champ d'application personnel général et de ne pas le limiter, par exemple, à la seule protection des PME »¹⁷. Il est donc bien question de traquer tous les déséquilibres contractuels, peu important l'existence ou non d'une négociation entre les parties, ou encore de savoir si elles présentent effectivement une relation déséquilibrée ou si au contraire elles sont sur un pied d'égalité. La justice contractuelle prend le pas sur la sécurité juridique, sans justification d'une protection rendue nécessaire par la faiblesse de l'une des parties. En raison de la nouveauté de ce dispositif, il est encore trop tôt pour dire si la jurisprudence belge cherchera à restreindre son champ d'application, mais la formulation retenue ne l'y incite pas vraiment. Dans tous les cas, le risque pour le droit belge de voir de nombreux contractants se détourner au profit d'une autre loi semble bien réel. Car les relations contractuelles appellent la sécurité juridique, qui ici se dérobe pour laisser place à une épée de Damoclès planant au-dessus de tous les contrats conclus entre professionnels.

18. L'Allemagne figure également dans les pays ayant choisi un dispositif particulièrement étendu. Outre-Rhin, la lutte contre les déséquilibres contractuels connaît une consécration législative dès 1976¹⁸, et vise tous les contrats, indépendamment de la qualité des contrac-

14. Pour une critique de la disposition, v. R. Jafferli, « Le droit des obligations existe-t-il ? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B », *Revue de droit commercial belge*, 2019/2, p. 155.

15. Art. VI.91/3. § 1^{er}.

16. Le droit belge ayant également transposé la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats de consommation, ne reste plus, dans le giron du droit commun, que les contrats conclus entre particuliers.

17. Exposé général des motifs de la proposition de loi déposée à la Chambre des représentants de Belgique le 22 février 2019, n° 3595/001, p. 9.

18. Loi portant sur le droit des conditions générales en date du 9 décembre 1976.

tants¹⁹, pourvu que la clause litigieuse se trouve dans les conditions générales²⁰. Sont donc visés tous les contrats pré-rédigés par l'une des parties, et au sein de ces contrats, seulement les clauses qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation²¹. Si ce dispositif de contrôle des conditions générales des contrats ressemble de prime abord à l'article 1171 du Code civil français, son interprétation lui donne une portée bien plus importante. L'appréciation jurisprudentielle de la notion de négociation, particulièrement stricte, a en effet eu pour conséquence d'étendre sensiblement le champ d'application de ces textes. Ainsi, la forme même du document (graphisme, nom d'un cabinet de conseil en pied de page) peut permettre aux juges de le qualifier de conditions générales d'affaires, sans tenir compte d'une éventuelle négociabilité des clauses²². De plus, si la négociation n'a entraîné la modification que de certaines stipulations, et que le cocontractant fustige une clause non modifiée, celle-ci sera le plus souvent considérée comme non négociable, alors que le cocontractant peut avoir simplement accepté la clause telle qu'elle était initialement rédigée²³.

L'appréciation rigoureuse des tribunaux allemands aboutit à contrôler des clauses qui n'ont pas nécessairement été imposées à l'autre partie. À tel point que nombre de parties à des contrats d'affaires présentant un caractère d'extranéité préfèrent se détourner du droit allemand pour éviter de passer sous les fourches caudines des articles § 305 et suivants trop sévèrement interprétés²⁴. Les tribunaux français sont prévenus.

19. Il faut maintenant avancer sur l'échelle, pour évoquer des droits plus modérés, qui cherchent à

allier liberté contractuelle et contrôle des clauses abusives.

20. C'est en 1992, lors de la refonte du Code civil néerlandais, que les Pays-Bas se dotent d'un outil de lutte contre les clauses abusives. Une disposition générale, à l'article 6:233 *BW*, permet de supprimer des clauses contenues dans les conditions générales. L'article 6:235 *BW* précise son champ d'application : les contrats conclus avec les consommateurs, mais également avec les PME (entreprises de moins de 50 salariés), sont visés. La notion de conditions générales rappelle le dispositif du droit allemand. D'ailleurs, les conditions générales, qui visent des clauses pré-rédigées en vue d'être insérées dans de nombreux contrats (6:231 *BW*), ont également fait l'objet d'une interprétation particulièrement large²⁵. Cependant, pour déterminer si, dans un second temps, la clause doit être réputée non écrite, les juges tiennent compte, notamment, de l'existence de négociations, ce qui permet au dispositif d'être globalement équilibré. En outre et surtout, le champ d'application du texte est ici bien plus restreint, car seuls les « petits professionnels » peuvent invoquer ce texte en plus des consommateurs.

Il faut néanmoins souligner qu'un autre dispositif peut être invoqué par les parties. Tous les contrats, même négociés, peuvent être contrôlés sur le fondement de la disposition très générale 6 :248 *BW*, qui permet de déclarer inapplicable une clause qui serait contraire au standard de raison et d'équité. Le pouvoir judiciaire apparaît donc assez important, mais là encore les juges néerlandais en usent avec prudence²⁶.

19. Quelques ajustements sont prévus pour les contrats entre professionnels d'une part, et pour les contrats de consommation d'autre part : § 310 *BGB*. Pour une traduction, v. G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon et C. Witz, *Code civil allemand, Traduction commentée*, Dalloz, 2010.

20. § 305 *BGB*. V. F. Kutscher-Puis, « Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux », *CCC* 2015, étude 7.

21. § 305 *BGB*, qui précise à la fin du premier alinéa, que les clauses négociées au cas par cas n'entrent pas dans le champ de la loi.

22. F. Kutscher-Puis, « Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux », préc.

23. G. Mäsch, « Un survol du régime du contrat d'adhésion en droit allemand », *RDC* 2019, p. 119

24. F. Kutscher-Puis, « Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux », préc.

25. Une clause sera considérée comme appartenant à la catégorie des conditions générales si, d'une part, elle a été rédigée en vue d'être insérée dans une multitude de contrats, et si, d'autre part, elle ne constitue pas l'un des éléments essentiels du contrat (par exemple, le prix est en principe exclu). Ainsi, l'absence de négociation n'entre pas dans la définition des conditions générales (MvA I, Parl. Gesch. *BW Inv.* 3, 5 en 6 Boek 6, p. 1564).

26. V. par ex. DSC, 19 mai 1967, *Saladin v. HBU*, NJ 1967/261 : les juges tiennent compte d'un faisceau d'indices : connaissance de la clause par le contractant, circonstances de la conclusion du contrat, éventuellement gravité de la faute, etc.

21. Cette approche modérée semble partagée par le droit anglais. Le contrôle des clauses abusives y est principalement régi par des règles jurisprudentielles²⁷. Dans ce cadre, les juges exercent un contrôle *a minima*, car ils considèrent que lorsque les parties « ne présentent pas de pouvoirs de négociation inégaux », il faut « laisser les parties libres de partager les risques comme elles le souhaitent et de respecter leurs décisions »²⁸. En revanche, le pouvoir législatif est intervenu lorsqu'il a identifié un besoin de protection particulier. Aux côtés du *Consumer Rights Act 2015* qui régleme désormais les contrats de consommation²⁹, le *Unfair Contract Terms 1977* a une portée plus générale. Curieusement, il faut tout de même noter que son titre est trompeur : ce texte ne traite pas de toutes les clauses abusives, mais seulement des clauses exclusives et limitatives de responsabilité. Pour ces clauses, la loi prévoit une disposition générale (Section 3), qui s'applique aux clauses contenues dans des conditions générales. Initialement, le champ de ce texte ne tenait pas compte de la qualité du cocontractant, dès lors que la clause litigieuse se trouvait dans des conditions générales. Les contrats de consommation étant désormais exclusivement régis par le *CRA 2015*, le champ d'application du *UCTA 1977* a été réduit. La notion de négociation n'apparaît pas au stade du domaine de la disposition, mais plus tard, dans le faisceau d'indices que le juge est invité à prendre en compte pour déterminer si la clause est *reasonable* (Section 11). Lorsque la relation est équilibrée, la jurisprudence considère que les

parties sont les meilleurs juges du caractère juste et raisonnable des termes du contrat. Ainsi, là encore, bien qu'une référence soit faite aux conditions générales, l'interprétation qui en est retenue par la jurisprudence permet véritablement de tenir compte de la marge de négociation des parties.

22. Au sein de cette classification, où placer le droit français, depuis qu'il est doté de l'article 1171 dans son Code civil ? On l'aura compris, cette disposition n'aura qu'assez rarement l'occasion d'être mise en œuvre, tant en raison des droits spéciaux qui l'entourent, que de la définition restreinte de son champ d'application. Pour l'instant, le déséquilibre structurel entre les parties sert de boussole pour la mise en jeu du contrôle des clauses, laissant les contrats négociés hors de portée³⁰, au même titre que le droit anglais. Dès lors, le droit français devrait accroître, ou du moins conserver son attractivité, car les éléments permettant de maintenir la confiance avec les opérateurs économiques semblent réunis. Ce constat ne peut être établi qu'à la double condition que le domaine de l'article L. 442-1 du Code de commerce ne soit pas encore élargi (comme en Belgique), et que les juges adoptent une appréciation mesurée de la négociabilité des clauses prévue à l'article 1171 du Code civil (contrairement à l'Allemagne). Ces deux exemples indiquent les écueils à éviter, pour maintenir un équilibre entre justice contractuelle et sécurité juridique, et ainsi contribuer au rayonnement du droit français.

27. H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers et S. Vogenauer, *Contract Law*, 3^e éd., Hart Publishing, 2019, p. 813 et s.

28. *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, spéc. p. 843 (Lord Wilberforce).

29. Le *Consumer Act Rights 2015* remplace la loi de transposition de la directive du 5 avril 1993.

30. Excepté les contrats de consommation, pour lesquels l'existence d'une négociation n'a pas de prise sur l'application de l'article L. 212-1 C. conso. Pour un exemple récent : Civ. 1^{re}, 11 déc. 2019, n° 18-21.164.

Un article, une matière

L'ex-article 1382 du Code civil et le droit de la responsabilité civile Requiem pour une disposition méconnue

Jean-Sébastien Borghetti
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

L'auteur de ces lignes, qui a eu l'honneur de contribuer au premier numéro de la *Revue de droit d'Assas*, et à plusieurs de ceux qui ont suivi¹, ne peut que se réjouir d'être associé à son dixième anniversaire. Il fallait l'audace et l'énergie communicative de Denis Mazeaud pour lancer un tel projet, mais celui-ci ne se serait pas inscrit dans la durée et n'aurait pas connu un tel succès sans le travail, parfois ingrat, de tous les étudiants qui l'ont porté jusqu'aujourd'hui, sachant prendre et passer le relais. Le moindre de leurs mérites n'est pas d'avoir offert aux auteurs un espace où s'exprimer avec une plus grande liberté de ton comme de style et d'avoir su perpétuer l'esprit potache, dans le meilleur sens du terme². Un grand merci et un grand bravo à eux tous !

La gratitude prenant parfois des formes déroutantes, nous avons choisi d'exprimer la nôtre en composant un modeste requiem. Comme l'indique l'intitulé de cette contribution, il n'y a heureusement pas mort d'homme, puisqu'il s'agit simplement d'évoquer l'ancien article 1382 du Code civil, devenu récemment

l'article 1240 du même code. Olivier Descamps avait pu comparer pertinemment il y a quelques années l'article 1382 au roseau de la fable de La Fontaine, qui plie mais ne rompt pas³. C'était sans compter sur le vent du « progrès », qui est bien parti pour l'arracher. Nul n'ignore en effet que l'article 1382/1240 a été condamné à mort par le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017. La condamnation est, il est vrai, pour le moment comme suspendue, dans l'attente d'une ratification par un Parlement qu'accaparent d'autres tâches plus urgentes. Quelle que doive être la durée de cette suspension, cependant (et elle pourrait être fort longue !), il est pratiquement certain que la condamnation finira par être confirmée et exécutée. Des juristes ont beau proclamer leur attachement à l'ancien article 1382, comme cela a par exemple été le cas lors de son changement de numérotation en 2016, il est évident que la lettre de ce texte ne survivra pas à une réforme du droit de la responsabilité.

Des esprits chagrins diront que notre époque ayant pris en haine tout ce qui relève de la culture

1. Nous sommes particulièrement fier de notre contribution « prophétique » au n° 3 : « S'affranchir du modèle familial traditionnel », *RDA* 2011, n° 3, p. 93 !
2. C'est particulièrement vrai de la rubrique « Variétés ».
3. O. Descamps, « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits* 2008/1, n° 47, p. 23.

dite classique, forcément patriarcale, elle ne saurait tolérer plus longtemps la beauté de la langue de l'article 1382, dont l'élégance a de surcroît le tort de souligner crûment la médiocrité du style législatif contemporain. La raison fondamentale de la disparition inéluctable de l'article 1382 (ou de son épigone, l'article 1240) se trouve cependant ailleurs et tient au fait que plus grand monde ne le lit, ni ne le comprend.

Notre lecteur pourrait à ce stade se sentir offensé. Quoi, il ne comprendrait pas l'article 1382 !? Il ne saurait donc pas lire le français ? Rassure-toi, ami lecteur, je ne te prends pas pour un analphabète. Mais relis, je te prie, le texte de l'article, et dis-moi s'il te paraît limpide : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». La phrase est belle, très belle même, mais que dit-elle vraiment ?

Bien sûr, nous savons tous ce que deux siècles de doctrine *font dire* à ce texte et qui pourrait s'exprimer comme suit : celui qui cause un dommage par sa faute doit le réparer. C'est le fameux principe général de responsabilité pour faute, appelé encore parfois clause générale de responsabilité. C'est ce principe qu'entend codifier le projet de réforme de la responsabilité civile, à l'article 1241 : « On est responsable du dommage causé par sa faute ». Si le choix de recourir en début de phrase au pronom « on » n'est pas des plus heureux, du moins le texte proposé a-t-il le mérite d'être clair et dépourvu d'ambiguïté. Or, tel n'est pas le cas de l'article 1382⁴. Il suffit en effet de prêter un peu attention à ses termes et à son contexte pour se rendre compte de son ambiguïté.

L'étonnant est cependant que cette ambiguïté ne soit jamais évoquée. Tout le monde cite et évoque l'article 1382 comme si son sens était obvie. Le phénomène n'est d'ailleurs pas nouveau, puisque le texte de ce qui allait devenir l'article 1382 a été adopté sans discussion par le Conseil d'État et le Corps législatif⁵. Il est vrai que les commentateurs du XIX^e, fidèles en cela à la réputation de l'École de l'exégèse, s'intéressèrent en général aux termes de l'article, et notamment au sens des mots « fait » et « faute »⁶. Ils ne cherchèrent toutefois pas toujours à lever toutes les ambiguïtés du texte⁷. Et au fur et à mesure que le temps a passé, les auteurs se sont de moins en moins intéressés à la lettre de l'article 1382⁸. Les frères Mazeaud sont sans doute les derniers à avoir consacré des développements d'une certaine importance à celle-ci⁹. Les manuels les plus contemporains, parachevant une tendance déjà sensible au XIX^e, consacrent le plus souvent de longs développements à la faute et à ses différents visages, mais c'est à peine s'ils citent le texte de l'article 1382¹⁰. Toujours évoquée, cette disposition paraît n'être jamais lue, ou du moins rarement. Comme si son sens allait de soi.

Tel n'est pourtant pas le cas ; du moins pour l'auteur de ces lignes. Se pourrait-il que celui-ci soit le seul à n'être pas sûr du sens de l'article 1382, et que tous les autres lecteurs du texte, le trouvant parfaitement clair, n'aient jamais éprouvé le besoin d'en analyser les termes ? Pourquoi pas. Après tout, ce ne serait pas la première fois que l'intéressé ne comprendrait pas quelque chose dont les autres ont d'emblée l'intelligence. En l'espèce, cependant, nous avons la présomption de croire que nous ne

-
4. Ni même de certains des textes proposés pour le remplacer. Sur l'ambiguïté de l'article 1352 du projet Catala, v. J.-S. Borghetti, « La définition de la faute dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in J. Cartwright, S. Vogenauer et S. Whittaker (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2010, p. 295, spéc. p. 311.
 5. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1827, p. 455 et 491.
 6. V. p. ex. C. B. M. Toullier, *Le Droit civil français, suivant l'ordre du code*, t. 11, 1824, n° 116 et s. ; C. Demolombe, *Traité des engagements qui se forment sans convention. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, 1882, n° 464 et s.
 7. Notamment celle qui porte le sens des pronoms employés dans le texte, sur laquelle v. *infra*.
 8. Déjà, en 1872, Sourdat ne paraît plus s'intéresser à la lettre de l'article 1382 : A. Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 2^e éd., t. 1, 1872.
 9. V. not. H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1^{er}, 6^e éd., 1965, n° 42 et s.
 10. Dans son ouvrage de 590 pages consacré aux sources de la responsabilité, René Savatier réalise ainsi, sauf erreur, le tour de force de ne pas citer le texte de l'article 1382 : *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 1 : *Les Sources de la responsabilité*, 2^e éd., 1951 (réimpr. 2016).

sommes pas seul concerné par ce problème de compréhension. Indépendamment du fait qu'il doit bien se trouver quelque part, sinon parmi les lecteurs de cette revue (dont le choix des lectures témoigne à lui seul d'une intelligence supérieure à la moyenne), du moins sur le banc le plus reculé d'un amphithéâtre de deuxième année, un esprit malade ou tourmenté qui s'interroge lui aussi sur ce texte, le silence quasi complet de la doctrine récente sur les termes de l'article 1382 a tout de même quelque chose de troublant. Certes, deux siècles d'application jurisprudentielle du droit des obligations ont créé une distance entre le code et la règle, dont il résulte que l'on s'intéresse plus souvent à la formulation prétorienne ou doctrinale de celle-ci, qu'à la lettre de la disposition législative qui la fonde¹¹. Il n'empêche que les articles les plus célèbres du code ont en général l'honneur de leur lettre analysée, fût-ce superficiellement. Tout le monde connaît la glose de l'article 544 du Code civil par Carbonnier¹². Et la notion de « loi » à l'article 1134 (désormais 1103) est régulièrement discutée. Or, qui s'intéresse aux termes de l'article 1382 ? À notre connaissance, personne, du moins depuis fort longtemps.

Cela nous paraît être le signe d'un certain embarras. On peut cependant y aussi une forme de pragmatisme. Pourquoi s'embarrasser de la lettre de l'article 1382, puisqu'est clair le sens de la règle que l'on tire de ce texte, ou du moins que l'on y rattache ? À quoi bon faire l'exégèse d'un texte bicentenaire, quand c'est le principe de responsabilité pour faute qui seul importe ?

À cela, nous répondons que chacun a droit à ses moulins à vent. Et puis il y a la reconnaissance. L'article 1382 s'apprête à nous quitter, après a bien mérité du droit français. À défaut d'être réellement analysé, il est sans doute l'un des articles du code auquel il est le plus souvent fait référence. Une recherche sommaire sur le site internet *Legifrance* renvoie ainsi à 32 318 décisions (au 6 février 2020) lorsque l'on entre « article 1382 du Code civil » dans le moteur de recherche. C'est moins que les 60 880 décisions annoncées pour l'ancien article 1134, mais beaucoup plus que les 1 962 décisions associées à

l'article 544 ou même les 17 603 décisions rattachées à l'ancien article 1147. Et qui pourrait compter le nombre de fois où, depuis deux siècles, les professeurs, avocats, étudiants et juristes de tout poil ont invoqué l'article 1382, à tort ou à raison, à temps et à contretemps ? Lorsque l'on a aussi bien servi, et à la veille de tirer sa révérence, peut-être mérite-t-on de recevoir un peu d'attention.

L'article 1382 nous fait penser à ces vieilles dames que l'on a toujours connues et qui paraissent n'avoir jamais changé, comme si elles étaient nées grands-mères, qui ont toujours fait preuve d'un dévouement exemplaire, servant et écoutant leur prochain sans jamais parler d'elles ni se plaindre, et dont on s'avise, à la veille de leur mort, qu'elles ont vécu elles aussi, grandi, aimé et souffert, que leur vie ne se réduit pas à ce que nous avons connu ou reçu d'elles, et qu'elles mériteraient que l'on se mette à leur écoute.

Peut-être parce que nous pensons à ces vieilles dames que nous avons connues, mais auxquelles nous n'avons pas su faire assez attention, nous voudrions nous pencher ici sur le texte même de l'article 1382, et nous demander ce qu'il a à dire (I). Comme il se doit pour une vieille dame née il y a plus d'un siècle, cependant, sa voix est devenue bien faible, et notre oreille, qui n'a plus la fraîcheur et l'innocence de celle d'un enfant, n'est sans doute pas assez fine pour tout entendre. Il nous semble néanmoins discerner une référence à la faute intentionnelle, qui est d'autant plus intéressante que ce type de faute est aujourd'hui largement ignoré en matière délictuelle. À la veille de franchir l'Achéron, l'article 1382 veut-il nous rendre un ultime service en attirant notre attention sur un angle mort du projet de réforme de la responsabilité civile ? (II)

I. Que dit l'article 1382 ?

S'il est permis de s'interroger sur le sens de l'article 1382, c'est que sa syntaxe comme le vocabulaire qu'il emploie sont source d'ambiguïté. Un examen de la lettre de cette illustre disposition permet de s'en convaincre :

11. La récente réforme du droit des contrats a bien évidemment changé les choses, comme en témoignent les excellents commentaires article par article du nouveau droit.

12. J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, 2004, n° 730.

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

La première question qui vient à l'esprit, ou du moins au nôtre, est relative aux deux pronoms « il » et « le ». À quoi renvoient-ils ? Si l'on trouve quatre mots masculins dans la partie de la phrase qui les précède, seuls deux d'entre eux paraissent pouvoir être le ou les antécédents de ces pronoms : « fait » et « dommage ». À supposer que les deux pronoms renvoient au même antécédent, le plus probable est qu'il s'agisse du dommage, l'action de réparer s'appliquant d'ordinaire au dommage plutôt qu'à la faute. L'hypothèse d'un renvoi au fait ne peut toutefois être totalement exclue, puisque, lors des débats relatifs aux textes qui allaient devenir les articles 1382 et suivants, Bertrand de Greuille a pu parler de « réparation de la faute » (et non du dommage)¹³. Par ailleurs, d'un strict point de vue grammatical, le pronom sujet de la relative « par la faute duquel il est arrivé » devrait renvoyer au sujet de la principale (le fait) plutôt qu'à l'objet de celle-ci (le dommage). Si les rédacteurs avaient voulu renvoyer au dommage arrivé par la faute d'un homme, il aurait donc été plus correct de parler de « celui par la faute duquel celui-ci est arrivé ». L'argument grammatical a cependant une valeur très relative. Non seulement les règles de grammaire étaient sans doute moins strictes à l'époque qu'elles ne le sont devenues au cours du XIX^e, mais les rédacteurs peuvent aussi avoir voulu éviter la quasi-juxtaposition de « celui » et de « celui-ci », assurément peu élégante. La question de l'antécédent des pronoms est d'autant plus délicate qu'il n'est pas non plus exclu, surtout si la rigueur grammaticale n'était pas le premier souci des rédacteurs du texte, que « il » et « le » aient des antécédents différents, auquel cas le pronom sujet renvoie très certainement au fait et le pronom objet au dommage.

Pour résumer, et si l'on combine les différentes hypothèses qui viennent d'être évoquées, trois interprétations de l'article 1382 sont envisageables. Ce texte peut vouloir dire :

1. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce fait est arrivé, à réparer ce fait ;
2. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce fait est arrivé, à réparer ce dommage ;
3. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce dommage est arrivé, à réparer ce dommage.

De ces trois interprétations, la première nous paraît la moins vraisemblable. Même s'il ne fait guère de doute que le fait dont il est question au début de l'article 1382 correspond à une faute¹⁴, parler de réparer un fait est encore plus surprenant que de parler de réparer une faute. En outre, si les auteurs avaient voulu parler de la réparation de la faute, il eût été plus simple d'écrire « oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer ». Restent donc deux interprétations.

La n° 2 est surprenante en ce qu'elle revient de prime abord à ajouter un élément aux conditions traditionnelles de la responsabilité, en insérant pour ainsi dire le fait entre la faute et le dommage. L'idée est intéressante, car le fait est (si l'on ose dire !) que la faute ne cause pas toujours directement le dommage, mais qu'elle est parfois à l'origine d'un fait intermédiaire, qui est lui-même la cause directe du dommage. C'est par exemple le cas lorsqu'une faute est à l'origine du fait d'une chose, ou encore d'une inexécution contractuelle qui est elle-même cause d'un dommage consécutif. Ainsi interprété, l'article 1382 inciterait donc à distinguer la faute du fait dommageable. Cette distinction ne semble toutefois pas se trouver, ou en tout cas pas clairement, chez les auteurs qui ont inspiré le Code civil. Elle ne paraît pas non plus avoir été évoquée dans les travaux préparatoires du code. De plus, les articles 1383 et 1384 suggèrent que « fait » doit s'entendre non pas de tout fait, même non fautif ou non précédé d'une faute, mais bien plutôt d'un fait fautif, et même d'une faute intentionnelle¹⁵. Si l'on s'en tient aux intentions des rédacteurs et du législateur, on ne peut donc pas interpréter l'article 1382 comme distinguant

13. J. Bertrand de Greuille, « Communication officielle au Tribunal », in P.-A. Fenet, *op. cit.*, p. 475 : « c'est cette faute, qu'on appelle en droit *quasi-délict*, dont il doit réparation ».

14. V. *infra*.

15. V. *infra*.

clairement et chronologiquement la faute et le fait (dommageable).

Une interprétation légèrement différente et plus convaincante est cependant possible, qui verrait dans le fait l'acte dommageable, envisagé dans sa matérialité, et dans la faute l'état d'esprit de l'auteur de l'acte, ce que les juristes français ont appelé par la suite l'imputabilité. C'est l'interprétation que semble retenir notamment Demolombe¹⁶. Elle correspondrait à la manière dont la responsabilité pour faute était parfois conceptualisée à l'époque de l'élaboration du Code civil¹⁷ et se retrouve notamment dans le BGB allemand. Au § 823, alinéa 1^{er}, celui-ci envisage clairement la faute (correspondant à l'intention ou à la négligence) comme se rapportant au seul état d'esprit de l'auteur du dommage, lorsqu'il énonce : « Quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à réparer le préjudice qui en résulte »¹⁸.

Cette interprétation est séduisante, mais elle se heurte au constat que, à l'article 1383, le fait est mis sur le même plan que la négligence et l'imprudance¹⁹. Or, si le fait renvoyait au fait dommageable et la faute à l'état d'esprit de l'auteur, c'est la faute qui devrait être rapprochée de la négligence et de l'imprudance, puisque, dans une telle approche, celles-ci renverraient à l'état d'esprit de l'auteur de l'acte²⁰. Accessoirement, les travaux préparatoires ne font référence ni à la distinction du fait dommageable et de la faute, entendue au sens d'imputabilité, ni à la distinction, pourtant classique, de l'illicéité et de la faute, qui implique que la faute renvoie à l'état d'esprit de l'auteur du dommage plutôt qu'à l'acte dommageable²¹. L'interprétation n° 2 ne paraît donc pas pouvoir être retenue, quelle que soit la variante considérée.

L'interprétation n° 3 de l'article 1382 est celle qui pose le moins problème, du point de vue grammatical comme du point de vue du sens du texte. C'est sans doute celle qu'adoptent spontanément ceux qui prennent la peine de lire vraiment l'article, ce qui expliquerait que celui-ci ne leur pose guère de difficulté. Grammaticalement, cette interprétation a pour elle que le mot « dommage » est beaucoup plus proche des deux pronoms que le mot « fait », qui se trouve au tout début de la phrase ; il est donc plus probable que « il » et « le » renvoient à celui-là plutôt qu'à celui-ci. C'est aussi l'interprétation qui confère à l'article 1382 le sens le plus simple, puisqu'elle n'impose pas de distinguer le fait et la faute.

Si l'on adopte cette interprétation – la plus convaincante –, l'article 1382 devrait donc se lire : tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce dommage est arrivé, à réparer ce dommage. Cette interprétation fait toutefois surgir de nouvelles questions, qui tiennent à l'emploi du mot « fait ».

La première est de savoir si le fait évoqué au début de l'article est autre chose qu'une faute. Quoi qu'aient pu suggérer certains auteurs de la fin du XIX^e et du début du XX^e²², une réponse négative s'impose. Il semble en effet à peu près certain que le fait de l'article 1382 ne peut que renvoyer à une faute. On comprendrait mal, tout d'abord, que le fait soit distinct de la faute évoquée juste après, ce qui reviendrait à exiger deux causes au dommage : le fait et la faute. De plus, tous les textes qui ont pu servir d'inspiration à l'article 1382 parlent de responsabilité pour faute²³. Il existait assurément des cas de responsabilité sans faute avant le Code civil, mais personne ne paraît jamais avoir suggéré avant 1804 qu'il pourrait exister un principe général de res-

16. C. Demolombe, *op. cit.*, n° 468 : « Il faut donc que le fait matériel soit le résultat d'une *faute*. C'est-à-dire qu'il faut, en outre, cette seconde condition, à laquelle nous allons arriver : la *faute*, l'imputabilité. Cela est d'évidence ! »

17. V. B. Winiger, *La Responsabilité aquilienne au XIX^e siècle. Damnum iniuria et culpa datum*, 2009, not. p. 75.

18. Traduction reprise de R. Legeais et al., *Code civil allemand, traduction commentée*, 2010.

19. *infra*.

20. Cela étant, on ne peut exclure que les rédacteurs de l'article 1382 aient lu dans ce texte une distinction du fait dommage.

21. V. not. le constat de B. Winiger, *op. cit.*, p. 85 et s.

22. V. sur ce point R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. III, 1923, n° 291-292.

23. V. les textes cités par O. Descamps, *Les Origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, p. 437 et s. ; B. Winiger, *op. cit.*, p. 81 et s. Ces deux auteurs, dans leurs études très fouillées sur la responsabilité délictuelle dans le Code civil et son origine, n'émettent par ailleurs aucun doute sur le fait que l'article 1382 pose un principe de responsabilité pour faute.

ponsabilité sans faute, purement causale. Les travaux préparatoires du code attestent en outre qu'il était évident pour toutes les personnes concernées que le code posait un principe général de responsabilité pour faute²⁴, ce que confirment tous les premiers commentateurs du code²⁵ ainsi les auteurs contemporains qui se sont intéressés de près aux articles 1382 et suivants et à leur origine²⁶.

Le fait de l'article 1382 est donc nécessairement une faute. Mais pourquoi, alors, parler de fait et non de faute ? Ce recours au mot fait est doublement surprenant et il est singulier qu'il n'ait pas, à notre connaissance, plus retenu l'attention des auteurs contemporains. La première cause de surprise est que l'emploi de « fait » pour « faute » ne paraît pas refléter un usage courant à l'époque du code ou avant celle-ci, d'autant que rien n'indique que le mot « fait » ait eu au début du XIX^e un sens plus étroit qu'aujourd'hui²⁷. Les différents projets de Code civil qui se sont succédé avant 1804 parlent ainsi tous de faute, lorsqu'il est question de responsabilité²⁸. Un second motif d'étonnement est que le mot « fait » se retrouve aux deux articles suivants. L'article 1383 dispose ainsi : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son *fait* [nous soulignons], mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Et l'article 1384, alinéa 1^{er}, énonce : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre *fait* [nous soulignons], mais encore de celui qui est causé

par le *fait* [nous soulignons] des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». Là encore, il paraît évident que le mot « fait » ne renvoie pas à n'importe quel fait, au sens ordinaire du terme, mais bien à une faute. Cela se déduit notamment des travaux préparatoires du Code civil ainsi que du rapport existant entre l'article 1382 et les deux articles qui suivent.

L'usage surprenant du mot « fait » pour désigner la faute est très certainement inspiré de Domat²⁹. L'illustre auteur écrit dans ses *Lois civiles dans leur ordre naturel* : « Toutes les pertes, et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit sçavoir, ou autres fautes semblables, si legeres qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence, ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'auroit pas eu intention de nuire. Ainsi celui qui jouant imprudemment au mail dans un lieu où il pouvoit y avoir du péril pour les passans, vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il aura causé »³⁰. Non seulement ce texte constitue pratiquement la première formulation d'un principe général de responsabilité pour faute par un auteur français³¹, mais il paraît avoir directement influencé la rédaction de l'article 1382³². La structure redondante de cette disposition, qui parle du fait qui cause le dommage, puis de la faute à l'origine du dommage, reflète celle de la première phrase de l'extrait de Domat qui vient d'être cité³³. De plus, on retrouve chez Domat

24. V. P.-A. Fenet, *op. cit.*, p. 450 et s.; v. not. les propos de Bertrand de Greuille, dans sa communication officielle au Tribunal (p. 474) : « Partout où [la loi] aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer; et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait ».

25. V. not. C. Demolombe, *loc. cit.*; C. B. M. Toullier, *op. cit.*, n° 118, qui relève cependant que « les premières expressions de cet article, trop générales en apparence, sont sagement limitées par la disposition finale, qui n'oblige à réparer du dommage que celui causé par la faute duquel il est arrivé ».

26. V. not. O. Descamps, *op. cit.* et B. Winiger, *op. cit.*

27. Le Dictionnaire de l'Académie française de 1835 définit ainsi le fait comme « action, chose faite, ce qu'on fait, ce qu'on a fait ».

28. V. O. Descamps, *op. cit.*, p. 437 et s.

29. Sur l'hypothèse d'une influence de Grotius, v. O. Descamps, « L'Esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *Droits* 2005/1, n° 45, p. 91, spéc. p. 98.

30. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd., t. II, 1697, p. 131.

31. Le professeur Descamps signale que l'on trouve déjà l'énoncé d'un principe général de responsabilité pour faute dans un coutumier privé, rédigé vraisemblablement à la charnière du XIV^e et du XV^e par un juriste poitevin, le *Livre des droiz et commandemens d'office de justice* : v. O. Descamps, « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la Justice* 2009/1, n° 19, p. 291, spéc. p. 298.

32. V. not. en ce sens O. Descamps, « L'Esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *préc.*, p. 99.

33. Ce faisant, elle contraste notamment avec la formulation beaucoup plus simple du principe de responsabilité pour faute que l'on trouve dans les divers projets de Code civil.

l'usage du mot « fait » dans le sens de faute, puisque le « fait de quelque personne » y est défini comme « imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables ».

Il convient cependant de prendre garde que si Domat a très certainement inspiré le texte de l'article 1382, et en particulier le choix de recourir au mot « fait », il ne s'ensuit pas que ce mot ait exactement le même sens chez Domat et dans le code. Comme on vient de le voir, en effet, le fait correspond chez Domat à la faute, quelle qu'elle soit³⁴. Or, la mise en rapport de l'article 1382 avec l'article 1383 suggère que le fait visé dans l'un et l'autre texte n'est pas n'importe quelle faute, mais la faute intentionnelle. En effet, l'article 1383, qui raisonne *a fortiori*, oppose le fait, d'une part, à la négligence et à l'imprudence, d'autre part. Le fait est donc quelque chose de plus grave que la négligence ou l'imprudence; et puisque celles-ci sont déjà des fautes, mais des fautes non intentionnelles, il faut en déduire que le fait de l'article 1382 et de l'article 1383 correspond à la faute intentionnelle³⁵.

Cette interprétation, qui n'est certes pas nouvelle³⁶, est corroborée par l'intitulé du chapitre dans lequel étaient insérés les articles 1382 à 1386 : *des Délits et Quasi-délits*. Il n'est pas discuté que, pour les auteurs du Code civil³⁷, héritiers sur ce point de Pothier³⁸, le délit civil correspond à la faute intentionnelle, et le quasi-délit à la faute non intentionnelle³⁹. Le code se démarque sur ce point de Domat, pour qui le délit relève du droit pénal et qui n'envisage dans les *Lois civiles*, et en particulier dans le passage

cité plus haut, que les « dommages causez par des fautes qui ne vont pas à un crime, ni à un délit ». Les auteurs du code se sont donc inspirés de Domat pour rédiger l'article 1382, mais ils ont changé le sens que ce dernier donnait au mot « fait » : alors que celui-ci désignait pour l'auteur clermontois toute faute (civile), il ne désigne plus à l'article 1382 que la faute intentionnelle. Cela permet du même coup de créer un balancement entre les articles 1382 et 1383, qui fait écho à l'intitulé du chapitre⁴⁰ : l'article 1382 correspond en effet à la responsabilité pour faute intentionnelle, c'est-à-dire au délit civil, au sens que donnent à ce mot Pothier et les auteurs du code; tandis que l'article 1383 correspond à la faute non intentionnelle, c'est-à-dire au quasi-délit civil⁴¹.

En définitive, et si l'on veut éviter les ambiguïtés qui résultent à l'article 1382 de l'usage du mot « fait » et des pronoms « il » et « le », il semble donc possible de reformuler cette disposition comme suit : toute faute intentionnelle de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel ce dommage est arrivé, à réparer ce dommage.

Le peu d'originalité de notre conclusion pourra faire douter de l'intérêt de notre enquête. En nous penchant sur les termes précis de l'article 1382, cependant, nous n'avions pas la naïveté de prétendre ou espérer découvrir des choses qui seraient demeurées cachées depuis 1804. Notre intention était simplement de prendre au sérieux les termes de l'article 1382 et de tenter d'en dissiper les ambiguïtés, sans prendre pour argent comptant ce que la doctrine dit d'ordinaire de ce texte. Modeste Thomas du

34. V. en ce sens O. Descamps, « La responsabilité dans le Code civil », préc., p. 302.

35. V. déjà en ce sens H. Lalou, *La Responsabilité civile*, 2^e éd., 1932, n° 124; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *op. cit.*, n° 47.

36. V. not. H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *loc. cit.*

37. V. not. Bertrand de Greuille, *loc. cit.*

38. R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, 1770, t. 1, n° 116 : « On appelle *délit* le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre. Le *quasi-délit* est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre ».

39. V. not. E. Descheemaeker, « La dualité des torts en droit français. Délits, quasi-délits et la notion de faute », *RTD civ.* 2010, p. 435, spéc. p. 440 et s.

40. Il faut souligner que le parallélisme entre l'intitulé du chapitre et les deux articles 1382 et 1383 s'est trouvé encore accentué par la suppression, lors de l'élaboration du code, des deux articles qui figuraient initialement entre les futurs articles 1382 et 1383 et reprenaient l'ancienne action *de effusis et dejectis*.

41. V. not. en ce sens O. Descamps, « La responsabilité dans le Code civil », art. préc., p. 302; « L'Esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », préc., p. 100. Le fait que les articles 1382 et 1383 renverraient respectivement au délit et au quasi-délit est contesté notamment par H. Lalou, *op. cit.*, n° 10, au motif principalement que le droit romain ne faisait pas de la faute intentionnelle le critère du délit. La remarque est pertinente mais, comme le montre E. Descheemaeker, préc., p. 436 et s.

droit, nous avons besoin d'avoir le cœur net sur le sens de cet article et de juger par nous-même. Par-delà le bénéfice intime que nous avons pu tirer de cette thérapie exégétique, ce retour à la lettre du texte a le mérite de mettre en lumière la figure de la faute intentionnelle. Or, celle-ci paraît aujourd'hui presque ignorée, sinon oubliée.

II. Où est passée la faute intentionnelle ?

Par un paradoxe singulier, la faute intentionnelle, qui est donc spécifiquement visée par l'article 1382 du Code civil, se trouve aujourd'hui très largement ignorée par le droit de la responsabilité délictuelle. Si cette faute retient encore l'attention en matière contractuelle, en raison de ses effets sur les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, elle n'est pratiquement pas évoquée lorsqu'il est question de responsabilité délictuelle, sinon pour signaler qu'elle tient l'assurance de responsabilité en échec. Il y a 70 ans, déjà, Albert Rabut réussissait le tour de force de consacrer une thèse entière à la notion de faute civile en ne mentionnant qu'une seule fois la faute intentionnelle, à propos des limitations de responsabilité en matière contractuelle⁴². Plus près de nous, dans le maître ouvrage de Philippe le Tourneau sur le droit de la responsabilité, l'index renvoie à « dol » à propos de la faute intentionnelle, et tous les passages auxquels il est renvoyé à propos du dol concernent la responsabilité contractuelle⁴³. Le traité rédigé par Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval consacre quant à lui des développements assez importants à la faute intentionnelle⁴⁴, mais ils sont tous en relation avec le droit des contrats ou le droit des assurances, et la question de la définition de la faute intentionnelle, si elle est traitée

de manière approfondie, n'est envisagée que dans ces deux contextes spécifiques, et pas dans le cadre de la responsabilité « ordinaire » pour faute délictuelle.

Plusieurs raisons expliquent ce désintérêt pour la faute intentionnelle en matière délictuelle. La première tient au fait que le caractère intentionnel de la faute est en théorie sans incidence sur la responsabilité délictuelle. La faute simple ou non intentionnelle suffit à engager cette responsabilité⁴⁵, comme l'indique l'article 1383 du Code civil, et la gravité de la faute est en principe sans incidence sur l'étendue de la réparation (même s'il est probable que, en pratique, le caractère intentionnel de la faute incite le juge à se montrer plus souple dans l'appréciation du lien de causalité ou plus généreux dans l'appréciation des dommages et intérêts⁴⁶). La seconde raison tient à l'objectivation de la faute délictuelle, qui s'est opérée par étapes jusqu'en 1984, consacrant une conception de la faute privée de toute condition d'imputabilité subjective⁴⁷. Dès lors qu'une faute existe indépendamment de la faculté de discernement et de l'état d'esprit de son auteur, peu importe, semble-t-il, qu'elle traduise de surcroît une intention maligne.

Indépendamment même de cette objectivation de la faute, l'occultation de la faute intentionnelle en matière délictuelle est aussi le résultat de l'approche la plus communément adoptée de l'élément matériel de la faute, conçu comme la violation d'une norme⁴⁸. En effet, si l'on définit la faute ainsi, l'état d'esprit avec lequel la norme a été violée ne mérite pas que l'on s'y attarde. Sans doute faut-il vérifier que le sujet avait bien conscience de ses actes, si l'on tient à conserver l'élément moral de la faute, mais la circonstance que la violation ait été intentionnelle ou simplement négligente est quant à elle sans incidence. Dans cette approche de la faute, l'existence

42. A. Rabut, *La Notion de faute en droit privé*, 1948. C'est du moins ce qui ressort de l'index de l'ouvrage, où ce seul passage est associé au *v*^o faute intentionnelle.

43. Ph. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 11^e éd., 2017.

44. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les Conditions de la responsabilité*, 4^e éd., 2013, n^o 602 à 604, 618 à 626-2 et *passim*.

45. Ce qu'exprime très clairement Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^e éd., 2018, n^o 318.

46. V. not. en ce sens l'étude de M. Bourrié-Quenillet, *L'indemnisation des proches d'une victime décédée accidentellement. Étude d'informatique judiciaire*, thèse dactyl., Montpellier, 1983, spéc. p. 100.

47. Sur l'évolution ayant conduit à l'objectivation totale de la faute, v. not. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n^o 578.

48. Cette approche se manifeste déjà dans la définition bien connue que Planiol donnait de la faute comme la violation d'une obligation préexistante : v. not. M. Planiol, « Études sur la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1905, p. 277, spéc. p. 287. Elle a été reprise par la plupart des auteurs ; v. p. ex., de manière particulièrement nette, A. Rabut, *op. cit.*

d'une intention, qu'elle porte sur l'acte lui-même ou sur ses conséquences, est effectivement sans intérêt, puisqu'elle vient s'ajouter à un élément, la violation (le cas échéant consciente) de la norme, qui suffit à lui seul à caractériser la faute⁴⁹.

Raisonnement ainsi suppose toutefois que l'on considère implicitement la faute intentionnelle comme l'addition d'une faute simple (définie comme la violation [consciente] d'une norme) et d'une intention (de nuire ou de fauter). Or, il s'agit là d'une conception réductrice de la faute intentionnelle. Il n'est certes pas discutable la faute intentionnelle *peut* consister en la violation intentionnelle d'une norme de conduite, mais tel n'est pas nécessairement le cas. Il est aussi des hypothèses où une faute intentionnelle est caractérisée indépendamment de toute violation d'une norme.

Il en va par exemple ainsi en cas d'usage abusif du droit de propriété, dans le seul but de nuire à autrui. De manière plus générale, il n'est pas discuté que l'abus de droit peut être une source de responsabilité délictuelle. Or, l'abus de droit n'est pas simplement la violation intentionnelle d'une norme de conduite. Comme l'écrivent Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval, il est « de jurisprudence constante que "l'intention de nuire" suffit à entacher de faute un comportement objectivement correct comme, par exemple, l'exercice d'un droit ou d'une liberté »⁵⁰. Si la faute non intentionnelle consiste nécessairement dans la violation d'une norme de conduite, la faute intentionnelle peut quant à elle exister indépendamment d'une telle violation, c'est-à-dire, pour reprendre les termes des auteurs précités, même en cas de comportement objectivement correct.

Il est vrai que la doctrine essaie souvent de rattacher l'abus de droit à la conception traditionnelle de la faute (non intentionnelle), en le ramenant à la violation d'une norme. C'est ainsi que, juste avant le passage cité plus haut, Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval

présentent l'abus de droit comme la violation du devoir de respecter autrui⁵¹. Loïc Cadet et Philippe le Tourneau relient quant à eux l'abus de droit à la faute, sur la base de l'observation selon laquelle la personne raisonnable (l'ancien bon père de famille) n'agirait pas de la sorte⁵². Cette manière de rattacher l'abus de droit à la conception traditionnelle de la faute, comprise comme la violation d'une norme de comportement, nous paraît cependant assez artificielle. Définir la faute par référence au comportement de la personne raisonnable présente le vice de circularité, puisque si l'on veut que cette définition couvre tous les types de faute, il est difficile de définir la personne raisonnable autrement que comme celle... qui ne commet pas de faute⁵³. Quant au devoir de respecter autrui, il est bien vague et n'a, en tout état de cause, aucun caractère absolu. Il est en effet licite de manquer de respect aux intérêts d'autrui, dans les limites fixées par le droit. C'est ainsi que l'on peut, par exemple, légitimement causer intentionnellement un manque à gagner à autrui dans le cadre d'une concurrence loyale. Le devoir de respecter autrui se ramène en réalité à celui de respecter les règles qui visent à garantir le respect d'autrui. Quant à l'abus de droit, il n'est pas illicite parce qu'il constitue un manque de respect envers autrui, mais c'est sa consécration qui manifeste le souci du droit positif de garantir le respect d'autrui.

En définitive, la reconnaissance de l'abus de droit comme source de responsabilité délictuelle manifeste que la faute intentionnelle ne consiste pas toujours en la violation d'une norme. Il se peut d'ailleurs qu'il y ait d'autres cas que l'abus de droit où la faute intentionnelle ne se réduit pas à l'addition d'une faute « simple » et d'une intention. Et il se peut également que tous les cas d'abus de droit ne correspondent pas à des fautes délictuelles intentionnelles. Notre propos ici n'est pas d'identifier toutes les hypothèses de faute intentionnelle, ou de proposer une définition précise et opératoire de l'abus de droit

49. Sous réserve de ce qui a été dit plus haut de l'influence éventuelle du caractère intentionnel de la faute sur l'appréciation par le juge des autres conditions de la responsabilité.

50. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n° 475.

51. *Ibid.*

52. L. Cadet et Ph. Le Tourneau, « Abus de droit », *Répertoire civil Dalloz*, 2015, n° 29.

53. Si l'on définit la personne raisonnable simplement comme celle qui respecte les normes légales et ne viole pas le devoir de prudence et de diligence, alors l'abus de droit, qui ne correspond justement pas à la violation d'une norme légale ou de prudence ou de diligence, ne peut plus être défini simplement par référence à la personne raisonnable.

– deux tâches complexes et de grande ampleur, dont l’accomplissement déborderait largement du cadre de ce modeste article. Nous voudrions simplement montrer que la définition qui est habituellement donnée de la faute ne couvre pas, ou du moins pas toujours, la faute intentionnelle.

Ce défaut de la définition traditionnelle se comprend, dans la mesure où les fautes intentionnelles qui ne consistent pas en la violation intentionnelle d’une règle de conduite ne sont sans doute pas très nombreuses en pratique. En outre, la définition traditionnelle n’a jamais fait obstacle à la reconnaissance de l’abus de droit comme source de responsabilité délictuelle. Le paradoxe n’en est pas moins remarquable : la faute visée à l’article 1382 du Code civil est aujourd’hui largement ignorée, alors même que cet article est censé constituer le cœur de la responsabilité délictuelle. Il y a là un reflet du sort réservé à ce texte : depuis fort longtemps, les juristes ne s’intéressent plus à ce qu’il dit, mais à ce qu’on lui fait dire, c’est-à-dire à l’énoncé d’un principe général de responsabilité pour faute, celle-ci étant comprise comme la violation d’une norme de conduite.

De ce point de vue, le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 marque un aboutissement, puisqu’il entend tourner la page des articles 1382 et 1383 du Code civil pour ne retenir que la reformulation doctrinale traditionnelle de ce principe général : « On est responsable du dommage causé par sa faute » (art. 1241). L’article qui suit s’inscrit dans cette même logique, en posant une définition de la faute qui occulte la faute intentionnelle. L’article 1242 du projet dispose en effet : « Constitue une faute la violation d’une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ». La faute est ainsi définie comme la violation d’une norme, ce qui laisse totalement de côté les hypothèses où la

faute, intentionnelle, ne résulte pas d’une telle violation. Cette occultation de la faute intentionnelle paraît d’autant plus complète que le projet n’envisage même pas de codifier l’abus de droit⁵⁴.

Il faut pourtant signaler l’article 1249 du projet, relatif à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, qui prévoit que « le préposé n’engage sa responsabilité personnelle qu’en cas de faute intentionnelle, ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions ». Cette référence à la faute intentionnelle est une reprise de la jurisprudence actuelle⁵⁵, qui vient ainsi limiter l’immunité du préposé posée par le fameux arrêt *Cosetdoat*⁵⁶. Il est remarquable, cependant, que ce retour de la faute intentionnelle en matière délictuelle n’ait guère retenu l’attention de la doctrine, qui ne semble pas s’être préoccupée de la manière de la définir⁵⁷.

Du moins la faute délictuelle intentionnelle ne devrait-elle pas disparaître du Code civil. Le ferait-elle, au demeurant, qu’elle ne disparaîtrait pas pour autant du droit de la responsabilité délictuelle. Outre le fait que la violation intentionnelle d’une norme légale ou du devoir général de prudence et de diligence tombera sous le coup de l’article 1242, on n’imagine pas un juge français refuser de sanctionner, par exemple, l’usage d’un droit dans la seule intention de nuire à autrui, au motif que le code ne mentionne ni l’abus de droit ni la faute intentionnelle. Il paraît ainsi pratiquement certain que l’abus de droit survivra à sa non-codification – ce qui pose la question de l’opportunité d’une recodification restant délibérément muette sur des mécanismes qu’elle n’entend pourtant pas abolir. Accessoirement, si l’article 1242 paraît réduire la faute à la violation d’une norme de conduite, il n’exclut pas formellement la reconnaissance d’autres types de faute. En effet, il n’affirme pas que « la faute consiste » en la violation d’une norme de conduite, mais simplement que

54. Comp. l’art. 5.7 du projet belge de réforme du droit des obligations du 30 mars 2018, qui pose un principe général de prohibition de l’abus de droit, mais définit celui-ci par référence au comportement d’une personne raisonnable.

55. Civ. 2^e, 20 déc. 2007, n° 07-13403, *D.* 2008, p. 1248, note J. Mouly; *RTD civ.* 2008, p. 315, obs. P. Jourdain; 21 févr. 2008, n° 06-21182, *D.* 2008, p. 2125, note J.-B. Laydu; *JCP G* 2008, I, 186, obs. Ph. Stoffel-Munck.

56. Ass. Plén., 25 févr. 2000, n° 97-17378, *BICC* 15 avr. 2000, concl. R. Kessous, note E. Ponroy; *D.* 2000, p. 673, note Ph. Brun; *ibid.*, somm. 467, obs. Ph. Delebecque; *JCP G* 2000.II.10295, concl. P. Kessous, note M. Billiau; *ibid.* I.241, n° 16 et s., obs. G. Viney; *Gaz. Pal.* 2000.2.1462, note A. Rinaldi; *RCA* 2000, chron. 11, H. Groutel; *ibid.* chron. 22, C. Radé; *RTD civ.* 2000, p. 582, obs. P. Jourdain.

57. V. cependant J. Mouly, note préc., qui fait le lien avec la faute intentionnelle du salarié engageant sa responsabilité envers son employeur.

« constitue une faute » une telle violation. Ce faisant, il se prête à l'interprétation selon laquelle une telle violation constitue simplement un type de faute parmi d'autres, les juges étant libre d'en identifier de différentes, comme par exemple l'abus de droit.

* * *

La mort annoncée de l'article 1382 nous a paru justifier un dernier hommage à cette disposition, qui aura bien mérité du droit français. À la veille de sa disparition, nous avons souhaité nous pencher sur son texte même, manière de le prendre au sérieux et de tenter de lever les ambiguïtés qu'il recèle. Notre conclusion n'a rien d'original, puisqu'elle confirme un constat ancien : l'article 1382 vise la responsabilité pour faute intentionnelle. Il n'empêche : nous voulions en avoir le cœur net. Accessoirement, ce retour au texte permet de rappeler l'existence de cette oubliée du droit de la responsabilité délictuelle : la faute intentionnelle.

Cette faute ne se réduit pas à l'addition d'une faute « simple » et d'une intention néfaste. S'il est vrai que la faute intentionnelle résulte parfois de la violation intentionnelle d'une norme de comportement, il arrive aussi qu'elle consiste en

un comportement objectivement correct, mais rendu illicite par une intention mauvaise. C'est ce qu'illustre en particulier l'hypothèse de l'abus de droit. Il est dès lors regrettable que la définition désormais quasiment unanimement reçue de la faute, et que consacre le projet de réforme de la responsabilité civile, n'envisage la faute que sous l'angle de la violation d'une norme de comportement.

La faute intentionnelle n'a pas dit son dernier mot, cependant, et il ne fait guère de doute qu'elle ressurgira, quelle que soit la place que lui ménage le code. En témoigne un arrêt récent et remarqué de la Cour de cassation, dans lequel l'assemblée plénière a fait expressément référence aux responsabilités délictuelle et quasi-délictuelle et paraît bien avoir distingué la faute intentionnelle de la faute non intentionnelle, en définissant la première comme la violation (intentionnelle) du devoir de ne pas nuire à autrui⁵⁸. Quoi qu'on pense de cette définition, sans doute un peu réductrice, elle a le mérite de rappeler que la faute n'est pas seulement affaire de négligence. C'est ce que l'article 1382 n'a cessé de nous dire depuis 1804, mais que nous avons fini par ne plus entendre.

58. Ass. Plén., 13 janv. 2020, n° 17-19963, *JCP G* 2020, 92, avis J. Richard de la Tour; *JCP G* 2020, 93, note M. Mekki; *D.* 2020, p. 416, note J.-S. Borghetti.

Un article, une matière

L'article 1833 du Code civil et le droit des sociétés

Étienne Casimir

Professeur à l'Université de Poitiers

1. S'il est aujourd'hui une disposition que le législateur a voulu rendre importante au sein de notre droit des sociétés, pour répondre aux termes de l'invitation des rédactrices en chef de cette *Revue*, c'est bien l'article 1833 du Code civil.

Importante, la disposition l'est évidemment dans son actualité. En effet, alors que dans sa version issue de la loi de 1978, le texte ne comportait qu'un seul alinéa prévoyant que « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés », la loi *Pacte* du 22 mai 2019 lui en a ajouté un second, qui dispose que « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Il en résulte une consécration et une nouveauté. La loi *Pacte* consacre d'abord dans le droit commun des sociétés la notion d'intérêt social, qui n'apparaissait jusqu'alors qu'en jurisprudence ou dans certains textes spécifiques¹. Elle met ensuite à la charge des dirigeants de sociétés l'obligation de s'interroger sur l'impact social et environnemental de leurs décisions, ce qui constitue la véritable innovation. Ainsi rédigés, les deux alinéas de l'article 1833 distinguent constitution et gestion de la société, intérêt des associés et obligations des dirigeants. Plus fondamentalement, ils juxtaposent deux conceptions des objectifs que l'on peut assigner à une société, entre satis-

faction de l'intérêt commun des associés, « rencontre heureuse de plusieurs égoïsmes »², et respect de l'intérêt social, tout en se souciant d'intérêts extérieurs. À cet égard, l'alinéa 1^{er} de l'article 1833 peut être relié à l'article 1832 du Code civil, qui dispose que la société est instituée par les associés « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie » qui pourra résulter de leur entreprise commune. Se trouve dès lors préservée l'idée essentielle qu'une société doit être génératrice de profits. Quant à l'alinéa 2nd de l'article 1833 – et ses textes satellites dans la société anonyme, qui requièrent du conseil d'administration et du directoire qu'ils prennent en considération les enjeux sociaux et environnementaux dans leurs orientations³ –, il n'est que le premier étage de la fusée constituée depuis la loi *Pacte* avec l'article 1835 du Code civil, qui permet à une société d'afficher sa raison d'être, et les articles L. 210-10 et suivants du Code de commerce, qui créent le statut de société à mission. Ainsi, se trouve très clairement promue l'idée que les sociétés doivent donner un sens à leur activité.

Importante, la disposition l'est aussi dans sa portée. Nous ne pensons pas ici à sa portée normative concrète, même si elle ne doit sans doute pas être sous-estimée. Il est vrai en effet qu'un risque supplémentaire de responsabilité du dirigeant existe, puisque l'obligation mise à sa

1. À cet égard, le législateur a renoncé à aller plus loin et à retenir, comme certains projets l'y invitaient, que la société devait agir dans l'intérêt général ou collectif (v. sur cette question, J. Heinich, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. sociétés* 2018, p. 568).

2. T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581.

3. V. respectivement, art. L. 225-35 et L. 225-64 C. com.

charge de prendre en compte les enjeux sociaux et environnementaux est nouvelle⁴. Cependant, il y a tout lieu de penser que cette obligation nouvelle n'a pas été conçue pour être très contraignante. En témoignent l'étude d'impact, aux termes de laquelle il ne s'agit que d'une « obligation de moyens » qui « n'est qu'une étape impérative de la réflexion menée »⁵, et l'avis du Conseil d'État, qui a demandé et obtenu le remplacement dans le texte des mots « en considérant » par l'expression « en prenant en considération », parce que cette dernière expression, « en traduisant une préoccupation générale dont on a conscience et non un but précis que l'on se donne ou que l'on doit atteindre, explique mieux la portée de la disposition »⁶. La faute du dirigeant ne devrait donc pas être caractérisée facilement, pas plus d'ailleurs que le préjudice qui résulterait de celle-ci⁷. Aussi, l'importance du nouvel article 1833 du Code civil réside-t-elle plutôt dans sa portée « idéologique », en ce qu'il participe de certaines transformations plus générales de notre droit des sociétés.

Ces transformations sur lesquelles nous voudrions rapidement nous arrêter ici sont de deux types : les unes concernent les fonctions du droit des sociétés et les autres sa méthode.

2. Quant aux fonctions, la nouvelle rédaction de l'article 1833 acte leur évolution : le droit des sociétés se veut porteur de valeurs, en particulier sociales et environnementales.

Le phénomène n'est évidemment pas neuf⁸, mais il ne se manifestait jusqu'alors que dans des

dispositions spécifiques et limitées dans leur champ d'application. On pense à l'obligation pour les sociétés importantes de faire figurer dans leur rapport de gestion une déclaration de performance extra-financière comprenant des informations sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité⁹, ou bien à celle de promouvoir la parité hommes-femmes dans leurs organes dirigeants¹⁰, ou bien encore au devoir de vigilance auquel elles sont astreintes notamment dans le domaine de l'environnement¹¹. Avec la modification de l'article 1833 du Code civil, c'est désormais une disposition à portée générale qui commande à la société de se préoccuper des enjeux sociaux et environnementaux : « un changement de paradigme s'opère vers un droit des sociétés sociétal »¹². Le droit français des sociétés se conforme ainsi à la tendance générale, de nombreux droits étrangers ayant déjà intégré, sous des formes variables, l'idée que la société ne doit pas être seulement tournée vers l'enrichissement à court terme de ses associés¹³.

Un tel changement n'est pas neutre. Il en résulte en effet que les enjeux sociaux et environnementaux se trouvent « intégrés » dans le droit des sociétés. Cela signifie d'abord que ces enjeux sociaux et environnementaux, au lieu d'être exclusivement régis par le Code du travail ou le Code de l'environnement, le sont aussi par le Code de commerce et donc désormais par le Code civil. Le droit des sociétés, qui gagne ici en importance ce qu'il perd en cohérence¹⁴, appa-

4. V. H. Le Nabasque, « À propos de la réforme de l'article 1833 du Code civil », *Bull. Joly S.* sept. 2019, p. 1.

5. *Étude d'impact sur le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, 18 juin 2018, p. 544.

6. CE, 14 juin 2016, n° 394599 et 395021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises*, p. 39.

7. V. en partic. sur ces questions, P. Berlioz, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », *Rev. sociétés* 2018, p. 644.

8. V. déjà M.-A. Frison-Roche, « Le droit des sociétés de plus en plus politique », *Le Monde* 26 mars 2002.

9. V. art. L. 225-102-1 C. com.

10. V. en partic. art. L. 225-18-1 C. com. ; v. aussi, pour les obligations moins contraignantes s'appliquant à toute société anonyme, art. L. 225-17 C. com. pour le conseil d'administration, art. L. 225-53 C. com. pour la direction générale et art. L. 225-58 C. com. pour le directoire et le conseil de surveillance. D'une façon plus générale, un projet de loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes dans l'économie a récemment été annoncé.

11. V. art. L. 225-102-4 C. com.

12. P.-H. Conac, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », *Rev. sociétés* 2019, p. 570.

13. Pour un tour d'horizon très complet, v. P.-H. Conac, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », *Rev. sociétés* 2018, p. 558.

14. V. déjà en ce sens, J.-J. Daigre, « Le droit des sociétés, droit technique ? », *Bull. Joly S.* oct. 2012, p. 685, qui se montre sceptique : « À poursuivre autant de finalités différentes, qui s'entrechoquent le plus souvent, la société est devenue le vortex de tous les conflits de la Société » ; v. aussi plus récemment, A. Tadros, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p. 1765.

raît alors comme une forme de droit de l'entreprise qui ne dit pas son nom¹⁵. Cela signifie aussi que ces enjeux sociaux et environnementaux, au lieu d'être seulement logés dans des structures ou statuts dédiés (association, coopérative, entreprise de l'économie sociale et solidaire, entreprise à mission, etc.), sont mis au cœur de la stratégie de toute société. Le droit des sociétés fait ainsi se côtoyer, sans que l'on puisse y déroger, les logiques de recherche d'une rentabilité pour l'associé et de quête du bien commun pour la collectivité¹⁶.

3. Quant à la méthode expérimentée pour mettre en œuvre ce changement, elle mêle également deux logiques, celles du droit dur et du droit souple.

Cela est bien perceptible lorsque l'on se penche sur les origines de l'article 1833 modifié. Formellement, c'est bien un droit « venu d'en haut » qui opère le changement, puisque l'ajout d'un second alinéa au texte est l'œuvre du législateur. Qui plus est, il ne s'agit pas d'une réforme « à la sauvette »¹⁷, comme trop souvent en droit des sociétés¹⁸, le processus d'élaboration de la loi ayant duré près de deux ans et le débat ayant pu se tenir dans de bonnes conditions. Pourtant, on est loin ici d'un droit imposé et prédéterminé : la rédaction finale de l'article est bien plutôt le résultat de multiples propositions¹⁹ et consulta-

tions²⁰ des forces économiques. D'ailleurs, dès avant la loi Pacte de 2019, le code Afep-MEDEF prévoyait que le conseil d'administration doit s'attacher à « promouvoir la création de valeur par l'entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités »²¹. De sorte que, par la modification de l'article 1833 du Code civil, le législateur donne surtout son onction à une initiative « venue d'en bas ». La fonction symbolique de la loi joue alors à plein, les « enjeux sociaux et environnementaux » figurant désormais en très bonne place dans le droit commun des sociétés, quitte à ce que – dommage collatéral – la réforme embrasse non pas seulement les grandes entreprises, qui sont en réalité les seules ciblées, mais toute forme de société²².

Un même constat peut être fait lorsque l'on examine la « texture » de l'article 1833 modifié. L'injonction qui y est faite aux sociétés de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux, bien que prescriptive et même impérative, paraît surtout relever, pour reprendre les éléments d'une définition bien connue du droit souple, d'un « droit flou, à contenu peu précis » et d'un « droit doux-mou, pas ou peu obligatoire ou sanctionné »²³. À l'évidence, il s'agit en effet de droit flou : il est bien difficile d'identifier et de quantifier les enjeux sociaux et environnementaux à prendre en compte²⁴. Ce flou est manifeste-

-
15. V. dernièrement, M. Germain, « Entreprise et société », in *Mélanges B. Teysié*, LexisNexis, 2019, p. 1175. V. égal. pour une synthèse sur ces questions, F. Teffo, *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, préf. C. Han-noun, Dalloz, 2014, spéc. n^{os} 177 s., 581 s. et 696 s.
16. Pour une critique d'un tel assemblage, v. P.-H. Conac, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », préc. : « Vouloir imposer à ces sociétés de changer leur *business model*, en modifiant la définition de l'intérêt social, pour les obliger à réaliser le bien commun est naïf. Elles ne peuvent servir deux maîtres à la fois : le profit et l'intérêt général ».
17. V. G. Baranger, « Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la société par actions simplifiée unipersonnelle », *Bull. Joly S.* juill. 1999, p. 831.
18. V. sur cette dérive, B. Saintourens, « L'an 2000 et au-delà : quelles perspectives pour le droit des sociétés ? », *Rev. sociétés* 2000, p. 109.
19. V. par ex. l'appel collectif, signé notamment par des dirigeants de grandes entreprises, « Plaidoyer en faveur d'une "économie de marché responsable" », *Le Monde* 16 nov. 2016.
20. Sur cette question, v. A. Couret, « Propos introductif », in *doss. La loi Pacte : le nouveau visage du droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2019, p. 565.
21. *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, juin 2018, art. 1.1 (la règle est reprise dans la version révisée de janvier 2020). On pourrait aussi citer, dans un autre registre, les *Principes de l'Investissement Responsable des Nations Unies (UNPRI)*, auxquels se réfèrent nombre d'investisseurs institutionnels et qui se donnent pour objectif de les aider à incorporer les considérations environnementales, sociales et de gouvernance d'entreprise dans le processus décisionnel d'investissement et dans les pratiques relatives aux biens, et par conséquent, à améliorer les retours sur investissement de long terme des bénéficiaires.
22. V. en partic. pour une critique de cet aspect de la réforme, F.-X. Lucas, « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *Bull. Joly S.* sept. 2018, p. 477 ; P.-H. Conac, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », préc. ; A. Couret, « Propos introductif », in *doss. La loi Pacte : le nouveau visage du droit des sociétés*, préc.
23. C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.
24. V. par ex. I. Grossi, « L'intérêt social élargi, quel(s) intérêt(s) ? » in *doss. Loi Pacte et droit des sociétés*, *Journal des sociétés* avr. 2019, p. 13 : « À partir de quel seuil, par exemple, est-il possible de se préoccuper de l'impact polluant d'une société ? »

tement entretenu afin de pousser les entreprises, dans le doute, à adopter le comportement le plus vertueux. Il s'agit aussi pour partie de droit doux-mou, et cela à un double titre. D'abord, on l'a dit, si l'article 1833 alinéa 2 pose bien une obligation nouvelle, celle-ci ne semble guère contraignante : on s'accorde à penser qu'elle sera satisfaite si l'entreprise a mis en place des procédures appropriées (étude d'impact²⁵, trace écrite dans les procès-verbaux des délibérations²⁶, consultation des parties prenantes²⁷ voire création d'un comité social et environnemental²⁸, etc.) pour contrôler que les enjeux sociaux et environnementaux ont bien été considérés lors de la prise de décision. On a pu souligner à cet égard que, finalement, l'obligation mise en place ne s'éloignait pas fondamentalement de la règle « *comply or explain* », trait d'union entre droit dur et droit souple dont on a l'habitude dans le domaine de la *corporate governance*²⁹. Surtout, le texte nous paraît receler, à côté de sa dimension faiblement prescriptive, une facette purement incitative, en ce qu'il nous semble être conçu comme un premier jalon conduisant en particulier à l'adoption d'une raison d'être voire, un cran plus loin, au choix du statut de société à mission. Or c'est sans doute de cette seconde facette du nouvel article 1833, qui pousse les entreprises à être les véritables coauteurs de la réforme, que le législateur espère le plus.

4. En définitive, que penser du nouvel article 1833 du Code civil et de son impact sur nos sociétés ?

Il y a en réalité tout lieu d'hésiter, d'autant que, moins d'un an après l'adoption de la loi *Pacte* à l'heure où ces lignes sont écrites, il faudra encore attendre pour en mesurer pleinement les effets.

Dans une vision pessimiste ou sceptique, on pourra estimer que le texte n'emportera aucun changement réel, voire qu'il marquera un coup d'arrêt pour la défense des valeurs sociales et environnementales. Au mieux, il s'agirait alors d'un simple effet d'annonce, d'ailleurs pas sans effets pervers (coûts supplémentaires pour les entreprises³⁰, instrumentalisation possible par les dirigeants³¹, etc.). Au pire, il faudrait y déceler un acte de diversion, pour éviter de s'attaquer à des réformes plus énergiques, ou de résistance, sur le mode « il faut que tout change pour que rien ne change ».

Dans une vision plus optimiste ou convaincue toutefois, on pourra considérer que la nouvelle rédaction de l'article 1833 incarnera bien un changement bénéfique pour la Société, voire un changement bénéfique pour les sociétés elles-mêmes. À cet égard, il n'est guère contestable que la loi *Pacte* a suscité des réflexions au sein des grandes entreprises, dont certaines d'ailleurs ont d'ores et déjà adopté une raison d'être³² ou le statut de société à mission³³. On aurait sans doute tort de n'y voir que des manœuvres « marketing », car les discours non suivis d'actes risquent fort aujourd'hui d'être sanctionnés par un effet boomerang « réputationnel », s'il n'est pas juridictionnel³⁴. En même temps, ces

-
25. V. T. Massart, « Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés », *Gaz. Pal.* 18 déc. 2018, p. 51.
26. V. R. Buttet, « La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans la gestion des sociétés », *Bull. Joly T.* nov. 2019, p. 47.
27. V. A. Tadros, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », préc.
28. V. P.-H. Conac, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », préc.
29. V. P. Berlioz, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », préc.
30. V. B. Basuyaux, « Administrateurs et Loi PACTE : quelques réflexions générales », *in* *doss. Loi Pacte et droit des sociétés*, *Journal des sociétés* avr. 2019, p. 22 : « Beaucoup de temps, d'honoraires et de primes d'assurances vont ainsi être dépensés pour, au mieux, se ménager une preuve formelle de cette "prise en considération" ».
31. La prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux pourrait être le prétexte à une prise d'indépendance des dirigeants vis-à-vis de leurs associés, en particulier activistes (rapp. A. Couret, « Faut-il réécrire les articles 1832 et 1833 du Code civil ? », *D.* 2017, p. 222), voire constituer une arme de défense anti-OPA (v. P.-H. Conac, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », préc. ; rapp. à propos de la raison d'être, A. Gaudemet, « La raison d'être, nouvelle défense anti-OPA ? », *Bull. Joly S.* janv. 2019, p. 1).
32. C'est le cas, pour ne parler que de la raison d'être statutaire, d'Atos et de Carrefour en 2019 (devraient suivre, en 2020, EDF, ENGIE ou Orange).
33. On pense au groupe Rocher ou à la MAIF. Il existe même des investisseurs, comme Sycamore, qui sont devenus « à mission » en 2020.
34. Chacun est alerté d'un tel risque, à telle enseigne que les expressions de *green washing*, *social washing*, *purpose washing* ou *mission washing* sont aujourd'hui entrées dans le langage courant de la presse économique.

démarches ne sont à l'évidence pas tout à fait désintéressées dans la mesure où les entreprises qui affichent des valeurs sociales et environnementales espèrent en tirer un avantage concurrentiel, pour glaner des clients et attirer des talents³⁵. Là réside sans doute la clé du succès de la promotion par la loi des valeurs sociales et environnementales au sein des sociétés : il s'agit moins de miser sur un changement profond du

système capitaliste que sur le fait que, de plus en plus, le profit sera conditionné au respect de telles valeurs dans la conduite de l'activité³⁶. Dans cette optique et si une telle évolution venait à se confirmer, les dispositions de la loi *Pacte* qui valorisent la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, dont l'article 1833 du Code civil se veut l'emblème, n'auront pas été sans utilité.

35. V. très explicitement en ce sens les propos d'A. Menais, secrétaire général d'Atos, qui considère que les initiatives dans les domaines sociaux et environnementaux de l'entreprise construisent « un avantage concurrentiel » et permettent « de répondre aux problématiques d'attractivité des talents » (v. interview dans *Les Échos*, 10 févr. 2020). V. aussi les propos de P. Demurger, DG de la MAIF, pour qui l'engagement social et environnemental peut être « une source de performances économiques et non pas une contrainte » et que « ce modèle alternatif, plus respectueux et plus efficace, peut constituer une chance pour l'économie européenne face aux Gafa et aux grands groupes chinois » (v. interview dans *Le Point économie*, 3 juin 2019). Rapp. J. Mestre, « Propos conclusifs », in *doss. La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ?*, Rev. sociétés 2018, p. 647, qui voit dans la modification de l'article 1833 une « méthode positive », car elle donne aux entreprises « des atouts auprès d'un établissement de crédit, dans l'obtention d'un marché, dans l'accès à une formule de règlement amiable ou encore dans le traitement d'un accord de collaboration ».

36. Le discours en ce sens, tout au moins, n'est plus de nature à choquer, à l'heure où même le PDG du plus important gestionnaire d'actifs BlackRock, Larry Fink, répète à l'envi que les sociétés jouent leur survie dans le respect des enjeux sociaux et environnementaux. À cet égard, d'aucuns considèrent qu'on serait en train de passer de l'ère RSE, où il convenait de limiter ses impacts négatifs, à l'ère post-RSE, où il faudra mettre les impacts positifs au centre de la stratégie (v. sur cette actualité, A. Rodier, « L'ère post-RSE a commencé », *Le Monde* 24 janv. 2020).

Un article, une matière

L'article 1956 du Code civil et le droit des contrats spéciaux Par le dépôt mais au-delà : le séquestre

Antoine Touzain

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Membre du Laboratoire de droit civil

1. Exégèse. – « Les textes avant tout ! »¹ Ce que Demolombe décrivait comme sa devise et sa profession de foi connaît, ces dernières années, une deuxième jeunesse. Si la libre recherche scientifique a guidé les interprètes depuis Gén² et a permis d'adapter la législation napoléonienne aux transformations radicales subies par nos sociétés à compter (notamment) de la révolution industrielle, elle semble devoir laisser à nouveau une place, aujourd'hui, à l'exégèse. L'école de l'exégèse, désormais réhabilitée³, a ainsi accueilli de nouveaux adeptes avec la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance du 20 février 2016⁴.

Cela est heureux. Il est certes évident que la méthode exégétique a ses limites, mais les critiques portées aux auteurs du XIX^e siècle ont parfois confiné à la caricature. Si la lettre des textes

n'est rien sans leur esprit, s'il faut aller « au-delà du Code civil »⁵, l'exégèse a des vertus indéniables en ce qu'elle permet de tirer la substantifique moelle d'une disposition législative. Ces vertus apparaissent avec éclat à propos de certains textes, qui, sans être rétifs à toute systématisation, ne se rattachent que difficilement à telle ou telle « matière ». Le séquestre en est un bon exemple, l'article 1956 du Code civil suscitant moins l'intérêt de la doctrine moderne que celui de ses prédécesseurs du XIX^e siècle.

2. Droit des contrats spéciaux. – Il était pourtant difficile de retenir un article à commenter. Choisir, c'est renoncer : nombreux sont les articles du Code civil relatifs aux contrats spéciaux qui auraient pu mériter l'attention. Que l'on songe à l'article 1583, sur le transfert *solo consensu* de la propriété dans la vente; à l'ar-

1. C. Demolombe, Préface au *Cours de Code Napoléon*, t. 1, Paris, Lahure, 1880, p. VI.

2. F. Gén^y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, préf. R. Saleilles, LGDJ, 2^e éd., 1919.

3. P. Rémy, « Éloge de l'exégèse », *RRJ* 1982-2, p. 254.

4. V. ainsi, prônant « une nouvelle exégèse », F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2019-2020, n° 002.05. Les divers ouvrages et articles commentant la réforme ont ainsi procédé selon la méthode exégétique, en étudiant un par un les différents textes nouveaux.

5. R. Saleilles, préf. à F. Gén^y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, op. cit.*, p. XXV : « aussi je ne saurais mieux finir que par cette forte devise, inspirée d'un mot analogue d'Jhering, et autour de laquelle converge, qu'enveloppe ou que développe, comme l'on préfère, tout le livre de M. Gén^y : *Par le Code civil, mais au-delà du Code civil !* Je serais de ceux peut-être qui eussent volontiers retourné les termes : *Au-delà du Code civil, mais par le Code civil !* Je reconnais que ce serait manquer un peu de hardiesse et vouloir conserver une part de fiction. Aussi je n'insiste pas, trop heureux de me laisser convaincre, pourvu que celui puisse convaincre : ce à quoi nous tenons le plus c'est à "l'*Au-delà*" ».

ticle 1832 du Code civil définissant la société⁶; à l'article 1893 qui fait de l'emprunteur d'une chose consomptible le propriétaire; à l'article 1895 qui pose le principe du nominalisme monétaire; à l'article 1965 qui écarte toute action pour les dettes de jeu; et les exemples pourraient être multipliés.

Puisqu'il a fallu choisir, les pages qui suivent traiteront de l'article 1956. « Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir. » Cet article mérite l'attention pour deux raisons au moins.

La première tient à ce qu'il est souvent moins étudié que d'autres dispositions relatives aux contrats spéciaux, car le séquestre peut faire figure de « mal-aimé ». Ce mécanisme est parfois détaché de la qualification contractuelle : Domat voyait dans le séquestre judiciaire un « règlement ordonné par le juge »⁷. Exemple topique aujourd'hui, le volume du *Traité de droit civil* consacré aux *principaux contrats spéciaux* écarte le séquestre dans l'annonce du plan consacré au dépôt, « en raison de ce qu'il ne constitue pas un contrat lorsqu'il intervient à l'occasion d'un litige »⁸ !

La seconde raison, qui est à rebours de la première, tient à ce que le séquestre, envisagé comme un contrat spécial, est révélateur de la tendance parfois relevée du phénomène d'hybridation des contrats⁹. « Le séquestre a été conçu par le Code civil comme une variété particulière de dépôt, le dépôt d'une chose litigieuse. Mais, de plus en plus, le particularisme de l'institution s'accuse, et souvent il se rapproche du mandat, surtout lorsqu'il est confié à un administra-

teur-séquestre »¹⁰. Parfois, le soi-disant séquestre est utilisé en pratique en lieu et place d'un gage, ainsi en matière de séquestre de valeurs mobilières¹¹. Le constat est donc sans appel : des doutes quant à la qualification de séquestre subsistent.

3. Réforme des contrats spéciaux. – Le désintérêt parfois constaté pour le séquestre et les doutes affectant sa qualification se confirment d'ailleurs à l'étude de l'Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux proposé par l'Association Henri Capitant. L'exposé des motifs, peu loquace à ce sujet, précise simplement que « les dispositions actuelles qui portent sur le séquestre ont été pour l'essentiel modernisées et simplifiées » (avec, notamment, référence au séquestre ordonné par un arbitre)¹². Seuls quatre articles sont consacrés à ce mécanisme, avec des formulations suffisamment larges pour concerner un grand nombre d'hypothèses et éviter d'entraver ses utilisations pratiques¹³.

4. Séquestre et dépôt. – Comme les textes de 1804, l'Avant-projet rattache le séquestre au dépôt, malgré les divergences importantes qu'il peut y avoir entre les deux mécanismes et qui se sont accentuées depuis deux siècles. L'article 138 de l'Avant-projet définit ainsi le séquestre comme « le dépôt d'un bien litigieux ou susceptible de le devenir », à l'instar de l'article 1956 qui dispose que « le séquestre conventionnel est le dépôt [...] d'une chose contentieuse ».

Pourtant, à l'étude, cette assimilation du séquestre au dépôt présente des limites. À emprunter aux exégètes une analyse « par le Code civil », force est de constater que le séquestre conventionnel est traité comme un dépôt. En revanche, à solliciter la libre recherche

6. Sur l'étude du contrat de société sous l'angle du droit des contrats spéciaux, v. R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Prospectives de droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281 et s.

7. J. Domat, *Œuvres complètes*, Librairie Gobelet, t. 1, 1835, p. 141.

8. J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi et H. Lécuyer, collab. J. Morel-Maroger, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 33001.

9. A. Bénabent, « L'hybridation dans les contrats », in *Prospectives de droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin, op. cit.*, p. 27 et s.

10. P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LGDJ, 2018, n° 902. Dans le même sens, A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13^e éd., LGDJ, 2019, n° 800; F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 823.

11. M. Bordonneau, « Le séquestre de valeurs mobilières », *Dr. et patr.* 2001, n° 89, p. 40 et s.

12. J. Huet (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, Association Henri Capitant, 2017.

13. V. ainsi l'article 140 de l'Avant-projet qui dispose que « la mission du séquestre est déterminée par l'accord des parties ou par la décision qui le constitue ». Ainsi, sauf l'obligation de restitution évoquée dans l'article 141, il n'y a pas plus de précision que dans l'article 1956 sur l'obligation de conservation, pourtant essentielle.

scientifique en allant « au-delà du Code civil », il faut conclure à la distinction entre les deux mécanismes. Le séquestre conventionnel, s'il est assimilé au dépôt (I) doit néanmoins en être distingué (II).

I. Le séquestre conventionnel assimilé au dépôt

5. Définition et régime. – L'assimilation, faite par l'article 1956 du Code civil, du séquestre au dépôt est expresse. La définition du séquestre est formulée par référence au dépôt, ce qui semble impliquer une identité de nature. Le texte en tire également des conséquences de régime en répétant certaines règles applicables aux relations entre déposant et dépositaire. À la lecture de l'article 1956, le constat est ainsi double : le séquestre est défini comme un dépôt (A) et soumis au régime du dépôt (B).

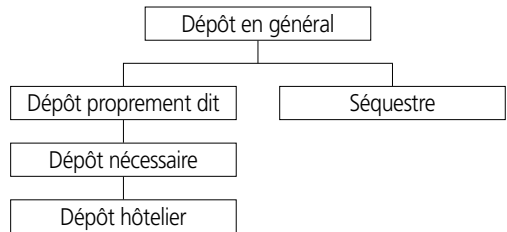
A. Le séquestre défini comme un dépôt

6. Dépôt « en général ». – « Le séquestre conventionnel est le dépôt... » : l'article 1956 ne saurait être plus clair. La définition du séquestre implique ainsi de se référer à celle du dépôt, posée par l'article 1915 du Code civil : « le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

Cette définition du dépôt, qui permet de le distinguer d'autres figures proches telles que le mandat, le prêt, le louage ou l'entreprise, n'en demeure pas moins large. Le contrat de dépôt se caractérise par son « extrême plasticité »¹⁴ : Pothier lui-même estimait que le contrat de dépôt ne pouvait être régi que « par le pur droit naturel »¹⁵. Le propos est sans doute moins vrai aujourd'hui : si Carbonnier évoquait la « tentation du non-droit dans le petit contrat de dépôt »¹⁶, ce dernier s'est progressivement rapproché des autres contrats de service et est devenu « un contrat comme les autres »¹⁷.

7. « Espèces » de dépôt. – Si le séquestre est un dépôt « en général », il ne s'agit pas d'un « dépôt proprement dit ». L'article 1956 fait en effet écho à l'article 1916 qui, annonçant le plan du titre onzième (« du dépôt et du séquestre ») du livre III (« des différentes manières dont on acquiert la propriété »), procède à une distinction : selon ce texte, « il y a deux espèces de dépôt : le dépôt proprement dit, et le séquestre ».

Cette opposition est éclairante : elle marque une vraie opposition entre les deux mécanismes. Lorsque la doctrine présente le séquestre comme un « dépôt spécial », à l'instar du dépôt nécessaire et du dépôt hôtelier¹⁸, elle tend à atténuer le particularisme du séquestre. À s'en tenir au plan du Code civil, le dépôt « nécessaire », auquel est assimilé le dépôt « hôtelier », est une forme spécifique du « dépôt proprement dit »¹⁹. D'ailleurs, la distinction entre le dépôt et le séquestre découle directement de l'intitulé du titre onzième qui traite « du dépôt et du séquestre » (nous soulignons).



Il n'en demeure pas moins que, défini comme un dépôt, le séquestre est en outre soumis au régime du dépôt.

B. Le séquestre soumis au régime du dépôt

8. Obligation de restitution. – L'article 1956 du Code civil dispose que le tiers séquestre auquel la chose est déposée « s'oblige de la rendre ». Le dépôt (et donc le séquestre) est ainsi parfois rattaché à la catégorie des « contrats de restitution », à savoir des contrats qui obligent

14. P.-Y. Gautier, « Le dépôt : exercices de qualification », *RDC* 2014, p. 149.

15. R.-J. Pothier, *Traité du contrat de dépôt*, Paris-Orléans, 1773, n° 18.

16. J. Carbonnier, « Variations sur les petits contrats », in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1933 (rééd. 2001), p. 339 et s., spéc. p. 341.

17. P. Rémy, « Le dépôt est un contrat comme les autres (une relecture de *Flexible droit*) », *RDC* 2014, p. 143.

18. P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 900 et s.

19. Art. 1920 C. civ. : « le dépôt est volontaire ou nécessaire » ; art. 1952 : le dépôt hôtelier « doit être regardé comme un dépôt nécessaire ».

l'une des parties à rendre la chose remise en fin de contrat²⁰.

Il est effectivement certain qu'une obligation de restitution pèse sur le dépositaire. L'article 1915 dispose ainsi que le dépôt « en général » implique l'obligation de « restituer » la chose déposée par autrui, le principe étant répété et précisé pour le « dépôt proprement dit » dans les articles 1932 et suivants²¹.

Le dépositaire doit, selon l'article 1932, « rendre identiquement la chose même qu'il a reçue ». Il découle de ce texte que l'obligation de restitution est causée par la remise initiale²². Ce n'est que parce qu'une chose a été remise au dépositaire que ce dernier est tenu de restituer. C'est la raison pour laquelle le dépôt est classiquement analysé en un contrat réel : nulle obligation ne peut peser sur le dépositaire tant que rien ne lui a été remis²³. Plus nuancé sans doute, l'article 1919 dispose que le dépôt « n'est parfait que par la remise réelle ou fictive de la chose déposée », laissant entendre que la perfection du contrat pourrait se distinguer de sa formation²⁴.

À l'instar du dépôt, le séquestre implique également cette obligation de restitution, qui n'est là encore causée que par l'existence d'une remise initiale. Il faut toutefois discuter de l'opportunité de se focaliser exclusivement sur la restitution : le séquestre ne doit pas seulement, *in fine*, restituer

la chose qui lui a été remise, mais est surtout tenu d'une obligation de conservation.

9. Obligation de conservation. – Si l'article 1956 du Code civil ne mentionne pas d'autre obligation que celle de restitution, l'article 1915, sur la définition du dépôt « en général », précise que le dépositaire a l'obligation de « garder » la chose déposée. En outre, le renvoi fait par l'article 1958 aux règles du « dépôt proprement dit » permet notamment d'appliquer au séquestre l'article 1927 en vertu duquel « le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent »²⁵. Cette obligation de garder correspond en réalité à une obligation de conservation²⁶.

« Par le fait même, le séquestre pénètre dans le champ des mesures conservatoires »²⁷ : la conservation est non seulement une obligation pesant sur le séquestre mais il s'agit même de la finalité propre de la mesure. Le séquestre, comme le dépositaire, est tenu de préserver la chose mais aussi de la maintenir en état²⁸.

Toutefois, la pratique judiciaire a conduit à transformer radicalement la mission du séquestre : « originairement chargé d'une mission de stricte conservation, essentiellement statique, [...] il lui appartient désormais fréquemment de déployer une activité d'administration

20. P. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit civil, Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 845 et s. Ces auteurs font entrer dans la catégorie des contrats de restitution le dépôt et le prêt.

21. Sur cette obligation de restitution (qui se distingue des restitutions consécutives à la nullité d'un contrat), v. not. M.-L. Morançais-Demeester, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ.* 1993, p. 757.

22. Ce texte donne également lieu à une difficulté particulière en présence de choses fongibles : il n'est pas nécessaire alors de rendre « la chose même » qui a été remise mais l'équivalent, dans les mêmes quantité et qualité. L'hypothèse est celle du « dépôt irrégulier » qui, selon la doctrine classique, emporte transfert de propriété de la chose déposée au dépositaire. Cette conception est aujourd'hui fréquemment critiquée : v. not. A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », *RTD com.* 1995, p. 307, spéc. n° 47 et s. ; F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? » ; S. Torck, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, thèse dactyl., Paris II, 2001.

23. Cette qualification de contrat réel étant vivement discutée aujourd'hui, not. depuis M.-N. Jobard-Bachelier, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985, p. 1.

24. « Outre les conditions de validité habituelles, il arrive que le droit pour *parfaire* [nous soulignons] l'acte juridique exige le respect de conditions supplémentaires », qu'il s'agisse de conditions de forme, d'un contrôle judiciaire, du jeu d'un terme ou d'une condition, ou de l'accomplissement d'un délai de rétractation (C. Brenner et S. Lequette, « Acte juridique », in *Répertoire Civil Dalloz*, févr. 2019, n° 115 et s.).

25. Plus généralement, v. I. Avanzini, *Les obligations du dépositaire*, Litec, 2007.

26. Certains auteurs estiment que la garde se distingue de la conservation en ce que la première concerne les dangers extérieurs et la seconde la protection contre la détérioration interne (A. Tunc, *Le contrat de garde*, Dalloz, 1942, n° 4 ; C. Brunetti-Pons, *L'obligation de conservation dans les conventions*, PUAM, 2003, n° 8). Il est toutefois possible de considérer que la conservation, plus large, englobe la garde, et que le séquestre se trouve ainsi également tenu de cette dernière.

27. C. Brenner, *L'acte conservatoire*, LGDJ, 1999, n° 343.

28. Sur cette double-composante de la conservation, C. Brenner, *L'acte conservatoire*, op. cit., n° 47.

diligente »²⁹. Sans doute l'obligation d'administration devra-t-elle toujours demeurer accessible³⁰; il n'en demeure pas moins que le séquestre tend alors à se distinguer du dépôt.

II. Le séquestre conventionnel distingué du dépôt

10. Régime et nature. – Par l'article 1956 se dévoilent certaines originalités du séquestre par rapport au dépôt³¹. Au-delà de l'article, ces différences deviennent si nombreuses qu'elles conduisent à séparer fermement les deux mécanismes. Des spécificités de *régime* (A), il est ainsi possible d'induire une véritable divergence de *nature* (B).

A. Les spécificités de régime

11. Objet. – Le séquestre présente une certaine originalité quant à son objet. Avant de revenir sur l'article 1956, l'article 1959 du Code civil dispose que le séquestre « peut avoir pour objet, non seulement des effets mobiliers, mais même des immeubles ». Il s'agit là d'une dérogation notable au régime du dépôt, lequel ne peut, selon l'article 1918, « avoir pour objet que des choses mobilières »³². Mais là n'est pas l'essentiel.

L'essentiel découle de l'article 1956 qui réserve le séquestre à l'hypothèse « d'une chose contentieuse », qui sera restituée « après la contestation terminée ». C'est là que transparaissent les liens entre le séquestre et le monde judiciaire, qui ne concernent pas seulement le

séquestre judiciaire mais aussi le séquestre conventionnel. Pas de séquestre sans litige³³ ! La présence d'un objet litigieux n'est d'ailleurs pas neutre puisque, comme l'article 1956, l'article 1960 précise que le séquestre « ne peut être déchargé avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties intéressées [ce qui équivaut à une conciliation], ou pour une cause jugée légitime » appréciée par le juge. Le séquestre se distingue alors totalement du dépôt qui est, selon l'article 1944, révocable *ad nutum*.

12. Parties. – En outre, l'article 1956 évoque le dépôt « fait par une ou plusieurs personnes [...] entre les mains d'un tiers ». Troplong voyait dans cette formulation une « inadvertance singulière » et s'interrogeait : « si le séquestre n'a lieu qu'en cas de contestation sur une chose, comment serait-il probable qu'une seule personne en ressentît l'utilité ? »³⁴ Plusieurs auteurs affirment ainsi que le contrat de séquestre est conclu par plusieurs personnes en litige d'une part et le séquestre d'autre part³⁵. Pourtant, le texte est clair et il apparaît injustifié d'exiger que les litigants se mettent d'accord sur le fait de recourir au séquestre³⁶ : par hypothèse, les intéressés sont en litige et l'on ne saurait exiger d'eux qu'ils s'accordent même sur ce point !

Reste à s'interroger : qui est le « tiers » visé par l'article 1956 ? Dès lors que les textes sont muets, il peut sembler que les parties sont libres de le choisir. En pratique, des avocats, des notaires, des huissiers ou des banques sont parfois désignés en qualité de séquestre. Au regard

29. C. Brenner, *L'acte conservatoire*, op. cit., n° 347. V. déjà R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué dans l'ordre des articles du Code civil*, t. XV, Commentaire des titres XI et XII du livre III, Du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires, Charles Hingray, 1845, n° 268.

30. P. Belloir, « Le séquestre », *LPA* 2000, 64, p. 4, n° 12; *adde* J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019, n° 593.

31. L'article 1957, quant à lui, dispose que « le séquestre peut n'être pas gratuit », alors que le dépôt est, selon l'article 1917, « essentiellement gratuit ». Toutefois, le particularisme du séquestre semble alors assez théorique car il est aujourd'hui fréquent que le dépôt soit rémunéré.

32. Pour une critique de cette limitation, qui serait le fruit de la tradition plus que de la raison, J. Houssier, « De quelques paradoxes du contrat de dépôt », *Dr. et patr.* oct. 2014, n° 24, p. 28 et s., spéc. p. 29.

33. C'est pourquoi il faut fermement condamner la pratique consistant à utiliser le séquestre à fin de sûreté, not. en matière financière : il s'agit là d'un moyen de contourner les règles du gage ou du nantissement, qui justifie la requalification (sur ce point, v. notre thèse, *La consignation*, dir. C. Brenner, Université Panthéon-Assas, 2018, n° 1216).

34. R.-T. Troplong, *Le droit civil expliqué dans l'ordre des articles du Code civil*, t. XV, op. cit., n° 249.

35. J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit civil, Contrats spéciaux*, op. cit., n° 592; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 799 (estimant que celui des litigants qui agit conclut le séquestre « au nom de l'autre contestant en même temps qu'en son nom propre »); J. Issa-Sayegh, « Séquestre. Généralités. Séquestre conventionnel. Séquestre judiciaire. Constitution », in *J.-Cl. Civil code*, juin 2012, n° 21 et s. (estimant que, faute d'accord des litigants, il y a simple dépôt).

36. En ce sens, B. Lotti, « Séquestre. Constitution. Exécution. Extinction », in *J.-Cl. Contrats Distribution*, 2006, n° 17; J.-D. Pellier, « Séquestre – Sources et régime », in *J.-Cl. Contrats Distribution*, juill. 2015, n° 8.

de l'objet litigieux, il faut sans doute s'assurer de deux choses : le tiers doit être impartial et avoir la compétence technique pour conserver l'objet³⁷. En matière de sommes d'argent et de titres financiers, un tiers est tout indiqué : il s'agit de la Caisse des dépôts et consignations, titulaire d'un monopole sur les consignations qui mérite d'être étendu aux séquestres³⁸. Quant aux autres biens, il serait opportun de les confier à une entité administrative spécialisée : le service du Domaine, à savoir aujourd'hui la Direction de l'immobilier de l'État³⁹.

À l'étude plus poussée du régime du séquestre donc, le particularisme du mécanisme s'accuse. Contrairement ce qui découle de la lettre de l'article 1956, le séquestre se distingue, dans l'esprit, assez profondément du dépôt.

B. La divergence de nature

13. Certitude future et incertitude présente.

– L'article 1956 exige du séquestre conventionnel qu'il restitue la chose, « après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir »⁴⁰. Cette formulation peut sembler étonnante : en légistique, « en règle générale, les verbes sont à conjuguer au présent de l'indicatif et non au futur »⁴¹. Elle est pourtant révélatrice de la spécificité du séquestre, qui le rend irréductible à tout autre mécanisme⁴² : il s'agit d'organi-

ser une situation d'attente, car la certitude n'est que future.

En revanche, au présent, la mise en place du séquestre est justifiée par une situation d'incertitude. À cet égard, il est éclairant de voir dans le séquestre le versant patrimonial du procès : lors d'un procès, l'affaire est mise en attente, en « instance », de manière à permettre aux juges de pouvoir effectuer leur mission sereinement⁴³. Le séquestre implique le *gel* de l'objet consigné⁴⁴.

Le séquestre apparaît ainsi comme un mécanisme de protection d'un droit qui n'est pas actuel, qui n'est pas non plus simplement éventuel mais qui est incertain, objet de discussion, donc d'un droit que l'on peut qualifier de *potentiel*⁴⁵. À l'instar du chat dans la boîte dont nul ne sait s'il est vivant ou mort, le vainqueur du procès ne saurait être identifié par quiconque tant que le jugement n'a pas été rendu. Dès lors que l'objet du séquestre est litigieux, nul ne peut prétendre avec certitude qu'il sera attributaire du droit⁴⁶.

14. Conséquence : la désappropriation. –

Cette incertitude doit, nous semble-t-il, conduire à reconnaître que l'objet placé sous séquestre n'appartient ni à l'un, ni à l'autre prétendant. Certes, le bien est, avant que la mesure n'ait été ordonnée, entre les mains de l'une des parties

37. Sur ces critères, A. Touzain, *La consignation*, *op. cit.*, n° 327-339.

38. Sur ce monopole, A. Touzain, *La consignation*, *op. cit.*, n° 269-323. Sur l'identité de nature de la consignation et du séquestre, n° 139-150. V. d'ailleurs Ord. du 3 juill. 1816 relative aux attributions de la Caisse des dépôts et consignations, art. 2 : doivent être versées dans la Caisse « 5° les sommes dont les cours ou tribunaux ou les autorités administratives, quand ce droit leur appartient, auraient ordonné la consignation, faute par les ayants droit de les recevoir ou réclamer, ou le séquestre en cas de prétentions opposées » (nous soulignons).

39. A. Touzain, *La consignation*, *op. cit.*, n° 340-349.

40. Comp. J. Huet, *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, art. 141, al. 1^{er} : « le séquestre doit restituer le bien à la personne désignée par la convention des parties, le juge ou l'arbitre, ou, à défaut, par l'accord de toutes les parties qui l'avaient choisie » (nous soulignons). Parce que les auteurs se sont placés au stade de la restitution et non de la constitution du séquestre, ils utilisent le passé.

41. Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'État, *Guide de légistique*, 3^e éd., La documentation française, 2017, p. 292. Sur l'emploi du futur en matière de sanction, D. Rémy, *Légistique, L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, n° 179, spéc. p. 193. Sur la rareté de l'emploi du futur dans sa fonction impérative, G. Cornu, *Linguistique juridique*, 2^e éd., Montchrestien, 2000, n° 67, spéc. p. 272.

42. Car le séquestre se confond avec la consignation (A. Touzain, *La consignation*, *op. cit.*, n° 139-150).

43. V. ainsi A. Winckler, « Précédent : l'avenir du droit », *APD* 1985, t. 30, p. 131 et s., spéc. p. 137 : « le préalable de la procédure dégage le litigieux de son immédiateté factuelle [...] et suspend l'application du droit ».

44. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 802 ; J.-D. Pelletier, « Séquestre – Sources et régime », *préc.*, spéc. n° 34.

45. Sur cette catégorie de droit, v. A. Touzain, *La consignation*, *op. cit.*, n° 121-136.

46. Cela vaut tant pour le séquestre judiciaire, régi par les articles 1961 et suivants du Code civil, que pour le séquestre conventionnel. C'est que les deux mécanismes sont proches : dès 1804, Cambacérès soulignait que « la seule différence entre le séquestre judiciaire et le séquestre conventionnel consiste en ce que, dans ce dernier, le dépositaire est choisi par les parties » (v. P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, t. 14, 1827, p. 492).

que l'on aurait tendance à vouloir privilégier. Cependant, la simple potentialité et donc le doute quant à l'identité du *verus dominus* doit conduire à écarter cette première intuition : les prétentions de chacun des litigants peuvent être aussi légitimes, ce qui doit conduire à refuser de privilégier l'un par rapport à l'autre. L'incertitude est présente; la certitude n'est que future.

Or, la propriété est tournée vers l'avenir : elle est une « virtualité de l'omnipotence sur une chose »⁴⁷. Comme le soulignait Vareilles-Sommières, « le droit du propriétaire occupe, pour ainsi dire, l'avenir et, si la chose est indestructible, si c'est une portion du sol, pénètre jusqu'à

la fin des temps »⁴⁸. C'est la raison pour laquelle « deux droits de propriété ne peuvent pas coexister sur une chose »⁴⁹. Dès lors que, dans le séquestre, le refus de tout préjugé interdit de privilégier l'un ou l'autre litigant et que le tiers séquestre ne saurait se servir de la chose déposée⁵⁰ ni prétendre la garder à terme, aucun des intéressés n'a, avant l'issue du litige, vocation à récupérer l'objet séquestré *in fine*.

Le potentiel chasse la propriété⁵¹. Le séquestre implique la désappropriation. Conclusion qu'un exégète aurait sans doute réfutée, tant elle apparaîtrait comme un modèle de libre-interprétation !

47. F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, thèse dactyl., Lyon III, 1981, n° 67. Cela implique d'ailleurs que la propriété ne puisse, sauf à être dénaturée, être utilisée à fin de sûreté : en ce sens, v. la très convaincante démonstration de C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, *Economica*, 2016, n° 76 et s. et n° 161 et s.

48. G. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 443, spéc. n° 21.

49. *Ibid.*, n° 52.

50. Art. 1930 C. civ. Le texte réserve le cas de la « permission expresse ou présumée du déposant » ; toutefois, au regard du contexte litigieux du séquestre, une telle permission doit être considérée comme exclue.

51. Pour plus de développements, A. Touzain, *La consignation*, *op. cit.*, n° 393 et s. Sur les conséquences de régime (prescriptibilité, insaisissabilité, non-application de la procédure collective, intransmissibilité temporaire et non fiscalisation), v. n° 408 et s.

Un article, une matière

Partie 3 : Articles issus d'autres codes

L'article L. 133-8 du Code de commerce (et les autres !) et le droit des transports : les fautes inexcusables des transporteurs

Nicolas Balat

Professeur à l'Université de Lille

C*ulpa lata dolo æquiparatur*. Chacun connaît la règle selon laquelle la faute lourde est équipollente à la faute dolosive, comme les innombrables discussions auxquelles elle put donner lieu¹. La faute lourde entraîne, tout comme la faute dolosive, éviction des limitations de réparation dans la responsabilité contractuelle. Découverte en droit français par la jurisprudence² et désormais figée dans la loi³, l'assimilation est aujourd'hui bien assise en droit commun des contrats.

Faute inexcusable et article L. 133-8 du Code de commerce. – En droit des transports pourtant⁴, la faute équivalente au dol n'est pas la faute lourde, mais la faute inexcusable. C'est ce qu'exprime notamment l'article L. 133-8 du Code de commerce, institué par une loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009⁵. Le texte, après avoir posé l'équivalence entre la faute dolosive et la faute inexcusable, définit cette dernière, puis répute non écrites les clauses contraires. Il dispose :

-
1. Sur ses origines, sa signification, sa portée, v. L. Mazeaud, « L'assimilation de la faute lourde au dol », *DH* 1933, chron. 49 ; R. Roblot, « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ.* 1943, p. 1 ; R. Jambu-Merlin, « Dol et faute lourde », *D.* 1955, chron. 17 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations*, 9^e éd. par F. Chabas, 1998, n° 447.
 2. L'équipollence fut fixée *praeter legem*, dans le prolongement de l'ancien art. 1150 C. civ. V. not. Req. 24 oct. 1932, *DP* 1932, 1, 176, obs. E. P. ; S. 1933, 1, 289, note P. Esmein. Certains prêtent à l'assimilation des origines romaines, mais la question est discutée (not. G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, chron. 42).
 3. C'est aujourd'hui l'art. 1231-3 C. civ., qui dispose que « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »
 4. Il faut réserver le cas des transports (spécialement de passagers) auxquels n'est applicable aucun texte spécial relatif à la faute inexcusable et qui, partant, se voient subsidiairement soumis à l'assimilation exprimée par l'art. 1231-3 C. civ.
 5. Loi n° 2009-1503 du 8 déc. 2009, art. 34, *JORF* 9 déc. 2009.

« Seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport. Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

Pourquoi cet article plutôt qu'un autre⁶ pour célébrer l'anniversaire de cette revue qui nous est chère ? Avant tout parce que, notion emblématique de la matière et domaine réservé du droit spécial des obligations – elle n'est pas tout à fait le domaine réservé du droit des transports, puisqu'elle apparaît depuis 1898 en matière d'accidents du travail⁷, et depuis 1985 dans le droit des accidents de la circulation⁸ –, la faute inexcusable est l'un des marqueurs de l'originalité du droit des transports par rapport aux solutions classiques du droit des contrats et de la responsabilité civile. S'y ajoute l'importance théorique et pratique considérable de la question, qui concentre nombre de passes d'armes dans les litiges⁹ et sur laquelle presque toute la doctrine transportiste, maritimiste et aérieniste a eu l'occasion de prendre parti¹⁰, l'adoption et la mise en œuvre de l'article L. 133-8 du Code de commerce ayant ravivé les enjeux (songeons qu'à l'heure où sont publiées ces lignes, le premier arrêt de principe retenant une faute inexcusable s'apprête seulement à fêter son deuxième anniversaire !). En outre, la question de la faute inexcusable nous semble illustrer à merveille les phénomènes de profusion et de morcellement des sources du droit des transports.

Faute inexcusable et mosaïque des textes. – La faute inexcusable, qui n'est pas l'apanage du

droit des transports, n'est pas davantage, au sein de la matière, celui de l'article L. 133-8 du Code de commerce, dernier texte en date à consacrer la notion – et dont l'édition constitue dès lors un exemple d'influence du droit aérien et du droit maritime sur le droit « terrestre »¹¹. Le droit des transports retient à l'unisson, ou presque, l'assimilation des fautes dolosive et inexcusable : article 4.5.e des règles de La Haye-Visby (transport maritime international de marchandises), article 13 § 1 de la convention d'Athènes de 1974 (transport maritime international de passagers), article L. 5422-14, 1° du Code des transports (transport maritime interne de marchandises), article L. 5421-5, alinéa 3, du Code des transports (transport maritime interne de passagers), article 21.1 de la convention de Budapest de 2001 (transport fluvial international de marchandises); article 36 des RU-CIM (transport ferroviaire international de marchandises), article 48 des RU-CIV (transport ferroviaire international de passagers), article 22.5, de la convention de Montréal de 1999 (transport aérien international de passagers et de bagages), article L. 6422-3 du Code des transports (transport aérien interne de marchandises)... Cette énumération un peu fastidieuse permet, à un double titre, d'étayer par l'exemple le constat fait par MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck selon lesquels, en droit des transports, les règles de responsabilité présentent « certaines particularités, en raison de la diversité et de l'originalité des sources »¹².

Trois phrases, trois parties. – Plusieurs plans auraient pu être envisagés pour ce commentaire. Nous prendrons le parti d'une analyse linéaire, suivant les trois phrases qui composent l'article

6. Choisir un seul texte pour illustrer le droit des transports apparaît ardu, puisque la matière se caractérise par une profusion de sources déclinées par modes (routier, ferroviaire, fluvial, aérien, maritime) et au moins par une dualité d'approches (schématiquement : une logique commercialiste pour le transport de marchandises, une influence consumériste pour le transport de passagers).

7. V. a.j. les art. L. 452-1 et L. 453-1 CSS.

8. V. l'art. 3 de la loi n° 85-677 du 5 juill. 1985.

9. Rappr. P. Bonassies, préf. à A. Sériaux, *La faute du transporteur*, 2^e éd., Economica, 1998, p. V-VI; v. aussi notre étude, « Faute inexcusable – Bilan d'étape sur l'article L. 133-8 du Code de commerce », *Bull. transports et logistique* n° 3728, 2019, p. 135.

10. Les écrits des spécialistes sont si nombreux qu'une recension qui se voudrait exhaustive apparaîtrait ici peu raisonnable... sans oublier les écrits plus généraux (v. par ex. l'édifiant article de G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, chron. 42), qui témoignent de ce que l'étude de la notion constitue un passage quasi-obligé pour qui s'intéresse au droit des transports, au droit des obligations, ou aux deux !

11. V., le prophétisant, D. Veaux et P. Veaux-Fournerie, « La pénétration en droit français de la théorie de la faute inexcusable en matière aérienne et maritime sous l'influence des conventions internationales », *in Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 391, spéc. n° 6.

12. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9^e éd., LGDJ, 2017, n° 987.

L. 133-8 du Code de commerce, qui pose une équivalence (I), une définition (II), et les rend impératives (III).

I. L'équivalence

C'est la première phrase de l'article L. 133-8 du Code de commerce qui pose l'équivalence :

« Seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport. »

L'article L. 133-8 du Code de commerce, tout comme les autres textes ci-dessus mentionnés, envisage la faute inexcusable et l'assimile à la faute dolosive.

Raisons. – L'idée sous-jacente au texte procède d'une faveur pour le transporteur – que le texte nomme, de manière quelque peu surannée, « voiturier » – et pour le commissionnaire de transport. Tant qu'ils n'ont pas commis de faute inexcusable ou de faute dolosive, ils sont fondés à se prévaloir des limitations de réparation. Cette conséquence, implicite dans l'article L. 133-8 du Code de commerce¹³, est explicitement rappelée par d'autres textes comparables (tel est par exemple le cas de l'article 4.5.e des règles de La Haye-Visby, lequel ne vise néanmoins pas le commissionnaire).

Le droit des transports est peut-être le domaine dans lequel l'importance de cette solution se révèle le mieux. Sur la question des limitations de réparation, la matière apparaît en effet largement exorbitante du droit commun : au-delà des limitations contractuelles de réparation, exprimées par des clauses limitatives auxquelles les observateurs du droit des obligations sont rompus, le droit des transports connaît des limitations *textuelles* de réparation, c'est-à-dire

des plafonds de responsabilité institués par la loi ou les conventions internationales, reléguant la règle de la réparation de tout dommage prévisible au rang d'exception¹⁴. C'est ainsi, par exemple, que le contrat type général applicable au transport de marchandises par route institué par décret – encore une spécificité de la matière ! – prévoit, pour les envois inférieurs à trois tonnes, que l'indemnité pour perte ou avarie ne peut excéder 33 euros par kilogramme de poids brut de marchandises manquantes ou avariées pour chacun des objets compris dans l'envoi, sans pouvoir dépasser 1 000 euros par colis¹⁵, ou encore que les règles de La Haye-Visby retiennent la limite la plus élevée entre 666,67 droits de tirage spéciaux par colis ou unité et 2 droits de tirage spéciaux par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées.

Siège d'une double dérogation au droit commun des contrats, l'équation « transportiste » est donc la suivante : limitations textuelles de réparation *plus* insuffisance de la faute lourde pour les tenir en échec, *égale* réparation par principe solidement limitée¹⁶. Sur ce point, la *ratio legis* de l'article L. 133-8 du Code de commerce est la même que celle des autres textes évoqués plus haut : protéger le transporteur et lui donner, selon une expression usitée dans la doctrine maritime, un droit quasi-*unbreakable* à limitation¹⁷.

Il reste une question : « la plus grande "immunité" censée être conférée aux transporteurs par rapport aux autres débiteurs contractuels se justifie-t-elle au fond ? »¹⁸ Cette faveur au transporteur, souvent présentée comme la contrepartie de la responsabilité de plein droit qui pèse sur lui¹⁹, n'en demeure pas moins assez « enviable »²⁰ et, réciproquement, assez défavorable pour le créancier – il ne pourra qu'exceptionnellement,

13. V., le regrettant, O. Deshayes, « La disparition de la faute lourde en droit des transports », *RDC* 2010, p. 615.

14. 1) Sur l'accueil réservé de la limitation de responsabilité par la jurisprudence française, v. par ex. P. Bonassies, « La "faute inexcusable" de l'armateur en droit français », in *Mélanges R. Roland, Larcier*, 2003, p. 75, spéc. n° 7.

2) Pour originales qu'elles soient et si elles donnent une part de sa spécificité à la matière, des limitations textuelles se retrouvent ailleurs. V. par ex., pour le dépôt hôtelier, l'art. 1953, al. 3, C. civ.; pour le dépôt hospitalier, l'art. L. 1113-2 CSP.

15. V. décret n° 2017-461 du 31 mars 2017, art. 22.

16. Un mouvement inverse, où la solution est au contraire moins rigoureuse qu'en droit commun des contrats, s'observe pour les dépôts hôtelier et hospitalier, où la faute simple du débiteur suffit à écarter les limitations : v. M. Leveueur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, 2017, n° 613 et s., préf. Y. Lequette.

17. G. Piette, *Droit maritime*, Pedone, 2017, n° 633 (addé n° 637). Rapp. A. Vialard, « L'évolution de la notion de faute inexcusable et la limitation », *DMF* n° 628, 1^{er} juill. 2002, 579.

18. O. Deshayes, « La disparition de la faute lourde en droit des transports », préc.

19. Rapp. D. 2017, p. 2348 et s. Adde et comp. G. Piette, *op. cit.*, n° 1161.

20. C. Paulin, « Considérations sur la faute inexcusable », *RD transp.* 2011, n° 4, repère 4.

au prix de grands efforts probatoires, obtenir l'indemnisation de son entier préjudice²¹.

Comparaisons. – Plus avant, par comparaison, la faute inexcusable est plus qu'une faute lourde et moins qu'une faute dolosive ou intentionnelle. Ces comparaisons révèlent une échelle de gravité des fautes²².

D'abord, la faute inexcusable est plus grave qu'une faute lourde, ce qui était d'ailleurs la raison de l'édiction de l'article L. 133-8 du Code de commerce²³; elle est, en quelque sorte, une faute très lourde, « une faute lourde aggravée »²⁴. La faute lourde est généralement définie comme la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle²⁵, tandis que, un cran plus loin, la faute inexcusable est délibérée, suppose une conscience des risques et une persévérance téméraire et injustifiée. Selon l'expression d'Alain Sériaux, la faute inexcusable est donc incontestablement « un degré au-dessus de la faute lourde »²⁶.

Par un raisonnement *a fortiori*, puisque la faute inexcusable est davantage qu'une faute lourde, les comportements naguère jugés insusceptibles de constituer une faute lourde ne sauraient constituer une faute inexcusable. Tel est le cas avec la question du retard d'un transporteur routier de marchandises qui s'engageait à faire vite : sous l'empire du droit antérieur à l'entrée en vigueur de l'article L. 133-8 du Code de commerce, ce comportement ne constituait pas une faute lourde (c'était l'un des apports des arrêts *Chronopost*); logiquement, la Cour de cassation

se refuse aujourd'hui à y voir une faute inexcusable²⁷.

Parallèlement, puisque la faute inexcusable est davantage qu'une faute lourde, la seule preuve de ce qu'un comportement aurait pu constituer une faute lourde n'est, aujourd'hui, pas suffisante pour entraîner la qualification de faute inexcusable. Pourtant, s'il est manifeste que les tribunaux se montrent le plus souvent plus exigeants pour caractériser la faute inexcusable que pour caractériser une « simple » faute lourde²⁸, on peut se demander si, à la marge, ils ne peinent pas parfois à desserrer les liens d'« étroite parenté » avec la faute lourde²⁹; il en découlerait assurément des difficultés d'essence pour la faute inexcusable³⁰ et nul doute que la jurisprudence à venir alimentera la réflexion sur ce point.

Ensuite, la faute inexcusable est moins grave qu'une faute dolosive, celle-ci étant aujourd'hui définie comme l'inexécution volontaire de ses obligations par le débiteur, comme le refus, de propos délibéré, d'exécuter l'engagement contracté – tel est par exemple le cas du transporteur qui s'est vu interdire toute sous-traitance par l'expéditeur mais qui sous-traite tout de même l'opération³¹. La faute inexcusable, aussi grave qu'elle puisse être et même si elle suppose également un certain degré de conscience, ne va pas jusque-là.

Il faut dès lors garder à l'esprit que l'assimilation entre faute inexcusable et faute dolosive est davantage fonctionnelle que notionnelle. Bien sûr, en arrière-fond, on considère que la faute est si grave qu'on doit empêcher le débiteur de se prévaloir des limitations de responsabilité, comme on le ferait s'il avait commis une faute

21. D'où l'intérêt pour lui de souscrire une assurance, habituelle dans le transport de marchandises.

22. Sur ce thème, v. l'étude d'ensemble de L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse Paris I, 2011, dir. G. Loiseau.

23. Ph. Delebecque, « Adieu à la faute lourde ! Bienvenue à la faute inexcusable », *AJ contrats d'affaires* 2015, p. 123. Plus largement en ce sens, G. Viney, préc., spéc. p. 264.

24. I. Corbier, « La notion de faute inexcusable et le principe de la limitation de responsabilité », in *Mélanges P. Bonassies*, Moreux, 2001, p. 103, spéc. p. 106. V. encore Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 16^e éd., Sirey, 2018, n° 2981.

25. V. not. Ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112, *Bull.* n° 4.

26. A. Sériaux, *La faute du transporteur*, 2^e éd., Economica, 1998, n° 344.

27. *Com.*, 12 juill. 2016, n° 14-20.906.

28. V. par ex. Ph. Delebecque, « Adieu à la faute lourde ! Bienvenue à la faute inexcusable », préc.

29. G. Viney, préc., spéc. p. 267; I. Corbier, préc., in *Mélanges P. Bonassies*, spéc. p. 112. Ne pourrait-on par exemple relire à travers ce prisme les arrêts *Com.*, 21 nov. 2018, n° 17-17.468, *Bull.*, et *Com.*, 16 janv. 2019, n° 17-26.299 ?

30. V. déjà, voici quelques années, la réflexion d'A. Vialard, « L'évolution de la notion de faute inexcusable et la limitation », préc., pour qui dans la jurisprudence maritime française, la faute inexcusable serait « devenue une simple variété de faute lourde ».

31. *Com.*, 4 mars 2008, n° 07-11.790, *Bull.* n° 53; 13 sept. 2017, n° 16-10.596, *Bull.*

dolosive³². Dans la faute dolosive – et le constat est transposable à la faute intentionnelle, si tant est que l'on arrive à distinguer clairement les notions, ce qui n'est pas aisé comme le montre le droit des assurances –, le débiteur l'a fait exprès ; dans la faute inexcusable, le manquement est si grave que c'est *comme si* le débiteur l'avait fait exprès. Cependant, pour le reste, nul ne songe à soutenir que les deux fautes auraient la même nature³³. L'assimilation vaut pour des raisons probatoires comparables à celles du droit commun. Pour transposer les mots de Léon Mazeaud sur la faute lourde, l'assimilation évite que l'auteur d'une faute dolosive ne prenne « le masque facile de la bêtise » pour échapper aux conséquences de sa légèreté³⁴ : si la faute inexcusable n'était pas vue comme l'équivalent du dol, il serait aisé au débiteur de plaider son incompétence plutôt que sa méchanceté, et malaisé au créancier d'aller contre l'argument ; l'assimilation « coupe court à ce trop commode moyen de défense »³⁵.

II. La définition

Est ici en jeu la deuxième phrase du texte :

« Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable. »

Une définition. – « Inexcusable » : le terme est extrêmement rigoureux³⁶ – n'est-il d'ailleurs pas, en lui-même, selon le mot de Roubier, un signe de plus que, « la morale rôde autour du droit », ou, selon celui de Ripert, une réminiscence de *la règle morale dans les obligations* ? –, annonçant dans une large mesure la couleur de son contenu. Dans les dictionnaires, ce qui est inexcusable est

défini comme ce qu'il est impossible d'excuser, et vu comme synonyme d'« injustifiable » et d'« impardonnable ». Le droit a besoin de critères plus précis et, en ce sens, l'article L. 133-8 du Code de commerce ne se contente pas d'utiliser la notion de faute inexcusable : il en offre opportunément une définition. Il fait de la faute inexcusable une faute à la fois nommée et définie, contrastant, en termes légistiques, avec les textes qui la définissent sans la nommer (tel l'article 4.5.e des règles de La Haye-Visby), ou avec ceux qui, au contraire, la nomment sans la définir (tel l'article L. 5421-10 du Code des transports)³⁷.

Quel est le champ d'application matériel de cette définition ? D'abord, l'article L. 133-5 du Code de commerce ne la rend littéralement applicable qu'aux transports routier, fluvial et aérien de marchandises, auxquels l'article L. 133-8 ajoute de son propre chef la commission de transport³⁸. Et en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, la définition précitée n'a réellement vocation à être appliquée que faute de texte plus spécifique dans ces domaines – par exemple, elle apparaît applicable dans le transport routier international de marchandises où la convention dite « CMR » ne prévoit pas de définition de la faute équivalente au dol³⁹, mais non dans le transport fluvial international de marchandises car la convention dite « CMNI » contient sa propre définition de la faute inexcusable⁴⁰.

Une faute et quatre critères. – Plus avant dans la lettre du texte, la définition légale révèle cinq éléments cumulatifs dans la faute inexcusable – ou, pour le dire autrement ainsi que viennent de le faire des juges du fond⁴¹, une faute, élément générique, et quatre critères, éléments spécifiques. Le texte exige, pour la caractérisation

32. Rapp. C. Larroumet et S. Bros, *Les obligations – Le contrat*, 9^e éd., 2018, n° 626.

33. Rapp., pour la faute lourde et la faute dolosive, C. Larroumet et S. Bros, *op. et loc. cit.*

34. L. Mazeaud, « L'assimilation de la faute lourde au dol », *DH* 1933, chron. 49, spéc. p. 53, l'auteur évoquant encore « la crainte du maquillage d'un dol ». *Addé* G. Viney, préc., spéc. p. 263, qui évoque une « présomption, l'énormité de la faute rendant vraisemblable l'intention malicieuse ».

35. *Ibid.* *Addé* H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations*, 9^e éd. par F. Chabas, 1998, n° 447.

36. V. à cet égard les réflexions de D. Veaux et P. Veaux-Fournerie, préc., spéc. n° 5.

37. V. aussi le droit social, où la jurisprudence a peu à peu dégagé la définition de la faute inexcusable : par ex. Ch. Réunies, 15 juill. 1941, *Bull.* n° 183 ; Ass. plén., 18 juill. 1980, n° 78-12.570, *Bull.* n° 5.

38. Quant à son champ d'application temporel, l'article concerne tous les contrats de transport conclus après son entrée en vigueur, l'eussent-ils été en application d'un contrat-cadre antérieur : Com., 25 sept. 2019, n° 18-12.265.

39. Art. 29.1 de la CMR de 1956.

40. Art. 21.1 de la CMNI de 2001.

41. En ce sens, CA Colmar, 16 oct. 2019, n° 18/00035, *Bull. transp. et logistique* n° 3757.

d'une faute inexcusable : une faute, son caractère délibéré, la conscience du dommage probable, une acceptation téméraire, ainsi que l'absence de raison à même de justifier le comportement du transporteur.

La faute en elle-même n'appelle pas de remarque particulière : il s'agit de constater une contravention objective aux prescriptions contractuelles, aux règles de l'art, etc. Les critères tenant au caractère délibéré de la faute, à la conscience de la probabilité d'un dommage et à l'acceptation téméraire, qui sont subjectifs, classent la faute inexcusable au rang des fautes « mixtes », qui exigent à la fois la caractérisation d'éléments objectifs et d'éléments subjectifs⁴². Et le dernier critère tient à l'absence de raison valable, c'est-à-dire à l'absence de tout fait à même de justifier le comportement du transporteur, de l'excuser : la faute doit ainsi être... inexcusable. Les critères étant cumulatifs, l'absence de l'un d'eux permet de conclure à l'absence de faute inexcusable, tandis que c'est seulement la présence de tous qui permet de retenir l'existence d'une faute inexcusable.

Indirectement, cette définition constitue un exemple d'influence de la doctrine sur le travail législatif : la formule reprend celle contenue à l'actuel article L. 6422-3 du Code des transports, lui-même héritier de textes de droit aérien inspirés par une chronique de Paul Chauveau⁴³. À côté pourtant, d'autres textes adoptent une définition légèrement différente. Cette autre tendance est notamment illustrée par les règles de La Haye-Visby, dans lesquelles la faute inexcusable est celle commise « témérement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement »⁴⁴. Cette définition, moins explicite,

est néanmoins fidèle à une formule anglaise consacrée : *recklessly and with knowledge that such damage would probably result*⁴⁵. L'argument ne peut être négligé dans une matière largement internationale où – qu'on le déplore ou qu'on l'approuve – la langue de Shakespeare prend le pas sur la langue de Molière, même si l'on confessa une préférence toute personnelle pour la formule issue de la pensée de Chauveau, plus précise et, partant, plus « méthodique » dans une perspective contentieuse.

Par-delà ces différences de formulation, toutes les définitions se ressemblent et se rejoignent pour l'essentiel⁴⁶. La faute inexcusable, si elle ne va pas jusqu'à la faute intentionnelle, est toujours une faute de témérité⁴⁷, qui « se traduit le plus souvent par l'obstination du transporteur à agir de telle manière qu'il en découlera un dommage, alors qu'il pouvait ou devait avoir connaissance du danger »⁴⁸. Cet élément se retrouve dans l'article L. 133-8 du Code de commerce comme dans les autres textes. Plus largement, l'exigence de gravité exceptionnelle n'apparaît littéralement nulle part, mais transparaît partout en filigrane⁴⁹, louvoyant d'ailleurs entre gravité de l'inexécution et gravité du comportement⁵⁰.

Un critère fédérateur ? – À partir de ces points communs, la question est souvent posée de savoir quel est le critère qui permettrait de fédérer toutes les applications de la faute inexcusable et de la distinguer de toutes les autres fautes. Certains font valoir que le caractère délibéré de l'acte ou encore l'absence de justification ne peuvent être retenus car, partagés par d'autres fautes, ils sont insuffisamment distinctifs⁵¹. D'autres ajoutent – opinion majoritaire – que

42. Comp. avec l'objectivisation de la faute simple en droit de la responsabilité civile, not. Ass. plén. 9 mai 1984, n° 80-93.031, *Lemaire*, *Bull.* n° 2, ou encore l'actuel art. 414-3 C. civ.

43. P. Chauveau, « Le projet de loi sur la responsabilité du transporteur par air », *D.* 1955, chron. p. 81 (et pour l'histoire du texte, *D.* 1979, spéc. p. 293).

44. La formule est celle des règles de La Haye-Visby, mais des équivalents existent notamment dans la convention de Varsovie amendée par un protocole de 1955 (disposition ayant influencé les autres), dans la convention de Montréal, ou encore dans la CMNI, dans les RU-CIV et les RU-CIM.

45. Ici, art. 48 RU-CIV.

46. V. déjà G. Viney, préc., spéc. p. 266. C'est en outre sans compter sur la possible tentation des juridictions de s'affranchir de disparités littérales pour harmoniser les applications de la faute inexcusable : v. I. Corbier, préc., in *Mélanges P. Bonassies*, p. 103 s.

47. Ph. Delebecque, « Adieu à la faute lourde ! Bienvenue à la faute inexcusable », préc. ; G. Piette, *op. cit.*, n° 635.

48. A. Sériaux, *op. cit.*, n° 366.

49. En ce sens également, L. Sichel, *op. cit.*, n° 212. Adde Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n° 2981.

50. I. Corbier, préc., in *Mélanges P. Bonassies*, spéc. p. 116.

51. L. Sichel, n° 209.

c'est la témérité qui est caractéristique de cette faute. Mais cet aspect saurait-il résumer à lui seul la faute inexcusable ? C'est loin d'être évident, précisément parce que ce qui fait la faute inexcusable n'est pas un critère unique, mais la conjonction de tous ses éléments constitutifs. Pour preuve : lorsque les juges du fond doivent caractériser une faute inexcusable, ils doivent prendre parti sur l'ensemble de ces éléments, à défaut de quoi ils encourrent une cassation pour défaut de base légale⁵². Soutiendrait-on qu'une recette de cuisine se résume à un seul ingrédient, et non à la conjonction de tous ceux qui la composent ? À cette image, la « recette » de la faute inexcusable en suppose réunis tous les ingrédients.

Probatio diabolica ? – Ces critères, nombreux et cumulatifs, confirment que la caractérisation d'une faute inexcusable est par essence difficile⁵³. D'ailleurs, pris tous ensemble, ces éléments ne constituent-ils pas une preuve diabolique pour qui souhaite la démontrer ? C'est ce que put se demander la doctrine face, dans un premier temps, aux nombreux refus de la Cour de cassation de caractériser des fautes inexcusables en application de l'article L. 133-8. Quelques décisions en sens contraire existent pourtant aujourd'hui, confirmant par l'exemple que la tâche n'est pas impossible, même si elle demeure difficile.

Applications. – L'article L. 133-8 du Code de commerce connaît un contentieux actif⁵⁴. Sous son empire, ont notamment été jugés inaptes à caractériser une faute inexcusable : dans le cadre d'un retard, le fait pour un transporteur s'étant engagé à faire vite de ne prendre aucune initia-

tive pour respecter le délai fixé⁵⁵; dans le cadre d'une avarie, le fait, pour un transporteur se fiant à son habitude et ne vérifiant pas le plan de route indiqué, de heurter le tablier d'un pont⁵⁶, ou encore le défaut de tout arrimage et de tout sanglage de marchandises fragiles en vue d'un transport aérien⁵⁷; dans le cadre d'un vol, le fait de stationner sur une aire autoroutière fréquentée, particulièrement visible et bordée par un haut mur rendant peu concevables les vols, l'arrêt du transporteur ayant été contraint par les temps de repos⁵⁸. Fut, à l'inverse et par exemple, retenu comme constitutif d'une faute inexcusable le fait d'avoir stationné pour la nuit une remorque chargée de marchandises sensibles, sans aucun dispositif de fermeture, sur un terrain non surveillé, isolé en pleine campagne et dominant directement sur la voie publique, et ce, en contradiction flagrante avec les instructions reçues, le transporteur ne pouvant ignorer la valeur des marchandises et le risque de vol⁵⁹. Cet arrêt témoigne ainsi, avec d'autres⁶⁰, que la faute inexcusable n'est pas impossible à caractériser, même si la tâche apparaît plus difficile que pour une faute lourde.

Il n'est pas inintéressant de regarder du côté des applications de la faute inexcusable hors du champ de l'article L. 133-8 précité, ne serait-ce qu'en raison de la plus grande maturité de la jurisprudence rendue en application des textes plus anciens. En matière maritime par exemple, purent être retenus comme constitutifs de fautes inexcusables le fait d'arrimer en pontée de navire des remorques citernes contenant des produits chimiques dans des conditions qui ne leur permettraient pas de résister à la tempête annon-

52. V. par ex. Com., 13 févr. 2019, n° 17-28.550. Et, particulièrement méthodique, CA Colmar, 16 oct. 2019, n° 18/00035 (rendu sur renvoi après cassation).

53. Rappr. L. Siguoir, « La faute inexcusable du transporteur routier de marchandises », obs. sur Com., 21 nov. 2018, *JCP G* 2018, 1276.

54. V. « Bilan d'étape sur l'article L. 133-8 du Code de commerce », préc.

55. Com., 18 nov. 2014, n° 13-23.194, *Bull.* n° 173 (et dans la même affaire, Com., 12 juill. 2017, n° 16-16.604); Com., 12 juill. 2016, n° 14-20.906. Ces arrêts sont le signe que la témérité ne peut se limiter au fait que le transporteur « n'a absolument pas cherché à prendre des mesures pour éviter le dommage prévisible » (A. Sériaux, *op. cit.*, n° 367, citant Com., 14 déc. 1977, n° 76-10.579, *Bull.* n° 294), ou à « la possibilité qu'avait le transporteur d'éviter le dommage » (*op. cit.*, n° 368), ou, plus largement et comme indiqué, que la témérité ne saurait, à elle seule, caractériser la faute inexcusable.

56. Com., 17 mai 2017, n° 15-24.761.

57. Com., 11 mars 2020, n° 17-31.612.

58. Com., 13 sept. 2017, n° 16-10.596. Rappr. Com., 13 déc. 2016, n° 15-16.027, *Bull.* n° 159.

59. Com., 21 nov. 2018, n° 17-17.468, *Bull.*

60. Pour des applications comparables, v., avant l'arrêt de 2018, Com., 4 mai 2017, n° 15-22.712 et, après lui, Com., 16 janv. 2019, n° 17-26.299.

cée⁶¹, le fait d'avoir stationné à quai pendant six jours, au ras du sol, sans surveillance ni gardiennage, un conteneur avec des marchandises prisées⁶², le fait de laisser embarquer des passagers en nombre trop élevé et de les mettre ce faisant en danger, le navire perdant sa capacité de manœuvre⁶³, ou encore, dans le cas d'une chute sur le pont avant, le fait de ne pas avoir alerté les passagers sur les conditions difficiles de la traversée, sans demander à ceux-ci de rester assis et sans interdire l'accès au pont⁶⁴. À l'inverse, la qualification de faute inexcusable a pu être rejetée pour des négligences du transporteur maritime de marchandises dans le calage et l'arrimage, même lorsqu'elles révélaient une « désinvolture certaine »⁶⁵, ou pour l'attitude du transporteur qui précipite le navire au milieu d'une vague importante source d'un soulèvement lorsque les conditions de navigation sont bonnes, et après avoir prévenu les passagers d'une accélération et les avoir invités à se cramponner⁶⁶.

Mais cet inventaire largement casuistique, au-delà des quelques grandes tendances qu'il révèle – notamment l'insuffisance des négligences ou des désinvoltures caractérisées⁶⁷ –, ne montre-t-il pas surtout que la faute inexcusable « ne se laisse pas appréhender facilement »⁶⁸ ? Par-delà quelques éléments, l'on serait encore bien en peine aujourd'hui, quel que soit le texte ou le mode de transport concerné, de peindre un tableau autre qu'impressionniste⁶⁹. La question des applications de la faute inexcusable paraît pour l'heure demeurer une invitation à se garder

des excès de l'esprit de système, ce que confirme la question de son appréciation.

Appréciation *in abstracto* ou *in concreto* ? – Toutes les composantes de la faute inexcusable en font une notion « essentiellement constituée de qualificatifs d'ordre psychologique »⁷⁰ : une faute *délibérée*, la *conscience* du dommage par son auteur, une action avec *témérité*, l'absence de *motifs* valables. C'est certainement du fait de l'existence de cette communauté d'éléments psychologiques que la question de l'appréciation de la faute inexcusable du transporteur se pose de manière aussi récurrente : doit-elle avoir lieu *in concreto* ou *in abstracto* ? Interrogation classique en droit de la responsabilité civile⁷¹, la question revient spécifiquement ici à choisir entre établir « ce qu'un transporteur conscientieux savait, aurait dû ou pu savoir » et établir « ce dont "ce transporteur" était conscient »⁷². Entre les deux approches se retrouve la différence entre le sur-mesure et le prêt-à-porter. Parce que la jurisprudence, sciemment ou non, se garde de prendre un parti explicite et définitif⁷³, elle fait figure de sphinx.

Et la question est d'autant plus sensible que les enjeux en sont importants : l'approche retenue est susceptible d'avoir un effet de système sur le jeu, ou non, des limitations, et partant, sur le montant de la réparation. D'un côté, une conception *in abstracto* de la faute inexcusable facilitera plus naturellement la mise à l'écart de la limitation et conduira donc à une plus grande satisfaction des victimes ; elle tendra en outre à rapprocher la faute inexcusable de la faute lourde au stade de leur application jurispruden-

61. Com., 7 janv. 1997, n° 94-19.035, *Bull.* n° 10.

62. Com., 5 déc. 2006, n° 04-18.051.

63. Com., 16 avr. 1991, n° 89-10.298, *Bull.* n° 146.

64. Civ. 1^{re}, 18 juin 2014, n° 13-11.898, *Bull.* n° 113.

65. Com., 7 févr. 2018, n° 16-18.140.

66. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2017, n° 16-24.656, *Bull.*

67. V., explicitement, Com., 13 févr. 2019, n° 17-28.550. Comp., pour la faute lourde, Com., 30 janv. 2019, n° 17-16.604.

68. C. Paulin, préc.

69. Rapp., pour le transport maritime, du constat de Ph. Delebecque, *Droit maritime*, 14^e éd., Dalloz, 2020, n° 811 : la jurisprudence « n'a pas toujours une position très ferme sur la faute inexcusable du transporteur ». Et dans une perspective plus générale, L. Sichel, *op. cit.*, n° 29.

70. A. Sériaux, *op. cit.*, n° 346.

71. V. not. la thèse classique de N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965, préf. H. Mazeaud. Et sur le débat en droit des transports, v. déjà R. Rodière, « La faute inexcusable du transporteur aérien », *D.* 1978, chron. 7.

72. S. Miribel, « L'affaire Rosa Delmas : Limitation et faute inexcusable, une nouvelle approche ? », *DMF* 2011, n° 730, p. 836.

73. Rapp. Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 811 (pour l'art. L. 5422-14 c. transp., mais le constat apparaît transposable).

tielle⁷⁴. D'un autre côté, une approche *in concreto* imposera davantage de rigueur dans les constatations factuelles et personnelles, et sera ainsi plus favorable au transporteur⁷⁵.

La doctrine enseigne généralement⁷⁶ que la jurisprudence française se montre classiquement plus favorable à une approche *in abstracto*⁷⁷ mais aurait amorcé un tournant vers une conception *in concreto*⁷⁸. Selon une autre lecture stimulante, la jurisprudence pourrait tendre à retenir une approche *in concreto* pour le transport de marchandises et une approche *in abstracto* pour le transport de passagers⁷⁹. Même si l'on doit se garder de toute affirmation définitive tant la question apparaît mouvante, c'est peut-être plutôt une appréciation *in concreto* de la faute inexcusable qui paraît se dessiner aujourd'hui sous l'empire de l'article L. 133-8 du Code de commerce⁸⁰. En témoigne, parmi d'autres, un récent arrêt qui avait approuvé une cour d'appel d'avoir exclu la faute inexcusable après s'être livrée à des

constatations détaillées sur la situation particulière du transporteur⁸¹.

En ce sens d'ailleurs, la coloration très psychologique de la définition commentée n'invite-t-elle pas à entrer dans une appréciation concrète du comportement du transporteur⁸² ? Autrement exprimé, la lettre incite plutôt à une appréciation *in concreto*; pourquoi ne pas s'y tenir (certains ajoutent : quitte à déduire la conscience, lorsqu'elle ne peut être retrouvée avec certitude, de circonstances liées à l'expérience de l'agent et à sa personnalité⁸³) ? Peut-être parce que cette approche, techniquement conforme au texte, porte en elle un gros défaut de politique juridique : elle conduit à retenir la faute inexcusable dans des cas excessivement rares⁸⁴. En dernière analyse, la question de l'appréciation de la faute inexcusable illustre ainsi un dilemme entre des considérations de technique juridique et des considérations de politique juridique⁸⁵. Peut-être ces incertitudes dogmatiques montrent-elles,

74. C. Paulin, préc.; O. Deshayes, préc., estimant sur ce fondement qu'il n'est pas certain que l'art. L. 133-8 C. com. modifie notablement les choses.

75. A. Vialard, préc., spéc. II; M. Leveneur-Azémar, *op. cit.*, n° 542.

76. Par ex. S. Piédelièvre et D. Gency-Tandonnet, *Droit des transports*, 2^e éd., LexisNexis, 2019, n° 899 et n° 927.

77. En droit aérien, v. Civ. 1^{re}, 5 déc. 1967, *Bull.* n° 356, concl. (contraires) R. Lindon, la faute inexcusable « doit être appréciée objectivement »; Civ. 1^{re}, 17 nov. 1987, n° 85-17.808, *Bull.* n° 302 : la faute inexcusable « doit être appréciée par rapport au comportement d'une personne normalement avisée et prudente » (*adde* A. Sériaux, *op. cit.*, n° 346 et 358 et s.). Plus récemment et en droit maritime, Civ. 1^{re}, 18 juin 2014, n° 13-11.898, *Bull.* n° 113 : « la cour d'appel a décidé à bon droit qu'un tel manquement, qui impliquait objectivement la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire [...] ». *Adde* P. Bonassies, préc., n° 3, p. 79.

78. V. par ex. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2017, n° 16-24.656, *Bull.* (dont l'interprétation divise toutefois les auteurs : comp. *DMF* Hors-série 2018, n° 110, p. 84, obs. Ph. Delebecque et *DMF* 2019, n° 811, p. 239 *in fine*, obs. J.-M. Jude). En doctrine, I. Bon-Garcin, M. Bernardet et Ph. Delebecque, *Droit des transports*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 603. Pour un essai d'inventaire en fonction de la conception retenue, S. Miribel, *DMF* 2011, n° 730, p. 863, spéc. II B. *Adde*, pour la faute inexcusable de l'armateur, Com., 22 sept. 2015, n° 13-25.584.

79. S. Adeline, « Limitation de responsabilité et accident individuel de transport maritime interne de passagers », *D.* 2018, p. 280 et s. La faute inexcusable ne serait alors pas éloignée de la catégorie des notions fonctionnelles (pour une remarque proche sur la « faute grave », T. Genicon, *RDC* 2019, p. 10 et s., *in fine*). Le bien-fondé de ce système binaire, à supposer qu'il puisse décrire parfaitement le droit positif, n'en pourrait pas moins être discuté : autant que possible, l'appréciation d'une même notion, fût-elle mentionnée dans des textes distincts, ne devrait-elle pas être uniforme (*adde* A. Vialard, préc., spéc. II) ?

80. I. Bon-Garcin, M. Bernardet et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 603; « Bilan d'étape sur l'article L. 133-8 du Code de commerce », préc., spéc. p. 136.

81. Com., 17 mai 2017, n° 15-24.761 : « ayant constaté que le sinistre résultait d'une erreur du chauffeur qui, se fiant à l'habitude, n'avait pas vérifié le plan de route indiqué sur l'avis d'autorisation sous le couvert duquel il avait réalisé le transport, ayant effectué très peu de temps auparavant pour le même client un autre transport aussi qualifié de transport exceptionnel, l'arrêt retient qu'en reprenant par erreur cet itinéraire, le chauffeur ne pouvait avoir conscience qu'un dommage en résulterait probablement ».

82. V. déjà le véhément plaidoyer de R. Rodière, préc. Rapp. A. Sériaux, *op. cit.*, n° 354.

83. M. Leveneur-Azémar, *op. cit.*, n° 578; L. Sichel, *op. cit.*, n° 382, pour qui il s'agit d'une « application souple de la méthode d'appréciation *in concreto* ».

84. Comment prouver, en particulier, que le transporteur avait effectivement conscience de la probabilité du dommage ? Le risque est que, par « facilité », le juge n'en vienne à considérer que le fait que le dommage se réalise prouve qu'il était probable (S. Miribel, *DMF* 2011, n° 730, p. 863 s.; rapp. par ex. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1981, n° 80-15.438, *Bull.* n° 385), et ne déduise de ce fait que le transporteur en avait conscience (A. Sériaux, *op. cit.*, n° 365). Rapp. P. Bonassies, préc., n° 3, p. 80.

85. V., en ce sens, M. Leveneur-Azémar, *op. cit.*, n° 543.

ainsi que le relève un auteur, que la casuistique n'a pas toujours que des inconvénients⁸⁶...

III. L'impérativité

Il y a enfin lieu de dire quelques mots sur la troisième et dernière phrase de l'article L. 133-8 du Code de commerce :

« Toute clause contraire est réputée non écrite. »

Cette disposition rend le texte expressément impératif. Cela signifie en particulier que les parties ne sauraient, directement ou indirectement, revenir sur l'assimilation entre faute dolosive et faute inexcusable posée par le texte, ou encore aménager la définition posée.

Impérativité et droit des transports. – La solution posée par l'alinéa 3 n'a pas de quoi surprendre à première lecture, tant le droit de la responsabilité du transporteur est imprégné par l'impérativité⁸⁷. Il est notamment connu que les clauses de non-responsabilité pour avarie ou perte sont prohibées : l'interdiction, qui trouve son origine dans le *Harter Act* américain de 1893 édicté en réponse aux *negligence clauses* qui étaient insérées par les transporteurs, remonte en droit français à la loi dite « Rabier » de 1905, à l'origine de l'ancien article 103, al. 3, devenu l'article L. 133-1, al. 3, du Code de commerce. Plus largement encore, l'article 41 de la CMR de 1956 frappe de nullité toute stipulation contraire aux dispositions de la convention. Cette impérativité, dont le champ est large, s'entend d'une impérativité de protection des contractants du transporteur⁸⁸.

Impérativité et faveur pour le transporteur ? – Pourtant, à y regarder de plus près, l'impérativité posée par l'alinéa 3 du texte commenté peut surprendre. Au rebours des solutions classiques en la matière, l'économie du texte invite à concevoir l'impérativité non pas tant comme une mesure de protection des ayants droit à la marchandise que comme une mesure de faveur au transporteur. Parce que le texte pose une assimilation plus exigeante que celle du droit commun, décréter son impérativité commande surtout de ne pas revenir contractuellement à la faute lourde, c'est-à-dire... de ne pas aggraver la responsabilité du transporteur⁸⁹. Pour être plus en phase avec l'esprit général de la matière, le législateur n'aurait-il pu opter ici pour un système « *one way mandatory* », notamment exprimé par les textes qui, après avoir posé l'impérativité, retiennent que le transporteur peut néanmoins assumer une responsabilité plus lourde⁹⁰ ? Il est vrai que la formule aurait encouru un autre reproche, celui de réserver un cas peu fréquent, les clauses par lesquelles les transporteurs aggravent leur responsabilité n'étant pas les plus habituelles⁹¹...

* * *

Rompant avec les premières apparences d'une matière de spécialiste dont le code dédié renvoie maints signes d'aridité, sinon d'austérité, le droit des transports sait aussi se montrer « beau droit »⁹². Ses apports à la réflexion sur la faute inexcusable, « catégorie mineure »⁹³ du droit des obligations, l'attestent. Chemin faisant, le sujet se fait aussi l'écho de récents propos selon lesquels « la faute grave et, de façon plus générale, les fautes qualifiées mériteraient peut-être une attention renouvelée car il n'est pas certain que

86. Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 811.

87. V. par ex. Ph. Delebecque, « Le nouveau droit international des transports », in *Mélanges J. Béguin*, 2005, p. 267, n° 3 ; I. Bon-Garcin, M. Bernardet et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 369, n° 464. Adde J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n° 50.

88. Par ex., pour le transport de marchandises, Ph. Delebecque, « Le nouveau droit international des transports », préc., n° 3 et n° 10. Le constat vaut *a fortiori* pour le transport de passagers. Adde la formulation caractéristique des articles 5 des RU-CIM et des RU-CIV.

89. V. O. Deshayes, « La disparition de la faute lourde en droit des transports », préc.

90. V. art. 5 des RU-CIM ; art. 5 des RU-CIV ; art. 5 des règles de La Haye-Visby.

91. Les exemples existent toutefois : v. par ex. la garantie contractuelle pour retard dite « G30 », dans laquelle la SNCF s'impose à certains égards davantage que ce qui résulte des textes européens. Adde, validant une clause d'aggravation de responsabilité pour un entrepreneur de manutention, CA Rouen, 12 oct. 2007, *DMF* 2007, 320, obs. Y. Tassel.

92. L'expression est empruntée à Ph. Jestaz, « Le beau droit », in *Autour du droit civil – Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 47.

93. L. Sichel, *op. cit.*, n° 30.

l'on ait une vision complète des notions comme des régimes de ces fautes »⁹⁴. Sur cette question comme sur d'autres avant elle – l'obligation de sécurité de résultat, l'affaire *Chronopost* à l'origine historique de l'article 1170 du Code civil, sans compter les nombreux arrêts sur la distinc-

tion des responsabilités contractuelle et délictuelle du transporteur ferroviaire, etc. –, pourra-t-on un jour affirmer que le droit des transports aura joué comme un laboratoire du droit des obligations⁹⁵ ?

94. T. Genicon, « Interrogations sur la faute grave en droit commun des contrats », *RDC* 2019, p. 10.

95. V. déjà G. Viney, préc., spéc. p. 265.

Un article, une matière

L'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile

Morgane Reverchon-Billot

Maître de conférences à l'Université de Poitiers

« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties »
CPC, art. 21

Un texte écrit pour faire rêver : l'article 21 du Code de procédure civile

1. L'expression d'un rêve. – Né d'une « retouche »¹ destinée à faire de la conciliation un principe directeur du procès civil et la mettre en valeur, l'article 21 du Code de procédure civile a pour objectif d'« affirmer qu'elle n'est pas liée à une phase de la procédure (qui aurait un et seul temps), mais qu'elle constitue, pour le juge, à tout moment, une mission (c'est-à-dire tout à la fois un pouvoir et un devoir), une vocation naturelle, inhérente à son office »². Ainsi que le confiait le Doyen Cornu, ce texte est une « ouverture de principe [naïvement] »³ posée, constituant la « part du rêve » des rédacteurs du code⁴, un « rêve de justice » dans lequel « il faut imaginer un mélange assez intuitif d'idéalisme et de réalisme, un grain d'utopie à la clé »⁵. Près de vingt ans plus tard, la doctrine⁶ déplorait que cette « offre de bonne justice à bon entendeur »

n'ait « pas trouvé d'écho » : « qui voudrait mesurer l'effort de conciliation ? »⁷. Pour autant, « ne disons pas qu'il s'agissait de propositions expérimentales qui étaient vouées à être abandonnées après un essai infructueux. Elles sont là en attente, en espérance, potentielles, offertes à tout événement. Elles ne gênent personne. En un sens, elles ont l'avenir devant elles. L'occasion fera la justice »⁸. C'est d'ailleurs « à partir de la conciliation et de sa base légale – en tout cas dans son esprit – que se glisse et s'affermite la médiation qui d'ailleurs n'en est qu'une modalité quand elle a lieu devant le juge. Le jeu est ouvert »⁹.

2. Le rêve d'une justice participative. – L'article 21 du Code de procédure civile, en posant le principe directeur selon lequel « il entre dans la mission du juge de concilier les parties », montre que les rédacteurs du code rêvaient d'une justice participative. La justice participative peut être définie comme le « concept désignant l'ensemble des processus de résolution des différends impliquant que les parties soient personnellement mises en relation pour co-construire

1. G. Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit* 1995, n° 16, p. 254.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, p. 253.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

6. *Ibid.* ; Y. Desdevises, « Remarques sur la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.* 1981, chron. 241 ; P. Estoup, « Chronique : Études et pratique de la conciliation », *D.* 1986, p. 161 ; G. Bolard, « De la déception à l'espoir : la conciliation », in *Mélanges Hébraud*, 1981, Toulouse, p. 47.

7. G. Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *préc.*, spéc. p. 254.

8. *Ibid.*

9. *Ibid.*

une solution »¹⁰. Le consentement des parties y est omniprésent, non seulement lors de l'enclenchement du processus participatif, mais également au moment de son déroulement et de son issue¹¹. Elle est encadrée par des principes directeurs, garantissant une justice de qualité, compatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme.

3. Le rôle d'une justice plurielle. – En érigeant la mission de conciliation du juge au rang de principe directeur du procès civil, les rédacteurs du code ont fait de la justice participative un complément de l'office traditionnel du juge, pouvant être exercée quelle que soit la juridiction saisie et à tout moment. L'article 21 du Code de procédure civile concerne en effet le juge civil en général, c'est-à-dire « toute juridiction de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, en première instance ou en appel, y compris devant le juge des référés, mais par définition à l'exclusion de la Cour de cassation »¹². La conciliation peut en outre être « l'œuvre de magistrats instructeurs – juge ou conseiller de la mise en état, juge rapporteur, conseiller rapporteur »¹³. Sur le fondement de l'article 21 du Code de procédure civile, la saisine du juge ne prive pas les parties de la conciliation, laquelle ne fait pas obstacle à ce que le juge tranche le litige en cas d'échec. Le texte apparaît dès lors comme l'instrument d'une justice plurielle, offrant « à chaque type de conflit, son mode de solution approprié, les uns n'excluant pas les autres et, pour un même conflit, susceptible d'évoluer dans le sens d'un apaisement ou, au contraire, d'une aggravation, il doit être possible d'aller de l'un à l'autre et *vice versa* »¹⁴.

Une matière réputée pour ne pas faire rêver : la procédure civile

4. Le parent pauvre hissé au rang de science. – Pour certains, « le seul terme de procédure évoque un droit artificiel [...] de formalités »¹⁵; pour d'autres, elle est « une collection de formules et de délais arbitraires, parée mal à propos du nom de science »¹⁶. La procédure civile a longtemps été considérée comme le « parent pauvre du droit privé, réservé aux procéduriers voire aux chicaniers »¹⁷. Elle tient pourtant un rôle fondamental : en faisant référence à la notion de civilité¹⁸, elle permet d'accomplir « le devoir de vivre [et travailler] ensemble, au quotidien, sans heurt, au sein de la grande cité, mais aussi, au sein de communautés particulières »¹⁹. Cela a peut-être joué pour que la vision réductrice, étriquée et passéiste de la procédure civile laisse place à une autre conception, la hissant « au rang d'une discipline autonome, ancrée dans des principes fondamentaux qui font d'elle une matière en plein épanouissement, dont l'étude est devenue particulièrement stimulante et occupe désormais cette catégorie de juristes dont le nom est entré dans les mœurs du droit, les processualistes »²⁰. « En définitive, la procédure civile a accédé au rang d'une science, la science qui prend pour objet le droit du procès civil »²¹.

5. La science du droit du procès civil. – Traiter de la procédure civile impose de déterminer ce qu'est le procès civil. La tâche est malaisée : la doctrine peine à s'accorder sur une définition commune. Les auteurs oscillent entre une conception formaliste, selon laquelle le procès civil est associé à la procédure, et une vision

10. M. Reverchon-Billot, « La justice participative : naissance d'un vrai concept », *RTD civ.* 2020, à paraître.

11. *Ibid.*

12. L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », in *Mélanges C. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 131, n° 15.

13. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse, PUAM, 2003, n° 383, p. 234.

14. L. Cadiet « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.* 2017, p. 522.

15. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, p. 1.

16. J.-E. Boitard, *Leçons de procédure civile*, par G.-F. Colmet-Daage et E. Glasson, t. 1, 15^e éd., Paris, 1890, n° 1.

17. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchart, *Procédure civile, droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd., Précis Dalloz, 2018, n° 413, n° 1.

18. S. Guinchart, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, 2019, n° 2.

19. J. Carbonnier, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le NCPC, vingt ans après*, La doc. française, 1998, p. 703, n° 8.

20. C. Chainais et *alii*, *op. cit.*, n° 1.

21. *Ibid.*

matérialiste, considérant le procès comme étant synonyme de litige²². Lorsque le procès s'entend de la procédure, il correspond à « la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter »²³. Il s'agit donc non seulement de « l'enchaînement des actes et formalités devant conduire à la prise de décision »²⁴, mais également « des règles et des principes qui gouvernent cet enchaînement »²⁵. Le procès au sens de litige s'en distingue radicalement : il est le « différend, désaccord, conflit considéré dès le moment où il éclate comme pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis, d'un arbitrage, entre autres modes de solution des litiges, indépendamment de tout recours à la justice étatique »²⁶. On peut encore lire qu'il correspond à un « désaccord de volonté »²⁷, à « l'existence d'une situation d'incertitude juridique, née le plus souvent d'un conflit potentiel d'intérêts, pouvant donner lieu à une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause »²⁸, ou à « l'absence d'acquiescement (au sens général du terme) de la part de l'une des parties à la prétention de l'autre »²⁹. En dépit de leurs nuances, ces définitions convergent toutes vers une même idée : le litige est ce qui anime le procès.

Une conjonction coordonnant l'article et la matière : et

6. La mise en relation de l'article et de la matière. – « Et : Conjonction copulative servant à coordonner des termes, des groupes de termes et des phrases, et exprimant une addition, une jonction, un rapprochement »³⁰. La recherche invite ici à un rapprochement entre le texte et la matière, lequel impose de « mettre en regard,

confronter »³¹ l'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile. Comment interagissent-ils ? Quels sont leurs incidences réciproques ? La confrontation permettra de révéler les liens entretenus entre les deux éléments et la manière dont ils sont mis en relation. Pour traiter pleinement du sujet, il convient de tenir compte des deux approches qui existent de la procédure civile au sens de discipline – le litige et la procédure –, en examinant autant les rapports existant entre l'article et le litige (I), que ceux entretenus entre le texte et la procédure (II).

I. Les rapports entre le litige et l'article 21 du CPC

La mise en relation du litige et de l'article 21 du Code de procédure civile doit être envisagée de deux manières. Il convient d'abord de voir ce qu'il advient du litige lorsque le juge exerce la mission conciliatrice qui lui est confiée ; le litige se trouve saisi par l'article 21 du Code de procédure civile (A). Il faut ensuite analyser l'incidence que peut avoir le litige sur la mise en œuvre du texte : le litige peut guider l'application de l'article 21 du Code de procédure civile (B).

A. Le litige saisi par l'article 21 du CPC

7. Le litige en pourparlers judiciaires. – La mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile a pour effet d'ouvrir des pourparlers judiciaires, lesquels ont pour objet la résolution amiable du litige³². La notion, consacrée par Julie Joly-Hurard, souligne le caractère contractuel de la conciliation, tout en insistant sur le fait qu'elle se déroule dans un cadre particulier, supposant un aménagement de la liberté des parties. Ces dernières, mises en relation³³ dans le cadre de pourparlers judiciaires, apparaissent comme de

22. S. Amrani-Mekki, *Le temps dans le procès civil*, Dalloz, NBT, 2000, n° 8, p. 10-11.

23. R.-J. Pothier, *Traité de la procédure civile*, in *Œuvres de Pothier*, t. 6, Paris, 1831, p. 1.

24. J. Normand, V° Procédure, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1053.

25. *Ibid.*

26. G. Cornu *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020, V° Litige.

27. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, op. cit., p. 37.

28. J. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile, droit commun et spécial du procès civil. MARD et arbitrage*, Précis Dalloz, 35^e éd., 2020, n° 1.

29. M. Reverchon-Billot, *La question litigieuse en matière contractuelle*, Dalloz, NBT, 2015, n° 10.

30. TLFi, V° Et.

31. TLFi, V° Confronter.

32. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 148 : « tractations préliminaires auxquelles ont recours les parties en cours d'instance en vue de la conclusion d'un contrat ayant trait à la solution de leur litige, sous l'égide du juge ».

33. M. Reverchon-Billot, « La justice participative [...] », préc.

véritables partenaires poursuivant l'objectif commun de résoudre le litige. Pour ce faire, elles l'analyseront dans toutes ses dimensions, cherchant ainsi à en comprendre les raisons, à déterminer l'élément qui l'a cristallisé, à envisager différentes solutions pouvant convenir... Le litige saisi par l'article 21 du Code de procédure civile se trouve totalement décortiqué par les parties; son examen va au-delà de l'analyse qui en est faite lorsque le juge se contente de le trancher.

8. Les pourparlers conduits par le juge. – Le juge peut décider de se charger lui-même de la mission de conciliation prévue par l'article 21 du Code de procédure civile; en ce cas, il conduit les pourparlers. La lecture des articles 128 à 129-1 du Code de procédure civile précise les deux fonctions que le juge exerce dans ce cadre : tenter la conciliation à tout moment et en tout lieu, et constater l'accord des parties sur leur demande³⁴. La mission conciliatrice du juge est radicalement différente de son rôle traditionnel et l'amène à considérer le litige d'une autre manière. Plutôt que de le trancher en appliquant les règles de droit, le juge va chercher à découvrir les circonstances qui en sont à l'origine, essayer de comprendre le point de vue de chacune des parties, puis de concilier les revendications des intéressés³⁵. Pour y parvenir, le juge conciliateur doit établir une relation de confiance. Cette dernière n'est pas facile à mettre en place dès lors que le juge se chargera de trancher le litige en cas d'échec de la conciliation; son impartialité peut être ici menacée³⁶. Pour conjurer ce risque,

les magistrats délèguent bien souvent leur mission de conciliation à un tiers.

9. Les pourparlers conduits par un tiers délégué. – Le juge, saisi d'un litige qu'il estime conciliable, peut préférer confier à un autre le soin de conduire le processus. Deux modalités s'offrent alors à lui : la conciliation menée par un conciliateur de justice³⁷ et la médiation conduite par un médiateur³⁸. La délégation au conciliateur de justice – à laquelle les parties ne peuvent s'opposer³⁹ – est toutefois subordonnée à l'existence d'une disposition particulière, quand celle qui est faite au médiateur peut l'être en toute hypothèse, mais avec l'accord des parties⁴⁰. Il est intéressant de remarquer que le litige peut alors être fractionné puisque « la médiation porte sur tout ou partie du litige »⁴¹. Sans doute faut-il considérer, en l'absence de disposition similaire concernant la conciliation, que celle-ci se conçoit davantage comme s'appliquant à l'entier litige⁴². Pour accomplir sa mission, le conciliateur peut convoquer les parties aux lieux, jours et heures qu'il détermine⁴³ et, avec leur accord, « se rendre sur les lieux et entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celle-ci »⁴⁴. Le médiateur, quant à lui, doit convoquer les parties⁴⁵ et, bien qu'il ne dispose pas de pouvoirs d'instruction, peut entendre les tiers qui y consentent si les parties l'y autorisent⁴⁶. En dépit de la délégation, la résolution du litige reste sous le contrôle du juge qui n'en est pas dessaisi : il fixe la durée de la mission et peut la renouveler ou au contraire y mettre fin⁴⁷, est tenu informé des difficultés rencontrées par

34. Cf. *infra* n° 10.

35. D. D'ambra, « Chapitre 325 – Conciliation et médiation droit interne », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2017-2018, n° 325.171.

36. N. Fricero et alii, *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, 3^e éd., Dalloz, 2017, n° 111.52. Cf. *infra* n° 23.

37. Art. 129-2 et s. CPC.

38. Art. 131-1 et s. CPC; Civ. 2^e, 16 juin 1993, n° 91-15.332, *JCP G* 1993.I.3723, n° 3, obs. L. Cadiet : « La médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 CPC tendant au règlement amiable des litiges et, par voie de conséquence, exclusive de tout pouvoir juridictionnel ».

39. Art. 24 du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

40. Sur le choix entre la conciliation et la médiation, cf. *infra* n° 15.

41. Art. 131-2 CPC.

42. Les litiges délégués à un conciliateur de justice sont souvent moins complexes, cf. *infra* n° 15.

43. Art. 129-2 CPC.

44. Art. 129-3 CPC.

45. Art. 131-7 CPC.

46. Art. 131-8 CPC.

47. Art. 129-1 et 129-4; 131-3 et 131-10 CPC.

le tiers dans l'exercice de sa mission⁴⁸ et peut prendre les autres mesures qui lui paraissent nécessaires, à tout moment⁴⁹.

10. Le constat de l'accord sur le litige par le juge. – L'article 129-1 du Code de procédure civile révèle que la mission conciliatrice du juge ne se limite pas au processus de conciliation mais concerne également le constat de l'accord élaboré par les parties. L'intervention judiciaire a pour effet de lui donner force exécutoire. Le juge a la possibilité de dresser un procès-verbal de conciliation, dont les extraits constitueront des titres exécutoires⁵⁰, mais il peut également homologuer⁵¹ l'accord, comme c'est le cas lorsqu'il a été constaté par un conciliateur de justice⁵². Le juge constatant l'accord dans un procès-verbal effectue un contrôle minimal de la légalité de l'acte sur son objet et sa portée⁵³ et s'assure de la « réalité de l'accord et du consentement des parties ». En cas d'homologation en revanche, il procède à un contrôle plus approfondi de la légalité, voire de l'opportunité de l'accord, c'est-à-dire de sa conformité par rapport aux intérêts en cause et à l'ordre public⁵⁴. Le constat judiciaire de l'accord portant sur l'entier différend a pour effet de dessaisir le juge du litige, tandis qu'en cas d'accord partiel « l'objet du litige est modifié en considération de ce que le juge aura constaté »⁵⁵. En outre, l'intervention du juge fait obstacle à l'introduction future d'une demande identique, fondée sur la même cause et entre les mêmes parties, laquelle se heurterait à une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée⁵⁶. L'effet produit est identique en cas de transaction, l'article 2052 du Code civil prévoit qu'un tel contrat « fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet »⁵⁷.

B. Le litige guidant l'application de l'article 21 du CPC

11. Le litige imposant l'application du texte. – La nature du litige impose parfois au juge d'exercer d'abord sa mission conciliatrice, avant de pouvoir éventuellement trancher le litige. Il ne s'agit pas d'envisager les hypothèses dans lesquelles la saisine du juge est subordonnée à une tentative de règlement amiable ; celles-ci sont hors champ de l'article 21 du Code de procédure civile⁵⁸. Le propos porte sur l'existence d'un préalable de conciliation obligatoire imposé par la loi. Devant le tribunal judiciaire et dans le cadre de la procédure orale, le préalable de conciliation est intégré à l'instance contentieuse puisque la demande en justice est formée « aux fins de tentative préalable de conciliation »⁵⁹. Il en est de même pour un litige qui est de la compétence du conseil des prud'hommes ; la tentative préalable de conciliation devant le bureau de conciliation est la première phase obligatoire de l'instance⁶⁰. C'est encore le cas en matière de baux ruraux : au jour de l'audience, le tribunal paritaire procède nécessairement à une tentative de conciliation⁶¹. Les caractéristiques du litige conditionnent le juge compétent et l'obligent à tenter d'abord de concilier les parties en application de l'article 21 du Code de procédure civile.

12. Le litige encourageant l'application du texte. – En vertu de l'article 127 du Code de procédure civile, le juge est invité à exercer la mission qui lui est confiée par l'article 21 du Code de procédure civile lorsque les parties ne justifient pas, lors de l'introduction de l'instance, de diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige. Ce texte est

48. Art. 129-5 et 131-9 CPC.

49. Art. 131-2 CPC.

50. Art. 131 CPC.

51. L'accord peut également être constaté dans un jugement de donné acte ou une décision de dessaisissement (J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 602).

52. I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 58.

53. Y. Muller, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse, Paris I, 1995, n°s 136 et 149.

54. J. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, op. cit., p. 130-131, n° 22.

55. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 92.

56. Sur l'autorité de la chose jugée, v. M. Reverchon-Billot, *La question litigieuse en matière contractuelle*, op. cit., n° 562.

57. M. Reverchon-Billot, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Transaction, 2018.

58. Cf. *infra* n° 16.

59. Art. 820 CPC.

60. Art. R. 1454-10 C. trav.

61. Art. 887 CPC.

en lui-même inutile puisque l'article 128 du même code dispose d'ores et déjà que les parties peuvent se concilier à l'initiative du juge tout au long de l'instance. Le législateur a voulu marquer le coup : le fait que le litige n'ait pas fait l'objet d'une tentative de règlement amiable est de nature à encourager son orientation vers la conciliation ou la médiation.

13. Le litige favorisant l'application du texte. – Tous les litiges ne sauraient être résolus par la voie de l'amiable; ceux qui sont susceptibles de l'être présentent toutefois des caractéristiques communes, des « critères de conciliabilité »⁶². Les magistrats seront plus enclins à exercer leur mission de conciliation lorsque les parties entretiennent des rapports de proximité. Il peut s'agir de relations de voisinage, familiales, de travail ou encore d'affaires. La conciliation, à la différence du procès qui sacre un gagnant et un perdant, a pour objectif de favoriser le maintien des relations entre les parties lorsqu'elles perdurent, ou d'apaiser le conflit et de prévenir des procès futurs lorsque celles-ci ont cessé. La conciliation est encore privilégiée lorsque l'application de la règle de droit risque de conduire à un jugement inéquitable ou à des conséquences démesurées; plutôt que de rendre une décision inique, le juge préférera que les parties se mettent d'accord sur une solution commune.

14. Le litige écartant l'application du texte. – Certains litiges, à l'inverse, paralysent radicalement la mission de conciliation du juge; c'est le cas lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, et notamment si l'ordre public est en jeu⁶³. Il est d'autres hypothèses dans lesquelles le recours à l'article 21 du CPC, sans être totalement exclu, n'est pas opportun. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer les litiges faisant intervenir des parties multiples, ceux pour lesquels il existe une disproportion entre les parties et que l'une se trouve nettement

en position de force, ou encore ceux nécessitant une solution juridique⁶⁴.

15. Le litige guidant les modalités d'application du texte. – La mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile peut prendre différentes formes⁶⁵; les caractéristiques du litige permettent d'orienter les parties vers le mode de résolution le plus adapté. En premier lieu, seuls les litiges soumis à un préalable amiable obligatoire⁶⁶ peuvent être orientés vers une conciliation déléguée à un conciliateur de justice; la mise en œuvre de l'article 129-2 du Code de procédure civile est en effet subordonnée à l'existence d'une « disposition particulière »⁶⁷. Lorsque le litige est porté devant le tribunal judiciaire dans le cadre de la procédure orale, la mission peut être déléguée à un conciliateur de justice et l'accord des parties n'est pas une condition de la délégation⁶⁸. La règle est identique en matière de conciliation devant le tribunal paritaire des baux ruraux ou devant le tribunal de commerce⁶⁹. Il en va différemment en matière prud'homale, laquelle interdit toute délégation du juge; le bureau de conciliation doit s'en charger personnellement, à l'exclusion d'un conciliateur de justice.

Le litige permet en second lieu de choisir entre la conciliation *stricto sensu* et la médiation. En l'absence de texte dirigeant les parties vers l'un ou l'autre des modes, il « semble que la pratique soit là pour orienter celles-ci en fonction de l'objet du différend »⁷⁰. Lorsque le montant du litige est faible, il est plus opportun que le juge se charge de concilier les parties ou délègue sa mission à un conciliateur de justice dont l'activité est bénévole. Le médiateur est à l'inverse un prestataire de services privé et rémunéré, qui détermine librement ses honoraires. On comprend que les parties seront peu désireuses de résoudre leur litige à l'amiable si le coût du mode de résolution est disproportionné. L'autre critère pouvant être invoqué porte sur la complexité du litige. Les

62. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 522.

63. *Ibid.*, n° 385 et s.; N. Fricero, *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, op. cit., n° 211.31.

64. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 523.

65. Cf. *supra* n° 8 et s.

66. Cf. *supra* n° 11.

67. Art. 129-2 CPC.

68. Art. 821 CPC.

69. Art. 887 (TPBR) CPC; art. 860-2 (T. com.) CPC.

70. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v. Médiation et conciliation – Procédures de médiation ou de conciliation, mars 2013 (actu. déc. 2019), n° 87.

affaires les plus simples sont le plus souvent confiées aux conciliateurs de justice, quand celles qui présentent davantage de difficultés sont attribuées aux médiateurs. La manière dont les procédures se déroulent explique cela. La conciliation *stricto sensu* est souvent relativement rapide, les parties se réunissent une ou deux fois, pour une durée d'environ une heure. Le processus de médiation prévoit plusieurs rencontres, qui peuvent chacune durer plusieurs heures; le médiateur sonde davantage les âmes en utilisant des techniques spécifiques. En outre, la nature du litige devrait avoir une incidence sur la personne du médiateur : l'objectif est de désigner celui qui paraît le mieux convenir à la situation litigieuse. L'article 131-5 3° du Code de procédure civile indique d'ailleurs que « la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit [...] [p]osséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ».

II. Les rapports entre la procédure et l'article 21 du CPC

L'étude révèle, d'une part, que les règles de procédure ont une influence sur l'exercice de la mission conciliatrice du juge et, d'autre part, que le recours à l'article 21 du Code de procédure civile n'est pas sans conséquence sur la procédure. Il convient par conséquent d'examiner les incidences de la procédure sur le texte (A), mais également celles de l'article sur la procédure (B).

A. Les incidences de la procédure sur l'article 21 du CPC

16. La saisine du juge conditionnant l'application du texte. – Pour que le juge puisse exercer sa mission conciliatrice, il est évident qu'il doit avoir été saisi. Cela signifie que la juridiction doit avoir eu officiellement connaissance de la demande des parties⁷¹. La saisine du juge est « l'acte inaugurant la phase de l'instruction et

emportant liaison de l'instance, par lequel le litige est soumis à la juridiction afin que celle-ci y applique son activité jusqu'à son dessaisissement »⁷². Le moment de la saisine, condition de mise en œuvre de l'article, varie selon l'acte introductif d'instance introduit : requête ou assignation.

Lorsque les parties se tournent vers la requête, la saisine est concomitante à la demande puisque l'acte introductif d'instance est directement remis ou adressé à la juridiction⁷³. Ainsi, la « demande aux fins de tentative préalable de conciliation »⁷⁴, formée par requête, permet au juge d'exercer immédiatement la mission qui lui est confiée par l'article 21 du Code de procédure civile. La tentative préalable de conciliation, imposée devant certaines juridictions⁷⁵, apparaît dès lors comme une modalité de mise en œuvre du texte.

Dans le cas de l'assignation en revanche, la logique est toute autre. L'acte est d'abord signifié au défendeur et il faudra que les parties en remettent une copie au greffe pour que la juridiction soit saisie. L'enrôlement de l'assignation apparaît comme la condition d'exercice, par le juge, de la mission de conciliation qui lui est confiée. Cela signifie que la conciliation mise en œuvre par les parties à réception de l'assignation, sans remise d'une copie au greffe, n'entre pas dans le champ d'application de l'article⁷⁶.

Il en va de même de l'obligation faite aux parties de recourir à l'amiable avant la saisine du juge. Au titre de l'article 750-1 du Code de procédure civile⁷⁷, « la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à [un conflit de voisinage]⁷⁸ ». Dès lors qu'aucune juridiction n'a été saisie, il ne saurait s'agir d'une modalité d'application de l'article 21 du Code de

71. S. Guinchard et alii, *Procédure civile*, op. cit., n° 528.

72. *Ibid.*, p. 459.

73. Art. 54 CPC.

74. Art. 820 CPC.

75. Cf. *supra* n° 11.

76. Il en ira différemment si les parties demandent ensuite au juge de constater leur conciliation : cf. *supra* n° 10.

77. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. V. également art. 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

78. Il s'agit des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire.

procédure civile. Le juge pourra néanmoins actionner le texte si, à l'issue du processus, les parties s'adressent à lui et lui demandent de constater leur accord⁷⁹.

17. L'amiable obligatoire préalable aménageant l'application du texte. – Le fait que les parties puissent être obligées de se tourner vers l'amiable avant de pouvoir saisir le juge a des incidences sur la mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile. Dans une telle configuration, le juge n'a plus le premier rôle pour conduire la conciliation; elle est externalisée et confiée à un tiers – conciliateur, médiateur ou avocats dans l'hypothèse de la procédure participative. Il retrouvera toutefois une place de choix si, en cas de succès du processus, les parties le saisissent pour constater leur accord; cet aspect de la mission conciliatrice du juge pourrait ainsi se développer corrélativement à l'extension de l'amiable préalable obligatoire.

L'application de l'article 21 du Code de procédure civile se trouve tout autant modifiée lorsque la conciliation préalable obligatoire échoue. En théorie, dans une telle hypothèse, rien n'interdit au juge de tenter lui-même de concilier les parties ou de les orienter à nouveau vers un conciliateur ou un médiateur : l'échec de la conciliation préalable ne préjuge pas de l'insuccès de la conciliation judiciaire. Il arrive parfois que la saisine de la juridiction rende les choses plus concrètes pour les parties et déclenche l'envie d'œuvrer à une solution commune. En pratique, il y a fort à parier que le juge se sentira exonéré de la mission de conciliation; l'article 21 du Code de procédure civile se trouvera purement et simplement écarté.

Quelles sont enfin les incidences d'une saisine faite au mépris de l'obligation préalable de conciliation ? Si les parties ne soulèvent pas l'irrecevabilité de la demande, l'article 750-1 du Code de procédure civile offre au juge la faculté de le faire d'office. Il pourra donc, à son choix, retenir l'irrecevabilité et renvoyer les parties à un mode extrajudiciaire de règlement des conflits ou passer outre l'irrecevabilité. Il peut, dans ce dernier

cas, se contenter de trancher le litige, mais il est aussi envisageable que la situation lui donne l'occasion d'exercer sa mission conciliatrice – en s'en chargeant lui-même ou en la déléguant à un tiers. Dans une telle hypothèse, l'obligation de recourir à l'amiable préalablement à la saisine du juge peut avoir pour incidence de renforcer la mise en œuvre de l'article 21 du Code de procédure civile.

18. L'instance délimitant le champ d'application du texte. – L'article 21 du Code de procédure civile peut être mis en œuvre « tout au long de l'instance »⁸⁰, « au lieu et au moment que le juge estime favorables »⁸¹. L'instance apparaît dès lors comme la notion de la procédure indiquant au juge le cadre dans lequel il peut exercer sa mission conciliatrice. L'instance correspond à la « [p]ériode qui va ordinairement de la saisine du juge au jugement »⁸². Elle « se présente comme la phase judiciaire du procès au cours de laquelle les parties au litige accomplissent [et se transmettent] un certain nombre d'actes de procédure »⁸³. Elle apparaît comme un moment d'échange et de dialogue entre le demandeur, le défendeur et le juge, lors duquel la mission conciliatrice peut être exercée.

L'article 21 du Code de procédure civile peut ainsi être actionné dès l'introduction de l'instance jusqu'à son extinction. Le président de la chambre saisie pourrait ainsi, lors de l'audience d'orientation, tenter de concilier lui-même les parties ou les diriger vers un conciliateur ou un médiateur. Le fait qu'il entre dorénavant dans l'objet de cette audience de conférer de l'état de la cause avec les avocats, « en leur demandant notamment s'ils envisagent de conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état »⁸⁴, pourrait favoriser le recours à l'article 21 du Code de procédure civile. Il peut encore être appliqué pendant l'instruction de l'affaire; des dispositions spécifiques prévoient que le juge de la mise en état « peut constater la conciliation, même partielle, des parties », « désigner un médiateur dans les conditions de l'article 131-1 » et homologuer, « à la demande

79. Cf. *supra* n° 10.

80. Art. 128 CPC.

81. Art. 129 CPC.

82. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 475.

83. *Ibid.*

84. Art. 776 CPC.

des parties, l'accord qu'elles lui soumettent »⁸⁵. Le juge peut encore concilier les parties « après la clôture de l'instruction; pendant l'audience des débats; voire après la clôture des débats jusqu'au prononcé du jugement »⁸⁶.

19. Le dessaisissement du juge empêchant l'application du texte. – *Lata sententia iudex desinit esse iudex*⁸⁷; « [l]e jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche »⁸⁸. Cela signifie que le juge est en principe privé de l'exercice de sa mission conciliatrice lorsqu'il a rendu sa décision. Des exceptions doivent néanmoins être envisagées; il arrive que le juge puisse rétracter sa décision, notamment en cas d'opposition ou de tierce opposition⁸⁹. Il est théoriquement possible, dans de telles hypothèses, que le juge tente de concilier les parties : l'intervention de nouveaux protagonistes ou le rétablissement du contradictoire peut favoriser l'élaboration d'un accord.

B. Les incidences de l'article 21 du CPC sur la procédure

20. Les incidences de l'article sur l'instance. – L'article 21 du Code de procédure civile peut avoir plusieurs incidences sur l'instance, lesquelles diffèrent selon la forme prise par la conciliation. Lorsqu'elle est menée dans le cadre d'une tentative préalable de conciliation obligatoire⁹⁰, deux instances autonomes doivent être distinguées : celle ayant pour objet de concilier les parties et l'instance contentieuses. Cela signifie que l'échec de la conciliation épuise la saisine du juge et « ne conduit pas automatiquement au jugement de l'affaire, mais remet les parties dans une situation identique à celle dans laquelle elles se trouvaient avant de saisir le tribunal d'instance à fin de conciliation »⁹¹. La situation est totalement différente lorsque la mise en œuvre de

l'article 21 du Code de procédure civile prend la forme d'une médiation. En cas d'échec du processus, le juge n'est pas dessaisi et l'instance se poursuit conformément à l'article 131-10 du Code de procédure civile : « Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur ». Dans ce cas, le juge « peut poursuivre l'instance ». L'article 21 du Code de procédure civile peut encore avoir pour effet de suspendre l'instance. L'hypothèse se rencontre lorsque les parties, après saisine du juge, s'orientent d'elles même vers un mode amiable. Elles peuvent alors solliciter un retrait du rôle, lequel s'impose au juge « lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée »⁹². Le mécanisme a pour effet « d'évacuer du rôle des affaires en cours celles qui font l'objet de véritables pourparlers en vue d'une solution amiable et de désencombrer les tribunaux d'affaires inutilement inscrites à ce rôle »⁹³. La mise en œuvre fructueuse de l'article 21 du Code de procédure civile peut enfin avoir pour effet d'éteindre l'instance⁹⁴. Il en est ainsi en cas de procès-verbal de conciliation dressé par le juge ou lorsqu'il procède à l'homologation de l'accord⁹⁵.

21. L'affirmation de la dualité de l'office du juge. – En érigeant la mission de conciliation du juge au rang de principe directeur, les rédacteurs du Code de procédure civile en ont fait l'équivalent de son activité juridictionnelle et ont consacré la dualité de l'office du juge : il lui incombe désormais de trancher le litige conformément à l'article 12 du Code de procédure civile et de concilier les parties. « Ces deux missions sont présentées comme deux modalités ou techniques différentes pour parvenir à une même fin : le règlement des litiges »⁹⁶. La mission de conciliation apparaît ainsi comme un devoir et non un simple pouvoir, au même titre que sa fonction

85. Art. 785 CPC.

86. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, préc., spéc. nos 42 et 47.

87. La sentence une fois rendue, le juge cesse d'être juge.

88. Art. 481, al. 1 CPC.

89. Art. 481, al. 2 CPC.

90. Cf. *supra* n° 11.

91. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, préc., spéc. n° 104.

92. Art. 382 CPC.

93. S. Guinchard, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, n° 61.

94. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, 1991, n° 1179.

95. Cf. *supra* n° 10.

96. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 262.

juridictionnelle⁹⁷. Cela signifie que le juge ne peut se contenter d'un rôle passif mais doit prendre des initiatives opportunes pour susciter la conciliation⁹⁸ et assurer une activité de promotion de l'institution auprès du justiciable⁹⁹. La pratique montre toutefois que le juge parvient rarement à remplir lui-même « la double mission de son office – concilier et juger – au détriment de la conciliation, faute de temps, de moyens et de disponibilité »¹⁰⁰. C'est la raison pour laquelle il confie le plus souvent la mission à un tiers; certains y voient la manifestation d'un démembrement de l'office du juge¹⁰¹.

22. La demande en justice limitant l'office du juge. – Les parties peuvent néanmoins, dans leur demande en justice, limiter son office à la seule mission de conciliation. Cette hypothèse est expressément prévue pour certaines procédures lorsque la demande en justice est faite « aux fins de tentative préalable de conciliation »¹⁰², mais elle peut s'envisager dans bien d'autres domaines. La requête conjointe, survivante de la réforme de la procédure civile, apparaît alors comme l'instrument parfaitement adapté¹⁰³. Un arrêt de la Cour de cassation l'illustre bien; dans cette affaire le juge, saisi par requête conjointe, était prié de bien vouloir procéder à une « médiation dans le cadre de l'article 21 du nouveau Code de procédure civile afin de départager [les parties] et de fixer, le cas échéant, le montant des sommes qui seraient dues ». Les parties s'engageaient « à accepter la médiation du juge en lui donnant valeur de transaction au sens des articles 2044 et suivants du

Code civil »¹⁰⁴; un tel contrat « fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet »¹⁰⁵.

23. Les antagonismes de la dualité de l'office du juge. – Pour que les parties parviennent à une solution acceptée, « le conciliateur doit non seulement connaître les faits mais aussi, plus largement, toutes les circonstances qui les entourent. Il doit découvrir les origines du conflit, non simplement les faits mais la manière dont les parties perçoivent ces faits. Cette connaissance est indispensable pour que le juge puisse parvenir à rétablir le dialogue entre les parties »¹⁰⁶. Cette manière de remplir son office menace directement son aptitude à trancher le litige en cas d'échec de la conciliation¹⁰⁷. Il peut, en raison de l'opinion qu'il a pu se faire sur l'affaire, ne plus être considéré comme objectivement neutre pour statuer sur le fond¹⁰⁸. En raison de cette impartialité objective, le juge peut choisir de s'abstenir et se faire remplacer par un autre juge¹⁰⁹, mais l'éviction peut également provenir des parties qui sont fondées à demander sa récusation¹¹⁰. En cas de délégation de la mission à un tiers, l'antagonisme est corrigé par le principe de confidentialité¹¹¹. Les constatations du conciliateur et du médiateur et les déclarations qu'ils recueillent « ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance »¹¹². L'obligation, qui s'impose avant tout au tiers mais concerne également les parties¹¹³, est indispensable pour établir le climat de confiance nécessaire à la résolution amiable¹¹⁴

97. *Ibid.*, n° 263.

98. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 1180.

99. J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit.*, n° 263.

100. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, préc.

101. R. Laher, « Une brève histoire des conciliateurs de justice », *LPA* 10 juill. 2018, n° 137, p. 5.

102. V. par exemple pour la procédure orale devant le tribunal judiciaire : art. 820 CPC.

103. M. Reverchon-Billot, « Sauvons la requête conjointe », *JCP G* 2019, n° 17, doct. 469, n° 12.

104. Civ. 2^e, 16 juin 1993, préc.

105. Art. 2052 C. civ.

106. D. D'ambra, « Chapitre 325 – Conciliation et médiation droit interne », préc., spéc. n° 325.161.

107. B. Gorchs, « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », *Dr. et soc.* 2006/1, n° 62, p. 223.

108. N. Fricero, *Le guide des modes amiables de résolution des différends*, *op. cit.*, n° 111.52.

109. Art. 339 CPC.

110. Art. 341 CPC. La liste de l'article L. 111-6 du COJ énumérant les causes de récusation n'est pas limitative; elle « n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction » (Civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, *Bull. civ.* I, n° 155).

111. M. Reverchon-Billot, « La justice participative [...] », préc.

112. Art. 129-4 et 131-14 CPC.

113. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, préc., spéc. n° 119.

114. Sur l'obligation de confidentialité, v. M. Reverchon-Billot, « La justice participative [...] », préc.

et éviter que la conciliation ne soit utilisée à une autre fin que celle pour laquelle elle a été instituée¹¹⁵.

24. La mise en œuvre du texte imposant la présence des parties. – Le principe de présence des parties¹¹⁶ devrait constituer le corollaire de la mission de conciliation du juge. Comment peut-il en être autrement ? Il est difficilement concevable que les représentants des parties puissent expliquer la réalité du litige, dans toutes ses dimensions, en tenant compte du ressenti profond des parties. En outre, le représentant ne peut agir que dans le cadre de son mandat; s'il dispose que la partie ne l'autorise à aucune concession, la conciliation ne peut qu'échouer. Bien souvent, le dialogue qui s'installe entre les parties les amène à renoncer à une partie de leurs prétentions : la présence a une « fonction conciliatrice »¹¹⁷. En cas de conciliation déléguée, les parties sont, dans la quasi-totalité des cas, personnellement présentes; c'est en revanche de plus en plus rarement le cas lorsque le juge s'en charge lui-même.

La présence peut être imposée par des dispositions spéciales lors de la tentative préalable de conciliation : l'article 883 du Code de procédure civile relatif au tribunal paritaire des baux ruraux impose aux parties de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. L'article R. 1453-1 du Code du travail relatif à la procédure devant le conseil des prud'hommes posait la même règle; il a malheureusement été réécrit et dispose désormais que « [l]es parties se

défendent elles-mêmes. Elles ont la faculté de se faire assister ou représenter ». Les dispositions relatives à la tentative de conciliation préalable devant le tribunal judiciaire autorisent également la représentation lors de la phase de conciliation par le juge et n'imposent pas que les parties comparaissent en personne¹¹⁸. Quoiqu'il en soit et même en l'absence de disposition spéciale, le juge a toujours la possibilité de contraindre la présence des parties : l'article 20 du Code de procédure civile dispose qu'il « peut toujours entendre les parties elles-mêmes ». Il serait pertinent d'ajouter un alinéa selon lequel, « le juge doit entendre les parties elles-mêmes dans l'exercice de sa mission de conciliation ». La comparution personnelle des parties pourrait alors intervenir aussi bien lors de l'audience de mise en état qu'à l'audience de jugement.

25. Un rêve devenu réalité ? – L'étude menée sur les liens entre l'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile – entendue comme la science qui a pour objet le procès civil – a permis de mettre en évidence les rapports entre la conciliation judiciaire et, le litige d'une part, puis la procédure d'autre part. Une première pierre est ainsi posée. Pour que le « rêve de justice » des rédacteurs du Code de procédure civile devienne réalité, il faut poursuivre les recherches sur les interactions entre l'amicable, le judiciaire et le juridictionnel, lesquelles déboucheront, à terme, sur un véritable système des modes de résolution des conflits les incluant tous.

115. M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, préc., spéc. n° 108.

116. A. Danet, *La présence en droit processuel*, thèse, Dalloz, Bibliothèque de la justice, 2018; E. Jeuland, « Justice numérique, justice inique ? », *Cah. just.* 2019, p. 193; M. Reverchon-Billot, « La justice participative [...] », préc.

117. A. Danet, *La présence en droit processuel*, op. cit., n° 170.

118. Art. 825 CPC.

Un article, une matière

L'article L. 132-13 du Code des assurances et le droit des successions et des libéralités Pour la réintégration dans la succession des primes d'assurances-vie

Claire-Marie Péglion-Zika

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas
Membre du Laboratoire de droit civil

1. Présentation de l'art. L. 132-13 C. assur. – Choisir un article du Code des assurances comme disposition emblématique du droit des successions et des libéralités dont le Code civil regorge¹, voilà un parti pris qui peut sembler *a priori* étonnant. Le lecteur pourrait même croire à une provocation en se rappelant que l'article L. 132-13 de ce code a pour vocation principale d'**éluder l'application du droit commun des successions et libéralités** aux primes versées par le souscripteur ainsi qu'au capital ou à la rente reçus par le(s) bénéficiaire(s) au titre d'une assurance-vie. Le texte, bien connu, dispose en effet que « Le capital ou la rente payable au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont

soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. / Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés. »². C'est notamment cette disposition³ qui explique la formule courante selon laquelle « l'assurance-vie est hors succession ».

2. Champ d'application de l'art. L. 132-13 C. assur. – Ce texte issu de la loi du 13 juillet 1930⁴ était prévu, à l'origine, pour les assurances sur la vie dans lesquelles chacun des contractants courait un risque de gain et de perte. Tel est le

-
1. On aurait pu penser à feu l'article 732 du Code civil (mais qu'en dire de plus qu'Y. Lequette, « La règle de l'unité de la succession après la loi du 3 décembre 2001 », in *Études offertes au Doyen P. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 167 et s.) ou encore à l'article 919-1 C. civ. qui met fin à la longue controverse sur l'imputation des libéralités faites en avancement de part successorale à un héritier réservataire acceptant.
 2. V. déjà sur ce texte, M. Mignot, « Histoire d'un contresens (À propos de l'article L. 132-13 du Code des assurances) », *LPA* 18 juill. 2008, p. 7 ; M. Leroy, « Pour une réécriture de l'article L. 132-13 du Code des assurances », *Dr. et patr. mag.* janv. 2018, n° 2878. V. aussi F. Sauvage et D. Faucher, « L'assurance-vie est-elle toujours hors succession ? », *JCP N* 2001, p. 1683.
 3. À laquelle s'ajoute l'article L. 132-12 C. assur. : « Le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. / Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré. ».
 4. Loi du 13 juillet 1930 dite Godard relative au contrat d'assurance, art. 68.

cas de l'assurance décès qui prévoit, en contrepartie du paiement d'une prime, le versement d'un capital à un bénéficiaire au cas où l'assuré (souvent souscripteur) venait à décéder en cours de contrat. Tel est également le cas de l'assurance de survie du bénéficiaire par lequel l'assureur s'oblige à verser un capital ou une rente au bénéficiaire désigné, uniquement dans le cas où celui-ci survit à l'assuré. Tel est le cas encore de l'assurance de capital différé qui garantit le paiement d'un capital déterminé si l'assuré est toujours en vie à l'échéance du contrat⁵. Le caractère aléatoire de ce type de contrat d'assurance sur la vie ne peut être nié. Soit le risque assuré, à savoir le décès de l'assuré, se réalise dans les conditions prévues et le capital ou la rente – dont le montant dépasse celui des primes versées – doivent être payés : l'assuré l'emporte. Soit le risque assuré ne se réalise pas et les primes sont perdues, aucun capital, ni rente ne sont versés : l'assureur l'emporte. Aléatoires, ces contrats s'analysent comme des produits de **prévoyance familiale** « dont le but était de constituer un capital, qui n'existait pas au moment de la souscription, par l'épargne continue et laborieuse des primes modestes prélevées sur les revenus, en vue de conforter le patrimoine familial au bénéfice du conjoint survivant et des enfants héritiers »⁶. Ainsi conçue, l'assurance-vie est un instrument non pas de transmission des richesses, mais de protection contre la perte d'un soutien financier⁷. À défaut d'élément matériel de la donation (appauvrissement souvent modique) et surtout d'intention libérale (opérations justifiées par le souci de prémunir les héritiers du souscripteur contre les conséquences financières d'un décès souvent prématuré), ces produits assurantiels ne peuvent en aucun cas être qualifiés de

libéralités. On comprend alors l'existence de l'article L. 132-13 et l'exclusion corrélatrice de l'application du droit des successions et des libéralités.

Ce texte a cependant acquis une portée bien plus considérable depuis que la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts du 23 novembre 2004⁸ – critiqués et critiquables⁹ – l'a rendu applicable aux assurances-vie dites de capitalisation, de placement ou encore mixtes. Ces expressions désignent des produits financiers, développés à partir des années 1980, par lesquels la prestation de l'assureur est, quoiqu'il arrive (c'est-à-dire que le décès survienne dans les temps ou non), du montant des primes acquises, augmenté des intérêts et diminué des frais de gestion. C'est une première différence avec les assurances envisagées précédemment : le capital est lié au montant des primes versées. De plus, seconde différence, l'assuré est toujours « gagnant » car l'assureur devra toujours verser le capital, le seul doute tenant à la personne devant en profiter¹⁰. À la logique de prévoyance familiale s'est ainsi substituée une **finalité financière**. Alors que, dans ces produits, « tout aléa relatif au risque garanti et aux prestations dues est *de facto* élué par le montage financier »¹¹, la Cour de cassation n'a pas hésité, dans les arrêts précités, à considérer que « le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 [désormais abrogé] du Code civil, L. 310-1, 1° et R. 321-1, 20 du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie ».

Il n'est pas question de revenir dans ces colonnes sur le débat relatif à la nature juridique de l'assurance-vie à caractère financier, sur lequel

5. Échéance fixée à une date déterminée, à tel âge atteint par l'assuré ou tant d'années après la souscription du contrat.

6. En ce sens, v. Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 14^e éd., 2017, n° 1091. Sur cette politique de prévoyance encouragée par la loi de 1930, v. A. Ponsard, *Les donations indirectes*, Sirey, 1946, p. 263.

7. M. Grimaldi, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Defrénois* 1994, n° 11, p. 737, spéc. n° 22.

8. Ch. mixte, 23 nov. 2004, n°s 01-13.592 et 02-17.507.

9. V., entre autres, M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, coll. Manuels, 7^e éd, 2017, n° 740, qui qualifie cette jurisprudence de « calamiteuse ».

10. Le souscripteur lui-même en cas de survie, ou le bénéficiaire désigné en cas de décès du souscripteur.

11. En ce sens, v. Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 996.

tout a d'ores et déjà été dit¹², ni de critiquer après d'autres le fait que la Cour semble confondre l'aléa avec ce qui n'est qu'un terme incertain¹³, mais d'éprouver les conséquences de cette solution jurisprudentielle constante, à savoir que les primes versées par le souscripteur dans le cadre d'une assurance vie de placement tout comme le capital ou la rente reçus par le bénéficiaire à ce titre échappent, à ce jour, et sauf exceptions¹⁴, au droit commun des successions et des libéralités.

3. Contenu de l'art. L. 132-13 C. assur. – Plus précisément, quelles sont les règles du droit des successions et des libéralités éludées du fait de l'application de l'article L. 132-13 du Code des assurances aux assurances-vie de placement ? Il s'agit des dispositions relatives au sort des **libéralités consenties par le défunt**, celles relatives à la fois à leur **rapport**¹⁵ et à leur **réduction** pour atteinte à la réserve¹⁶. La première de ces institutions contraint un héritier à « rendre compte à la succession des libéralités qu'il a reçues du *de cuius* »¹⁷. Comme le souligne un

auteur, le rapport permet d'assurer, pour chaque héritier, « l'égalité entre sa vocation légale et la quote-part des biens qui lui revient compte tenu de la dévolution légale et des libéralités consenties aux héritiers »¹⁸. La seconde série de règles concerne uniquement les libéralités « excessives », celles dont la valeur dépasse la quotité disponible. Dans un tel cas, « l'éventuel excédent est sujet à réduction »¹⁹. Rapport et réduction des libéralités, en ce qu'ils obligent à restituer en vue de reconstituer le patrimoine du *de cuius*, participent donc indirectement ou directement à protéger la réserve héréditaire.

L'article L. 132-13 exempté donc le bénéficiaire de l'assurance-vie de tout rapport ou réduction du capital ou de la rente perçus ainsi que des primes versées. Il est vrai que le principe posé par la disposition étudiée connaît quatre tempéraments, soit quatre cas dans lesquels l'assurance-vie est prise en compte au titre de la réserve héréditaire. Les deux premières limites sont d'origine légale : si les primes sont d'un montant manifestement exagéré, en application de l'article L. 132-13, alinéa 2, du Code des assu-

12. M. Grimaldi, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », préc. ; L. Mayaux, « Les relations du droit de l'assurance et de la famille », *RGAT* 1994, p. 423 ; F. Lucet, « Le sort des contrats d'assurance-vie non dissous à la dissolution de la communauté », *Defrénois* 1993, p. 271 ; J. Kullmann, « Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte », *D.* 1996, chron. p. 205 ; J. Ghestin, « L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance-vie », *JCP* 1995.I.3881 ; J. Aulagnier, « L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance ? », *Dr. et patr.* 1996, n° 44, p. 44 ; F. Lucet, « La qualification des contrats d'assurance-vie », *Gaz. Pal.* 28-29 nov. 1997, p. 271 ; F. Sauvage, « L'assurance-vie et le patrimoine de la famille », *RGDA* 1997, p. 13 ; L. Mayaux, « L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? », *RGAT* 2000, p. 767 ; C. Charbonneau et F.-J. Pansier, « Le contrat d'assurance-vie à la croisée des qualifications entre assurance-épargne et capitalisation, l'assurance balance », *Gaz. Pal.* 16-17 mars 2001, p. 6 ; J. Ghestin et M. Billiau, « Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP* 2001.I.329 ; M. Giray, « L'assurance-vie hors succession : la mort d'une fiction ? », *Dr. et patr.* 2001, p. 27 ; M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois* 2001, art. 37276 ; J. Ghestin, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP* 2005.I.111 ; F. Leduc et Ph. Pierre, « Assurance-placement : une qualification déplacée », *RCA* 2005, chron. 3 ; Ph. Delmas Saint-Hilaire, « Assurance-vie et chambre mixte : *Alea jacta est !* », *RJPF* févr. 2005, p. 25 ; J.-L. Aubert, « L'aléa et l'assurance sur la vie », in *Mélanges Groutel, Litec*, 2006, p. 13 ; V. Heuzé, « Un monstre et son régime : le contrat commutatif d'assurance sur la vie », in *Mélanges Bigot, LGDJ*, 2010, p. 193 ; L. Mayaux, « Assurance-vie : faut-il distinguer là où la loi ne distingue pas ? », in *Mélanges Bigot, LGDJ*, 2010, p. 281. V. aussi V. Nicolas, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, 1996, n° 714 et s. ; C. Béguin, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 2011 ; C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, thèse Paris II, 2012.

13. En ce sens, v. Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, op. cit., n° 996.

14. V. *infra* n° 3.

15. Art. 843 et s. C. civ.

16. Art. 918 et s. C. civ.

17. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n° 724.

18. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n° 724.

19. Art. 918 C. civ.

rances²⁰ ou si n'est désigné aucun bénéficiaire de l'assurance en cas de décès, en application de l'article L. 132-11 du même code²¹; la troisième limite est jurisprudentielle : si, compte tenu des circonstances de la cause (par exemple, l'état de santé du souscripteur qui fait que le dénouement du contrat à l'avantage du bénéficiaire désigné est en réalité certain), l'opération est requalifiée de donation indirecte²²; la quatrième et dernière limite est conventionnelle : si le souscripteur a décidé d'inclure dans sa succession le bénéfice de l'assurance-vie²³. Ainsi, « la voie est étroite »²⁴ pour les héritiers réservataires qui souhaitent voir les sommes placées en assurance-vie intégrer les opérations de réduction et, le cas échéant, de rapport.

4. Effet de l'art. L. 132-13 C. assur. – Des exemples chiffrés permettent de mesurer l'incidence pratique de cette disposition. Imaginons une femme dont le patrimoine est constitué de capitaux pour un montant total de 900 000 euros, ventilés entre un portefeuille de valeurs mobilières et une assurance-vie, à hauteur de 2/3 (600 000) pour le premier et 1/3 (300 000) pour la seconde. Elle décède en laissant trois enfants A, B et C (héritiers réservataires par hypothèse²⁵)²⁶.

Hypothèse n° 1 : La mère a désigné A, sa fille, comme bénéficiaire de l'assurance-vie.

Au décès de la mère, A reçoit les 300 000 euros placés sur l'assurance-vie, elle ne doit ni rapport ni réduction de cette somme. Le reste des biens de la succession (600 000 euros en valeurs mobilières) est partagé à égalité entre les trois enfants²⁷ : ils reçoivent 200 000 chacun. Ainsi A reçoit 500 000 en tout (300 000 assurance + 200 000 succession), tandis que B et C ne perçoivent que 200 000 chacun.

Que ce serait-il passé si l'assurance-vie était considérée comme une donation²⁸ rapportable et réductible ? S'agissant de la réduction, il faudrait établir la masse de calcul de la quotité disponible²⁹ qui serait de 900 000 dont le ¼ formerait la quotité disponible ordinaire (QDO)³⁰, soit 225 000. Le montant de la réserve héréditaire globale (RH) s'élèverait donc à 675 000 (soit $\frac{3}{4}$ de la masse de calcul), et les parts de réserve individuelle (RHI) à 225 000. L'assurance-vie s'imputerait sur la RHI de la fille A à hauteur de 225 000, puis sur la QDO à hauteur de 75 000³¹. La QDO ne serait donc pas épuisée. Aucune réduction ne serait à prévoir. Il resterait 150 000 (225 000 – 75 000) de QDO, à partager par tête et à égalité entre les trois enfants, soit 50 000 chacun. En définitive, A recevrait 350 000 (300 000 assurance + 50 000 part de QDO). B et C 275 000 chacun (225 000 RHI + 50 000 part de QDO). À noter que l'assurance-vie serait, par

20. La Cour de cassation a posé des critères pour encadrer l'appréciation souveraine des juges du fond, v. not. Ch. mixte, 23 nov. 2004, préc. : le caractère manifestement exagéré s'apprécie notamment en fonction de divers facteurs comme la situation de fortune globale du souscripteur (contrôle de proportionnalité), le mobile de la souscription (intention libérale ou non) ainsi que l'utilité de la souscription de ce type de contrat pour le souscripteur. V. aussi Civ. 2^e, 10 avr. 2008, n° 06-16.725 ; Civ. 1^{re}, 12 nov. 2009, n° 08-20.443 et 08-20.541 ; Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-12.076. La Cour de cassation a, en outre, jugé que dès lors que les primes étaient qualifiées d'excessives, elles devaient être rapportées et pouvaient être réduites pour leur intégralité, et non seulement pour leur part excessive, Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, n° 95-15.674.

21. Alors « le capital ou la rente garantis font partie du patrimoine ou de la succession du contractant. ».

22. Civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, n° 05-10.254 ; Ch. mixte, 21 déc. 2007, n° 06-12.769 ; Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-13.269.

23. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-12.491 ; 10 oct. 2012, n° 11-17.891.

24. F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Dalloz, coll. Précis droit privé, 4^e éd., 2013, n° 1176. V. aussi L. Broyer, « Assurance-vie et primes manifestement exagérées : les décisions de justice que le notaire doit connaître », *Bull. du CRIDON de Paris*, 15 mars 2020, n° 5-6, p. 32 : « Sur un échantillon de 140 arrêts [de la Cour de cassation et de cours d'appel] prélevés entre 2010 et début 2020, on compte 104 arrêts rejetant la qualification de primes manifestement exagérées et 36 concluant à cette qualification. Cette tendance jurisprudentielle avait déjà été observée dans un précédent article sur le même thème, publié en 2012 ; elle ne fait que se confirmer ».

25. Art. 913 C. civ.

26. Pour les besoins de la démonstration, on suppose que les valeurs sont les mêmes au moment du décès et au moment du partage.

27. Art. 735 et 744 C. civ.

28. Sur cette qualification, v. *infra* n° 15.

29. Art. 922 C. civ.

30. Art. 913, al. 1^{er}, C. civ.

31. Art. 919-1, al. 1^{er}, C. civ. : « La donation faite en avancement de part successorale à un héritier réservataire qui accepte la succession s'impute sur sa part de réserve et, subsidiairement, sur la quotité disponible, s'il n'en a pas été autrement convenu dans l'acte de donation. L'excédent est sujet à réduction. ».

hypothèse, rapportable³², ce qui signifie que la masse partageable³³ serait de 900 000 (600 000 de biens existants + indemnité de rapport à 300 000) à diviser à égalité entre les trois héritiers, soit 300 000 chacun. Or, comme il appartient aux cohéritiers du gratifié de choisir, au mieux de leurs intérêts, le titre auquel ils demandent la restitution³⁴, B et C devraient demander le rapport plutôt que la réduction. Ainsi l'égalité entre les héritiers serait parfaitement préservée.

Hypothèse n° 2 : La mère a désigné A, sa fille, comme bénéficiaire de l'assurance-vie, et légué en avancement de part à chacun de ses deux autres enfants 300 000 euros (les 600 000 euros de valeurs mobilières sont répartis entre les deux filles). Au décès de la mère, et comme dans l'hypothèse n° 1, A reçoit les 300 000 d'assurance-vie. En présence de libéralités, il faut établir la masse de calcul de la quotité disponible qui est de 600 000 euros (les deux legs) dont le $\frac{1}{4}$ forme la QDO, soit 150 000. La RH globale s'élève donc à 450 000 (soit $\frac{3}{4}$ de la masse de calcul) et la RHI à 150 000. Les libéralités consenties par la mère portent atteinte à la réserve puisque la part de réserve des deux légataires ainsi que la QDO (450 000 en tout) ne peuvent absorber les deux legs d'un montant total 600 000. Si l'on exécute les deux legs, A ne touchera pas sa réserve. Sur les 600 000 légués, il faut que A récupère 150 000 de sorte qu'elle peut demander la réduction des deux legs, afin d'être remplie de sa RHI. Les deux legs subissent une réduction proportionnelle³⁵ : 75 000 sont pris dans le premier, 75 000 dans le second. Ainsi, la RHI de A est reconstituée (75 000 + 75 000 = 150 000), à laquelle s'ajoute l'assurance-vie, elle reçoit donc 450 000 en tout. B et C conservent le reste, c'est-à-dire 225 000 chacun (leur legs de 300 000 – 75 000 de réduction). À noter que dans l'hypothèse, les legs sont rapportables³⁶, ce qui signifie que la masse partageable est de 600 000 (2 × indemnité de rapport à 300 000) à diviser à égalité entre les trois héritiers, soit 200 000 chacun. Il est donc préférable pour A de demander le rapport plutôt que la

réduction : elle perçoit ainsi 500 000 (200 000 succession + 300 000 assurance) tandis que B et C obtiennent seulement 200 000 chacun. Ainsi, là où la défunte projetait sans doute d'assurer l'égalité entre ses trois enfants, on constate un déséquilibre au profit de la fille A bénéficiaire de l'assurance vie.

Que ce serait-il passé si l'assurance-vie était rapportable et réductible ? Les trois enfants seraient gratifiés du même montant et dans les mêmes proportions. S'agissant de la réduction, la masse de calcul réunirait toutes les libéralités, soit 900 000. La QDO serait de 225 000, la RHI également. Les libéralités pourraient toutes être exécutées sans empiéter sur la réserve et donc sans réduction : chaque libéralité épuiserait la réserve du gratifié (225 000) et trouverait à s'appliquer, pour le reste sur la QDO (75 000 pour chacune des trois libéralités : $3 \times 75\ 000 = 225\ 000$). Chacun des trois enfants recevrait 300 000 (225 000 RHI + 75 000 part de QDO). La voie du rapport mènerait au même résultat : la masse partageable de 900 000 serait répartie par tête et à égalité entre les trois, chacun conserverait ses 300 000.

Hypothèse n° 3 : La mère a désigné un tiers comme bénéficiaire de l'assurance-vie. À son décès, ce tiers reçoit les 300 000 euros placés sur l'assurance-vie, il ne doit ni rapport ni réduction de cette somme. Le reste des biens de la succession (600 000 euros en valeurs mobilières) est partagé à égalité entre les trois enfants : ils reçoivent 200 000 chacun.

Que ce serait-il passé si l'assurance-vie était rapportable et réductible ? En vertu d'un raisonnement similaire à l'hypothèse n° 1, la masse de calcul de la quotité disponible s'élèverait à 900 000, la QDO à 225 000, la RH globale à 675 000 et les parts de RHI à 225 000. La libéralité consentie par la mère porterait atteinte à la réserve puisque 300 000 ont été donnés alors que le disponible n'est que de 225 000, de sorte que les trois enfants pourraient demander la réduction de l'assurance-vie, afin d'être remplis de leur part de RHI (225 000 chacun). Le tiers bénéficiaire ne pourrait prétendre qu'à 225 000.

32. Art. 843 C. civ. : le rapport est dû par l'héritier *ab intestat* venant à la succession.

33. Art. 825 C. civ.

34. M. Grimaldi, *Droit des successions, op. cit.*, n° 846.

35. Art. 926 C. civ.

36. Art. 843, al. 2, C. civ. s'agissant des legs stipulés en avancement de part.

Le rapport ne serait pas dû par le tiers qui n'est pas héritier *ab intestat*³⁷.

Ces exemples illustrent que « selon qu'au hasard d'une conversation à un guichet de banque, un individu place ses capitaux en assurance-vie ou en parts d'OPCVM, le voilà en situation d'en disposer à sa guise ou dans les seules limites de la quotité disponible »³⁸. Plus gravement, ils démontrent que, du fait de l'article L. 132-13 du Code des assurances, le recours à l'assurance-vie constitue un formidable moyen de contourner, consciemment ou non, les règles relatives à la réserve héréditaire en favorisant celui qui est désigné comme bénéficiaire de ce contrat, qu'il s'agisse d'un héritier réservataire préféré aux autres ou d'un héritier non réservataire préféré aux réservataires. Quand on sait que l'assurance-vie est le placement préféré des Français – l'encours des contrats d'assurance-vie s'élève à 1 789 milliards d'euros³⁹ –, on perçoit ainsi sans difficultés les enjeux civils en matière de droit des successions et des libéralités, mais aussi plus largement les enjeux économiques et fiscaux.

4. Remise en cause de l'art. L. 132-13 C. assur. ? – Est-il admissible que de telles fortunes échappent ainsi à l'ordre public successoral ? Autrement dit, « le droit français peut-il, pour permettre le développement de l'économie, sacrifier la réserve héréditaire, en considérant que l'intérêt public, celui de l'économie, justifie de passer outre des intérêts purement privés, ceux des héritiers ? »⁴⁰ La question relève évidemment, avant tout, d'un choix de politique juridique, selon que l'on entend privilégier des considérations de politique économique ou de solidarité familiale⁴¹. Dans le contexte actuel, marqué par un véritable sursaut en matière de

protection due à la réserve, comme en témoigne notamment le très récent *Rapport sur la réserve héréditaire*⁴² qui « propose que la réserve héréditaire des descendants soit maintenue et que son principe soit fermement réaffirmé »⁴³, il y a tout lieu de s'interroger sur la pérennité des solutions portées par l'article L. 132-13 du Code des assurances. Nous expliquerons pourquoi il faut y renoncer (I) et comment y parvenir (II).

I. Pourquoi ?

5. Contexte favorable à l'abandon de l'art. L. 132-13 C. assur. – Le maintien des solutions actuelles, promues par l'article L. 132-13 du Code des assurances, a ses défenseurs. Néanmoins, les arguments qu'ils invoquent – tenant aux conséquences économiques, à l'affaiblissement de la réserve ou au travestissement de la volonté législative – peinent à convaincre tant ils sont réversibles. L'absence de véritables obstacles économique et fiscal (A), la défense de la réserve héréditaire des descendants (B) ainsi que la *ratio legis* de la disposition (C) créent au contraire un contexte tout à fait propice à faire tomber les assurances-vie de placement dans l'escarcelle du droit des successions et des libéralités⁴⁴.

A. L'absence d'obstacles économique et fiscal

6. Argument économique versus spécificité du droit fiscal. – Certains prétendent que faire entrer les assurances-vie de capitalisation dans le giron du droit des successions et des libéralités aurait un effet économique désastreux. L'argument est agité depuis le début de la controverse sur la nature – aléatoire ou non – de ces produits financiers. Ainsi l'avocat général Régis de

37. Art. 843 C. civ. Civ. 1^{re}, 26 avr. 1988, n° 86-18.473 : « ne doivent pas être rapportés les dons faits à des personnes qui ne sont pas héritières ».

38. M. Grimaldi, obs. sous Ch. mixte, 23 nov. 2004, *RTD civ.* 2005, p. 434.

39. Chiffre pour fin janvier 2020 communiqué sur le site Internet de la Fédération Française de l'Assurance, <https://www.ffa-assurance.fr/etudes-et-chiffres-cles/assurance-vie-collecte-nette-positive-en-janvier-2020>.

40. A.-M. Leroyer, « Réflexions sur la qualification de donations indirectes soumises au rapport », in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois, p. 551, spéc. p. 565.

41. V. A.-M. Leroyer, « Réflexions sur la qualification de donations indirectes soumises au rapport », préc., spéc. p. 563 et s., qui propose de faire dépendre le rapport des libéralités non plus de considérations de politique économique, mais de considérations de politique familiale.

42. C. Pérès, Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, Rapport du groupe de travail remis le 13 décembre 2019 au garde des Sceaux, ministre de la Justice.

43. C. Pérès, Ph. Potentier, *RJPF* 2020, entretien p. 39.

44. *Contra* G. Bekerman, *La lettre des adhérents de l'AFER* 2020, n° 114, « L'édito du Président », qui à propos de la proposition n° 23 du *Rapport sur la réserve* estime que « cette idée n'est fondée ni en droit, ni politiquement ».

Gouttes, dans son avis sous les arrêts précités du 23 novembre 2004, craignait-il que cela « affecte [...] profondément les stratégies de prévoyance, d'épargne et de transmission patrimoniale pour lesquelles les contrats d'assurance vie mixtes fournissent un outil simple et très efficace à des millions de Français »⁴⁵. La crainte existe même jusqu'au sommet de l'État. Pour preuve, une lettre du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie⁴⁶ dans laquelle on peut lire : « Compte tenu des montants en jeu et de l'image très sécurisante de l'assurance vie, un tel bouleversement serait, non seulement, porteur de risques systémiques pour la place de Paris, mais ne manquerait pas de susciter une crise de confiance profonde des épargnants vis-à-vis de l'ensemble du régime légal et fiscal mis en place par l'État autour des produits d'épargne et de prévoyance ».

Mais cette crainte n'est-elle pas « un peu fantasmée »⁴⁷ ? Il est fort peu probable que ce soit le régime civil (à savoir l'exclusion du droit des successions et des libéralités) qui constitue pour les Français le facteur attractif à l'égard des assurances-vie de capitalisation. À n'en pas douter, c'est bien plus leur régime fiscal avantageux en cas de décès de l'assuré qui justifie l'attraction. En effet, lorsque les primes ont été versées par le souscripteur avant ses 70 ans⁴⁸, le capital ou la rente reçus par le(s) bénéficiaire(s) au décès de l'assuré sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit et soumis à un prélèvement spécifique, après abattement fixe de 152 500 euros, à un taux plus avantageux que celui des droits de mutation à titre gratuit⁴⁹. Dès lors, le séisme éco-

nomique redouté dépend, en réalité, de la crainte d'une modification du traitement fiscal des assurances-vie de placement – concrètement, leur soumission aux droits de succession – qui conduirait les Français à s'en détourner.

Néanmoins, une telle modification ne paraît pas inévitable : comme nous le verrons, en raison d'un possible particularisme du droit fiscal, il semble envisageable de modifier le régime civil des assurances-vie de capitalisation, en les soumettant au rapport et à la réduction, tout en maintenant leur régime fiscal favorable⁵⁰.

B. La défense de la réserve héréditaire des descendants

7. Affaiblissement de la réserve (1) versus défense de la réserve des descendants dans l'ordre interne. – La suppression de la réserve des ascendants, l'instauration de la réduction en valeur (plutôt qu'en nature) des libéralités excessives et l'introduction de la renonciation anticipée à l'action en réduction ont nourri le constat unanime⁵¹ du fléchissement de la réserve dans l'ordre interne, depuis la réforme du 23 juin 2006⁵² notamment. À cela s'ajoute que le caractère d'ordre public de la réserve a été battu en brèche aussi dans l'ordre international. Deux arrêts de la Cour de cassation ont ainsi affirmé, à grand bruit, qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français »⁵³. Dès lors, pourquoi ne pas voir dans l'application de l'article L. 132-13 du Code des assurances aux assurances-vie de placement

45. R. de Gouttes, « Quelle est la nature des contrats d'assurance-vie dits "de placement" ? », *BDCF* mars 2005, n° 35.

46. Lettre citée in R. de Gouttes, « Quelle est la nature des contrats d'assurance-vie dits "de placement" ? », préc.

47. C. Pèrès, Ch. Vernières, *Droit des successions*, PUF, coll. Thémis, 2018, n° 33. Pour une position plus nuancée, v. le *Rapport sur la réserve héréditaire*, n° 219 : « On a craint, à tort ou à raison, qu'une prise en compte de l'assurance-vie au titre de la réserve héréditaire ne soit interprétée par les Français comme une remise en cause des avantages fiscaux de ce placement et ne déstabilise ce secteur clé de l'économie française. ».

48. Les primes versées par un souscripteur de plus de 70 ans sont imposées au titre des droits de mutation à titre gratuit (calculés en fonction du lien de parenté) sur la fraction des primes qui excède 30 500 euros (art. 757 B CGI).

49. Selon l'art. 990 I, I, al. 1 *in fine*, du CGI, « le prélèvement s'élève à 20 % pour la fraction de la part taxable de chaque bénéficiaire inférieure ou égale à 700 000 €, et à 31,25 % pour la fraction de la part taxable de chaque bénéficiaire excédant cette limite », alors que le taux de 30 % s'applique dès 552 324 euros dans le barème des droits de successions.

50. Pour la mise en œuvre, v. *infra* n° 12.

51. Sur ce constat, v. not., C. Brenner, « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », in A. Leborgne (dir.), *La réforme des successions et des libéralités et la loi du 23 juin 2006*, PUAM, 2008, p. 33 et s.; M. Grimaldi, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, p. 2551; G. Wicker, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. et patr.* 2007, p. 157 et s.

52. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

53. Civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198 et n° 16-13.151, *Jarre et Colombier*.

qu'une autre manifestation de ce recul de la réserve héréditaire ?⁵⁴

Une fois de plus, l'argument n'est pas pleinement convaincant. La réserve a été affaiblie certes, mais elle n'est pas moribonde pour autant. Faut-il rappeler que son existence est rappelée en tête des dispositions qui régissent les successions dans le Code civil ? L'article 721, alinéa 2⁵⁵, dispose en effet qu'« elles peuvent être dévolues par les libéralités du défunt dans la mesure compatible avec la réserve héréditaire ». La jurisprudence n'hésite pas à se faire le relais du législateur dans la défense du caractère d'ordre public de la réserve en droit interne⁵⁶. Le *Rapport sur la réserve héréditaire* démontre par ailleurs brillamment que les fondements de l'institution sont toujours solides et actuels⁵⁷. L'institution de la réserve apparaît ainsi nécessaire en ce qu'elle protège la place de l'enfant dans la famille, assure la solidarité familiale intergénérationnelle et constitue un contrepoids utile – aussi bien pour les héritiers réservataires que pour le donateur ou testateur – à la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit⁵⁸. En outre, sociologiquement, l'attachement des Français à la réserve des descendants semble profond⁵⁹ tandis que les contrats d'assurance-vie de placement sont pointés du doigt comme une source de débats et de divisions au moment du règlement des successions entre les bénéficiaires de l'assurance-vie, d'un côté, et les héritiers *ab intestat* qui s'estiment lésés, de l'autre⁶⁰. Enfin, une doctrine autorisée a très finement analysé le repli de la réserve en montrant les limites de ce mouvement. Ainsi se caractérise-t-il à la fois par un glissement d'un ordre public successoral de direction à un ordre

public successoral de protection et par le passage d'une réserve en nature à une réserve en valeur⁶¹.

Dans ce contexte, loin d'être dans l'ère du temps, **l'exclusion des assurances-vie de capitalisation du droit des successions et des libéralités par le truchement de l'article L. 132-13 du Code des assurances**, qui prive le réservataire d'une part non négligeable de la réserve en valeur à laquelle il aurait pu prétendre en l'absence de conclusion par le *de cujus* de tout contrat de ce type **est**, en réalité, **anachronique**.

8. Affaiblissement de la réserve (2) versus protection des droits fondamentaux. – Le mouvement de reflux de la réserve et de l'ordre public successoral législatif en la matière a été accompagné, voire compensé par l'essor d'un ordre public général jurisprudentiel construit à partir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi a-t-on constaté que « sur des terrains que la loi successorale a ouverts à son empire, le pouvoir de la volonté ne s'exerce que sous le contrôle du juge protecteur des droits individuels : là où on invoquait hier une convention à l'ordre public successoral, on dénonce une atteinte excessive ou discriminatoire à tel ou tel droit fondamental »⁶². Précisément, la volonté du défunt de recourir à l'assurance-vie de capitalisation aux fins de contourner les règles relatives à la réserve, en application de l'article L. 132-13 du Code des assurances, ne pourrait-elle pas être contrôlée à l'aune du principe d'égalité, protégé conventionnellement⁶³ et constitutionnellement⁶⁴ ?

L'hypothèse n'est pas d'école. La Cour constitutionnelle belge⁶⁵ a jugé, le 26 juin 2008, que

54. V., par ex., CA Paris, 16 déc. 2015, n° 13-17078, *Colombier*, dans lequel les juges du fond constatent que la réserve a été fragilisée et réduite à une simple fonction alimentaire par « les modifications apportées en France [...] au droit des successions, telles [...] l'exclusion des assurances-vie de la masse successorale [...] ». V. encore C. Pères, Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, préc., n° 99, qui présentent le statut dérogatoire de l'assurance-vie comme une manifestation de la fragilité de la réserve.

55. Il s'agit du deuxième article du Titre Premier intitulé « Des successions » du Livre III du Code civil.

56. Civ. 1^{re}, 4 juill. 2018, n°s 17-16.515 et 17-16.522.

57. V. C. Pères, Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, préc., qui énoncent « les justifications contemporaines de la réserve héréditaire des descendants », n° 117 et s.

58. V. C. Pères, Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, préc., résumé p. 79.

59. V. C. Pères, Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, préc., qui soulignent « l'attachement des Français à la réserve héréditaire des descendants », n° 109 et s.

60. A. Gotman, *L'héritage*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2006, p. 87.

61. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n° 369.

62. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n° 289.

63. Art. 14 Conv. EDH (principe de non-discrimination).

64. Art. 1^{er} DDHC.

65. Cour const. belge, 26 juin 2008, arrêt n° 96/2008.

l'article 124 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre – très proche en substance de l'article L. 132-13 du Code des assurances – qui tenait hors d'atteinte des héritiers réservataires les capitaux placés dans des produits d'assurance-vie violait les principes constitutionnels d'égalité des droits et d'absence de discrimination⁶⁶ « en ce que cette disposition a pour effet que la réserve ne peut être invoquée à l'égard du capital en cas d'opération d'épargne du *de cuius* sous la forme d'une assurance-vie mixte ». Le législateur belge en a pris acte et a adapté sa législation afin de réintégrer dans la succession les sommes versées par les assureurs dans le cadre de contrats d'assurance-vie de placement. L'article 124 de la loi de 1992 a été réformé par la loi du 10 décembre 2012, puis est devenu l'article 188 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, lui-même modifié par les lois des 31 juillet 2017 et 22 juillet 2018. Cet article dispose désormais qu'« en cas de décès du preneur d'assurance, la prestation d'assurance est, conformément au Code civil, sujette à réduction et à rapport⁶⁷. ». En d'autres termes, le législateur belge a choisi de soumettre les contrats d'assurance-vie de capitalisation au droit commun des successions et des libéralités⁶⁸.

On regrette que la Cour de cassation n'ait pas eu le même courage⁶⁹. En effet, elle a manqué deux occasions qui lui étaient offertes en ce sens. Ainsi, le 19 octobre 2011, elle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel portant sur la constitutionnalité des articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances au motif qu'ils « ne créent pas en eux-mêmes de discrimination entre les héritiers ni ne portent atteinte au principe d'égalité, les primes manifestement exagérées pouvant, par ailleurs, être réintégrées par le

juge dans la succession »⁷⁰. De même, elle a décidé, le 19 mars 2014, à la suite d'un contrôle de conventionnalité, que « l'article L. 132-13 [du Code des assurances], en ce qu'il prévoit que les règles successorales du rapport et de la réduction ne s'appliquent pas aux sommes versées par le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie à titre de primes, n'opère pas une distinction entre les héritiers réservataires selon qu'ils sont ou non bénéficiaires du contrat, dès lors qu'il ne soumet aucun d'eux à ces règles » ; « aussi, c'est sans violer les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷¹ qu'une cour d'appel a débouté certains héritiers de leurs demandes de rapport et de réduction »⁷². En d'autres termes, l'absence de discrimination procède de l'identité de traitement des héritiers réservataires, qui se trouvent tous exposés et de manière identique à l'exclusion des règles assurant la protection de la réserve. Tous les héritiers réservataires étant logés à la même enseigne, point de discrimination entre eux.

La solution retenue par la Cour de cassation n'est pas pleinement satisfaisante et la doctrine n'a pas manqué de le relever : qui estimant qu'il paraît tout aussi « discriminant de traiter différemment des situations identiques qu'identiquement des situations différentes, en l'occurrence de placer sous un régime unique ce qui relève tantôt de la prévoyance et tantôt du placement »⁷³; qui arguant que « la désignation d'un héritier comme bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie privant les autres héritiers de tout ou partie de leur réserve constitue une atteinte au droit de propriété des héritiers réservataires et une différence de traitement ne souffrant d'aucune justification objective et raisonnable »⁷⁴ ou que « l'article L. 132-13 du Code des assurances

66. Respectivement art. 10 et 11 constit. belge.

67. Entre la réforme de 2012 et celle de 2017, le rapport de la prestation d'assurance n'était dû que « pour autant que le preneur d'assurance l'a spécifié expressément ».

68. Si les règles belges en matière de réduction (art. 920 s. C. civ. belge) sont similaires à ce que connaît le droit français, celles relatives au rapport (art. 843 s. C. civ.), au contraire, s'en écartent. Ainsi les libéralités (donations ou legs) sont-elles présumées rapportables pour les héritiers en ligne directe descendante (soit pour les héritiers réservataires) et présumées dispensées de rapport pour les héritiers autres que des descendants.

69. Dans le même sens, v. C. Pérès, Ch. Vernières, *Droit des successions*, op. cit., n° 697.

70. Civ. 2^e, 19 oct. 2011, n° 11-40.063.

71. Le pourvoi invoquait une violation combinée des articles 8 Conv. EDH (droit à la vie privée et familiale) et 14 (principe de non-discrimination).

72. Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-12.076.

73. Ph. Pierre, « Entre utilité et conventionnalité, le tandem des primes d'assurance-vie exagérées », *JCP N* 2014, 1338, n° 10.

74. A.-M. Leroyer, « Réflexions sur la qualification de donations indirectes soumises au rapport », préc., spéc. p. 565.

constitue une discrimination portant atteinte au respect de la vie familiale en introduisant une distinction qui manque de justification objective et raisonnable, au détriment des héritiers réservataires, selon que le *de cuius* a désigné un tiers bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie ou que ce tiers est bénéficiaire d'une libéralité »⁷⁵. Autrement dit, le grief tenant à l'inégalité ou à la discrimination a, semble-t-il, été balayé un peu trop légèrement par la Cour de cassation et, si le contentieux venait à être porté jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme, on peut légitimement douter du fait qu'elle suivrait le même raisonnement. L'inégalité de traitement qui résulte de l'application de l'article L. 132-13 du Code des assurances aux assurances-vie de placement⁷⁶ est d'autant plus choquante qu'elle se réalise en dépit de l'esprit originel du texte.

C. Le retour à la ratio legis du texte

9. Liberté du législateur versus volonté législative. – La réserve n'étant protégée ni conventionnellement⁷⁷, ni constitutionnellement⁷⁸, le législateur est libre de la modifier, de l'aménager⁷⁹, voire de la supprimer⁸⁰, ce qu'il n'a d'ailleurs pas manqué de faire avec les réformes successives du droit des successions et des libéralités, notamment celle de 2006⁸¹. Aussi pourrait-on voir dans l'article L. 132-13 du Code des assurances la volonté du législateur d'aménager une autre dérogation à l'ordre public successoral.

Ce serait commettre là un grave contre-sens⁸² sur l'interprétation du texte. Nous avons rappelé⁸³ que les règles découlant de cet article s'expliquaient, en 1930, par le fait que les assurances-vie constituaient alors des produits de prévoyance familiale tendant à éviter que les personnes chères au souscripteur-assuré ne se trouvent démunies au cas où il viendrait à disparaître prématurément ; qu'elles ne pouvaient alors s'analyser, en aucun cas, comme porteuses d'une quelconque intention libérale ; que n'étant pas des libéralités, l'exclusion du droit des successions et des libéralités s'imposait logiquement. Autrement dit, c'est parce que les assurances sur la vie ne réalisaient pas une donation que leur rapport et leur réduction étaient exclus.

Pendant, si la dispense du rapport et de la réduction pour atteinte à la réserve se comprenait aisément s'agissant d'une technique de prévoyance, elle se conçoit nettement moins depuis que l'assurance-vie est devenue une technique d'épargne car, dans ce dernier cas, l'explication la plus vraisemblable de la désignation du bénéficiaire de l'assurance vie est l'intention libérale du souscripteur à son égard⁸⁴. Il est donc plus que paradoxal d'appliquer aux assurances-vie mixtes, qui constituent le plus souvent des libéralités, un régime civil dérogatoire qui a été conçu précisément pour des produits qui n'en étaient pas ! L'interprétation téléologique de l'article L. 132-13 du Code des assurances commande ainsi de soumettre les assurances-vie de place-

75. A.-M. Leroyer, « Réflexions sur la qualification de donations indirectes soumises au rapport », préc., spéc. p. 566.

76. V. *supra* n° 4 pour les exemples chiffrés.

77. CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique* : ni l'art. 8, ni l'art. 1^{er} du premier protocole ne garantissent le droit d'acquiescer des biens par succession, serait-ce de ses père et mère ; CEDH, 22 déc. 2004, n° 68864/01, *Merger et Cros c/ France* : l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas la reconnaissance d'un droit général à une certaine part de la succession de ses auteurs.

78. C. Pères, Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, préc., p. 91 : « En France, le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la valeur constitutionnelle de la réserve héréditaire. S'il convient donc d'être prudent, il n'est pas exclu que le Conseil constitutionnel, à le supposer saisi de l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi abrogeant les dispositions du Code civil relatives à la réserve héréditaire, reconnaisse l'existence d'un droit de succession de valeur constitutionnelle et voie dans la réserve héréditaire l'expression des garanties législatives entourant ce droit. Le législateur ne serait donc pas libre de supprimer la réserve héréditaire. ».

79. Il en va ainsi de la réduction en valeur (et non plus en nature) des libéralités qui portent atteinte à la réserve et de la renonciation anticipée à l'action en réduction.

80. Le législateur a ainsi supprimé la réserve des ascendants. À noter que le *Rapport sur la réserve héréditaire* envisage la suppression de la réserve du conjoint (proposition n° 11).

81. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

82. M. Mignot, « Histoire d'un contresens », préc.

83. V. *supra* n° 2.

84. En ce sens, v. M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois* 2001, n° 1, p. 3, spéc. n° 16, et *infra*, n°s 15 et 16.

ment, constitutives de libéralités, au rapport et à la réduction.

10. Cohérence du droit. – Soumettre les assurances-vie de placement au droit des successions et des libéralités permettrait d'assurer la cohérence de notre Droit, tout autant le droit des assurances que celui des successions et des libéralités. Mais comment concrètement y parvenir ? C'est la question des moyens de la réforme de l'article L. 132-13 du Code des assurances.

II. Comment ?

11. Réécrire l'article L. 132-13 C. assur. – Afin que l'application du droit des successions et des libéralités aux assurances-vie de capitalisation ne demeure pas qu'un vœu pieux, encore faut-il prévoir, en pratique, son organisation. Un préalable semble s'imposer : la déconnexion des solutions civiles et fiscales pour éviter le – prétendu – séisme économique-financier⁸⁵. Une fois levée cette difficulté, la question de la mise en œuvre concrète du rapport et de la réduction aux assurances-vie de placement reste entière. À ce propos, le *Rapport sur la réserve héréditaire* suggère de « Soumettre [...] l'assurance-vie au droit commun des successions et des libéralités » (proposition n° 23). Sans doute peut-on regretter le flou de cette proposition : s'agit-il de revenir sur le caractère aléatoire de ces produits financiers ? Entend-on soumettre à rapport et réduction le capital ou la rente reçus par le bénéficiaire ? Ou bien les primes versées par le souscripteur ? Manifestement, plusieurs voies permettent d'aboutir au résultat recherché. Néanmoins, certaines solutions doivent être écartées (A) et d'autres privilégiées (B).

12. Le préalable : déconnexion des solutions civiles et fiscales.

– La proposition n° 23, déjà mentionnée, du *Rapport sur la réserve héréditaire* entend soumettre l'assurance-vie au droit commun des successions et des libéralités « **pour les seuls aspects civils** »⁸⁶. Sans retomber dans « la tarte à la crème »⁸⁷ qu'est l'autonomie du droit fiscal⁸⁸, il faut constater qu'« il arrive que le législateur – avec plus ou moins de bonheur – s'écarte en matière fiscale des définitions du droit commun. [...] Lorsque c'est la loi elle-même qui comporte une telle disposition dérogoire, il suffit d'en prendre acte »⁸⁹. Au contraire, « lorsque le législateur n'a pas prévu d'exception expresse, l'administration fiscale dans son action, le juge fiscal dans sa jurisprudence, se doivent de respecter – ce n'est jamais que le respect de la loi – les notions et les institutions de droit commun. »⁹⁰

Or, le traitement fiscal des assurances-vie ne dépend pas actuellement de sa qualification civile, mais de dispositions fiscales spécifiques⁹¹, et c'est donc sans préjudice pour ces dispositions propres, qu'une modification du régime civil de l'assurance-vie pourrait avoir lieu. D'ailleurs, cette dissociation des régimes civil et fiscal connaît d'autres exemples en droit patrimonial de la famille, comme le fait que le conjoint survivant soit le moins taxé des héritiers alors que la loi civile lui assigne un rang médiocre dans l'ordre des héritiers⁹². À cela s'ajoute que le régime d'exonération des droits de succession pour les assurances sur la vie a été instauré en 1959, alors que l'article L. 132-13 du Code des assurances date de 1930 : preuve, s'il en est, d'une certaine indépendance, en l'espèce, du régime fiscal par rapport à la qualification civile. Pour finir, la poli-

85. V. *supra* n° 6.

86. V. déjà en ce sens, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénédy, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 133, spéc. n° 11 ; M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », préc., n° 24.

87. M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Lexisnexis, 4^e éd., 1999, spéc. « Propos désobligeants sur une "tarte à la crème" : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », p. 3 et s.

88. La théorie de l'autonomie du droit fiscal, élaborée par le Doyen Trotabas (v. not. « Essai sur le droit fiscal », *Revue de science et de législation financière* 1928, p. 201 et s.), a été critiquée par le Doyen Gény qui reconnaissait seulement au droit fiscal un certain particularisme (« Le particularisme du droit fiscal », *RTD civ.* 1931, p. 797), position retenue aujourd'hui par une doctrine majoritaire (M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, op. cit., spéc. n° 5).

89. M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, op. cit., n° 10.

90. M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, op. cit., n° 13.

91. Art. 757 B et 990 I précités.

92. Exemple cité parmi d'autres (bois et forêts partiellement exonérés des droits de mutation (art. 793 CGI) alors qu'ils sont inclus dans la succession civile ; bénéfice d'un pacte tontinier taxé, sauf exception, comme une libéralité (art. 754 A CGI) bien que la loi civile n'y voie rien de tel) par M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », préc., n° 24. Sur la question, v. G. Chabot, *Des distorsions entre droit civil et droit fiscal en droit successoral*, thèse Nantes, 1997.

tique fiscale avantageuse des assurances-vie est destinée à « encourager l'épargne à long terme, dont on sait qu'elle est largement employée par ceux qui la recueillent à la souscription des emprunts du Trésor »⁹³, et de ce point de vue, sa modification ne semble pas à craindre.

A. Les solutions à écarter

13. Revenir sur le caractère aléatoire des contrats d'assurance-vie de placement. –

Comme il a été rappelé, c'est l'affirmation jurisprudentielle du caractère aléatoire des assurances-vie de placement qui a déclenché, à leur égard, l'application de l'article L. 132-13 du Code des assurances et l'exclusion du rapport et de la réduction⁹⁴. Si, comme une partie de la doctrine l'espère, ces contrats cessent d'être considérés comme aléatoires, ils relèveraient alors de la catégorie des opérations de capitalisation. Or, à ce titre, ils échapperaient à l'application de l'article L. 132-13 ainsi que la jurisprudence l'a décidé⁹⁵.

Pendant, cela suffirait-il à les faire tomber sous le coup des règles du rapport et de la réduction ? Rien n'est moins sûr, car il faut relever que « le débat sur la nature juridique du contrat [*i.e.* sur son caractère aléatoire] unissant stipulant et promettant ne semble pas devoir interférer sur la nature des relations stipulant et bénéficiaire »⁹⁶. Ainsi, peu importe finalement la qualification retenue entre les premiers, elle n'a pas d'incidence sur la qualification de la relation qui unit les seconds. Autrement dit, la requalification du contrat d'assurance-vie en opération de capitalisation dans les relations entre souscripteur et assureur ne commande pas automatiquement la mise en œuvre du droit des successions et des libéralités dans l'hoirie du souscripteur dont le

décès a déclenché le versement du capital ou de la rente d'assurance-vie au bénéficiaire. Une telle application du rapport et de la réduction suppose nécessairement la qualification d'une libéralité consentie par l'@e souscripteur au bénéficiaire. Or la disqualification de contrat aléatoire, d'un côté, n'emporte pas l'automatisme de la qualification de libéralité, de l'autre⁹⁷.

14. Soumettre à rapport et réduction le capital ou la rente reçus par le bénéficiaire. –

C'est la solution retenue par le droit belge. En effet, la Cour constitutionnelle s'est attachée à l'impossible rapport et réduction du capital payé au bénéficiaire de l'assurance-vie pour caractériser la violation du principe d'égalité entre les héritiers. Elle avait préféré ce terrain à celui, peut-être plus glissant, des primes, non soumises à rapport et réduction, sauf si elles sont manifestement excessives (comme en droit français), cette dernière exception permettant, peut-être, à ses yeux de rétablir une forme d'égalité entre les héritiers, et donc empêchant de caractériser l'atteinte aux droits fondamentaux⁹⁸. Le législateur belge a persévéré dans cette voie puisque c'est « la prestation d'assurance », c'est-à-dire le capital, qui est sujet à rapport et réduction en cas de décès du preneur d'assurance dans le nouveau texte.

Cette solution ne doit pas être retenue en droit français, car elle est incompatible avec le mécanisme de la stipulation pour autrui sur lequel reposent les contrats d'assurance sur la vie. La stipulation pour autrui investit, en effet, le bénéficiaire « d'un droit direct à la prestation contre le promettant »⁹⁹. Transposé en matière d'assurance-vie, cela a pour effet que le bénéficiaire dispose d'un droit direct et personnel contre l'assureur (promettant) et que le capital

93. En ce sens, M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », préc., spéc. n° 24.

94. V. *supra* n° 2.

95. En effet, bien que l'art. L. 132-13 C. assur. figure dans une section I relative aux « Dispositions générales » s'appliquant aux « assurances sur la vie et [aux] opérations de capitalisation » du Chapitre III lui-même compris dans le titre intitulé « règles relatives aux assurances de personnes et aux opérations de capitalisation », la jurisprudence a jugé que cette disposition ne s'applique pas aux opérations de capitalisation dans les arrêts *Leroux* (Civ. 1^{re}, 18 juill. 2000, n° 97-21.535) et *Pirou* (Civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, *Bull. civ.* 2002, n° 29).

96. H. Lécuyer, « Promesses jurisprudentielles d'une longue vie à l'assurance-vie », *Dr. fam.* 2005, ét. 6, n° 18.

97. H. Lécuyer, « Promesses jurisprudentielles d'une longue vie à l'assurance-vie », préc., spéc. n° 12.

98. V. en ce sens, Ph. Pierre, « Entre utilité et conventionnalité, le tandem des primes d'assurance-vie exagérées », préc., n° 9 : « En se focalisant sur la perte de la protection réservataire vis-à-vis du capital, le juge constitutionnel belge faisait derechef litière du tempérament de l'article 124 (rapp. C. assur., art. L. 132-13, al. 2) qui ne corrige les excès qu'au regard des primes. L'atteinte devenant plus radicale, c'est la qualité intrinsèque d'héritier à réserve qui s'en trouvait compromise, par l'impossibilité complète d'agir en réduction des sommes délivrées aux bénéficiaires ».

99. Art. 1205 C. civ. V. déjà Civ., 16 janv. 1888, *DP* 1888, 1, 77.

stipulé au profit du bénéficiaire ne transite jamais par le patrimoine du *de cuius* (par hypothèse stipulant). C'est tout le sens de l'article L. 132-12 du Code des assurances : « Le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré./ Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré. ». Le capital ou la rente existent seulement dans la relation entre l'assureur-promettant et le bénéficiaire¹⁰⁰. N'ayant jamais appartenu au patrimoine du *de cuius*, ils ne peuvent en aucun cas être appréhendés par les héritiers ; n'ayant pas été transférés du patrimoine du *de cuius* à celui du bénéficiaire, le capital ou la rente ne peuvent, en conséquence, être considérés comme une libéralité puisque l'élément matériel (l'appauvrissement) fait défaut ; les règles du rapport et de la réduction leur sont donc inapplicables, sauf si toute l'opération est requalifiée de donation indirecte, en raison des circonstances entourant la conclusion du contrat¹⁰¹. En d'autres termes, **l'alinéa premier de l'article L. 132-13 du Code des assurances doit être maintenu en l'état** en ce qu'il n'est que la traduction des effets de la stipulation pour autrui¹⁰².

B. Les solutions à envisager

15. Soumettre à rapport et réduction les primes versées par le souscripteur. – Si le capital ou la rente payés au bénéficiaire ne peuvent être soumis à rapport et à réduction, il ne semble pas en aller de même pour les primes payées par le souscripteur de l'assurance-vie (*de cuius*). D'ailleurs, l'article L. 132-13, alinéa 2, du Code des assurances le prévoit déjà expressément, dès lors que les primes sont « manifestement exagérées eu égard aux facultés du contractant ». Selon nous, pour les raisons déjà invoquées¹⁰³, les primes, **quel que soit leur montant et dans leur intégralité**, devraient être soumises au droit commun des successions et des libéralités¹⁰⁴. **L'alinéa deuxième de l'article L. 132-13 pourrait être rédigé comme suit : « Ces règles s'appliquent aux sommes versées par le contractant à titre de primes. »** Il en découlerait une extension de l'assiette de la réserve (qui pourrait compenser la diminution du taux de la réserve envisagée par le *Rapport sur la réserve héréditaire*¹⁰⁵).

Néanmoins, soumettre à rapport et réduction les primes payées par le souscripteur suppose de les analyser comme une libéralité¹⁰⁶. Mais quelle libéralité ? Assurément, il faut y voir une **donation et non un legs** : bien que tentante, cette dernière qualification est exclue du fait de la rétroactivité inhérente à la stipulation pour autrui, qui fera que le droit du bénéficiaire sera considéré comme né rétroactivement au jour de

100. Pour une telle interprétation de l'art. L. 132-12 C. assur., v. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. XI, *Les contrats civils*, 2^e partie, par A. Besson, LGDJ, 1954, n° 1421 : « les sommes versées par le promettant n'ont jamais fait partie du patrimoine du stipulant et ne transitent pas par lui ». *Contra* Mignot, *Jcl. civ. code*, art. 1205 à 1209, n° 215 : « Dans tous les cas, le capital payé par le promettant au bénéficiaire transite par le patrimoine du stipulant. L'engagement du promettant vis-à-vis du bénéficiaire a pour cause objective celui du stipulant de payer des primes. Bien que la doctrine dise le contraire, il faut considérer que le bénéficiaire est l'ayant cause du stipulant. » ; cet auteur en déduit que « le stipulant transmet la valeur économique d'une créance au bénéficiaire lorsqu'il stipule à son bénéfice. La donation qu'il réalise ne porte nullement sur les primes mais sur cette créance constituée directement dans son patrimoine, et finalement sur le capital versé par le promettant. » (M. Mignot, « Histoire d'un contresens », préc., spéc. n° 4).

101. V. la jurisprudence déjà citée en ce sens n° 3, spéc. note 21.

102. En ce sens, v. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n° 740 ; H. Lécuyer, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », *Dr. Fam.* 1998, chron. 7.

103. V. *supra* I.

104. *Contra* M. Mignot, « Histoire d'un contresens », préc., spéc. n° 4 : « la question de la soumission des primes, qu'elles soient excessives ou non d'ailleurs, aux règles du rapport et de la réduction ne devrait même pas se poser dans la mesure où ce ne sont pas les primes qui sont données mais le capital. ».

105. Proposition n° 19.

106. En effet, rapport et réduction sont des institutions propres aux libéralités (le Code civil prévoit le « rapport des libéralités » (Livre III, Titre 1^{er}, Chapitre VIII, Section II) et « la réduction des libéralités excessives » (Livre III, Titre II, Chapitre III, Section II), à moins de considérer que ce régime peut s'appliquer indépendamment de la qualification de libéralité (v. pour une telle analyse du rapport et de la réduction des primes manifestement exagérées de l'article L. 132-13, al. 2, C. assur., H. Lécuyer, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », préc., spéc. note 26).

la conclusion du contrat principal, de sorte que l'acte ne peut être considéré comme une disposition à cause de mort¹⁰⁷. Reste à savoir à quel type de donation l'assurance-vie peut être rattachée. Toute la difficulté tient dans l'intervention du tiers, l'assureur, qui confère à la donation un caractère triangulaire¹⁰⁸ et qui nécessite d'y voir une libéralité à trois personnes¹⁰⁹. Une doctrine majoritaire y voit une **donation indirecte**¹¹⁰ qui n'est ni une donation ostensible, ni une donation déguisée, ni un don manuel, mais procède d'un autre acte qui la porte¹¹¹. Cet acte est soit un acte volontairement déséquilibré, comme une vente à bas prix, par exemple; soit un « acte neutre dont la nature n'est ni gratuite ni onéreuse et qui peut être utilisé dans une intention libérale ou à des fins intéressées »¹¹². Cet acte neutre se réalise notamment par la voie d'opéra-

tions à trois personnes, telle l'assurance-vie¹¹³. Une autre solution permettant d'appréhender la libéralité s'appuyant sur l'intermédiaire de transmission qu'est l'assureur¹¹⁴ serait de qualifier l'assurance-vie de **fiducie-libéralité**¹¹⁵ qui peut se définir comme l'acte juridique par lequel le constituant transfère la propriété d'un ou plusieurs biens en vue de réaliser une libéralité sous l'obligation de retransférer le bien à un tiers bénéficiaire après l'avoir géré dans l'intérêt de celui-ci ou d'une autre personne pendant un certain temps¹¹⁶. Si la fiducie-libéralité nommée est prohibée par l'article 2013 du Code civil¹¹⁷, de nombreux auteurs ont démontré que des formes de libéralités-fiducies innommées existent d'ores et déjà en droit français¹¹⁸. Or l'assurance-vie de capitalisation pourrait être considérée comme telle, tant la définition de la fiducie-

-
107. V. en ce sens H. Lécuyer, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », préc., spéc. n° 13; H. Lécuyer, « Promesses jurisprudentielles d'une longue vie à l'assurance-vie », préc., spéc. n° 31.
108. V. J. Carbonnier, *Cours de sociologie du droit des successions*, 1963-1964, p. 203 : « Citons tout de suite l'assurance sur la vie, qui, à sa base une stipulation pour autrui. Le passage du patrimoine de la compagnie d'assurances dans le patrimoine de l'héritier a été déclenché par une activité du *de cuius*, c'est une succession répondant bien à la notion de transmission *mortis causa*, mais pas une succession du patrimoine du *de cuius* au patrimoine de l'héritier, c'est une succession que nous pouvons dire "triangulaire" ».
109. C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, op. cit.
110. En faveur de cette qualification, v. Ph. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, LGDJ, coll. Droit civil, 8^e éd., 2018, n° 445 qui consacrent un numéro à l'« assurance sur la vie » dans le paragraphe sur les « donations indirectes »; M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », préc., spéc. n° 14; Fr. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 577. *Contra* H. Lécuyer, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », préc., spéc. n° 13 pour qui les primes versées par le souscripteur ne peuvent s'analyser en donation indirecte, car les primes ne constituent pas l'avantage résultant d'un autre acte qu'une donation (l'auteur préfère y voir une tontine); G. Drouot, « L'assurance-vie comme libéralité : une fiducie-libéralité ? », *RJPF* 2020-1/26.
111. Il s'agit d'une définition doctrinale (Ph. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 440), car il n'y a pas de définition légale de la donation indirecte, même si plusieurs textes y font référence (v. not. art. 843, 853, 860 al. 4, 1099 C. civ.). V. R. Libchaber, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », *Defrénois* 2000, p. 1409.
112. Ph. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 443.
113. V. Ph. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 443 qui citent comme autres exemples : la stipulation pour autrui, le paiement pour autrui, le trust ou la cession de contrat.
114. On pourrait aussi penser à la qualification de donation par personne interposée qui est une donation non notariée, adressée à un bénéficiaire apparent (ici l'assureur ?) qui doit la transmettre à un autre bénéficiaire qui, lui, est réel (le bénéficiaire désigné dans le contrat ?). La définition ne semble pas transposable au mécanisme de l'assurance-vie. En effet, la qualification de donation par personne interposée suppose qu'on puisse trouver, au moins de manière apparente, les éléments constitutifs d'une libéralité entre le donateur et le bénéficiaire apparent, ce qu'exclut le caractère onéreux de la relation existante entre le stipulant et l'assureur.
115. V. D. Louis-Caporal, « La fiducie-libéralité », *RTD civ.* 2016, p. 49. Pour l'application de cette qualification aux libéralités à caractère collectif, v. J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2019.
116. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2011, v° Fiducie, p. 455.
117. « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public. ».
118. Doivent être distingués la fiducie-libéralité à caractère individuel (v. C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, op. cit., n° 545 s.) et la fiducie-libéralité à caractère collectif (v. C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, op. cit., n° 614 s.); J. Boisson, *Les libéralités à caractère collectif*, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2019, spéc. n° 70, 213 et 218 qui cite en guise d'exemples la fondation testamentaire indirecte ou l'apport aux associations). Les fiducies-libéralités innommées ont cependant des effets restreints par rapport à la fiducie du Code civil, elles ne créent pas de patrimoine d'affectation notamment, v. en ce sens L. Aynès, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007, p. 961 et s., n° 11.

libéralité lui semble transposable¹¹⁹. Pour résumer, et comme le souligne un auteur, « Juridiquement, il s'agit d'une libéralité adressée par l'assuré au tiers bénéficiaire et sous la condition du prédécès du disposant, par le truchement d'un assureur qui n'est au fond qu'un administrateur fiduciaire¹²⁰.

Quelle que soit la qualification retenue, cela suppose donc de rapporter la preuve des éléments matériel et moral de la donation¹²¹. Le premier, l'enrichissement du donataire et l'appauvrissement corrélatif du donateur, est caractérisé par le transfert de richesses que réalise l'attribution d'un capital au bénéficiaire constitué par les primes payées par le souscripteur (capital d'un montant d'ailleurs égal à ces dernières); le second, l'intention libérale du donateur est, hors les cas de prévoyance familiale¹²², l'explication la plus plausible d'un tel transfert, d'autant que l'élément moral, s'il ne se présume pas¹²³, peut découler de l'élément matériel¹²⁴.

16. Portée de la règle nouvelle. – Reste que cette nouvelle règle devra se concilier avec le fait que tout contrat d'assurance sur la vie n'est pas constitutif d'une libéralité : certains, encore très usités¹²⁵, ressortissent toujours d'une volonté de prévoyance qui exclut de les considérer comme tels et de leur appliquer les règles relatives au rapport et à la réduction. Cette conciliation est

possible dans les trois degrés de portée qu'on entend donner à l'application des règles du rapport et de la réduction aux assurances-vie.

A *minima*, le législateur pourrait prévoir à l'article L. 132-13, alinéa 2, que « Ces règles s'appliquent, **conformément au Code civil**, aux sommes versées par le contractant à titre de primes ». Cette formulation s'inspire de la réforme belge. Ainsi rédigé, le texte impose d'apprécier s'il y a eu lieu, ou non, à rapport et réduction, et donc si on est en présence, ou non, d'une libéralité. C'est à la partie qui demande le rapport et/ou la réduction qu'il incombera de rapporter la preuve de la libéralité, et plus précisément d'une donation, ce qui ne paraît pas insurmontable, ainsi que cela vient d'être envisagé. Il est à craindre néanmoins qu'un contentieux se développe au sujet de la preuve du caractère libéral de l'opération. En effet, il ne peut être exclu que, dans certains cas, le preneur d'assurance n'ait pas agi *animus donandi*, mais en vertu d'un devoir de prévoyance, auquel cas les primes ne pourront faire l'objet de rapport ni de réduction. Dès lors, quelles solutions sont envisageables pour faciliter ou éviter ce débat sur l'intention libérale ?

Une voie, médiane, est proposée par les auteurs du *Rapport sur la réserve héréditaire*. La proposition n° 24 suggère de « Mentionner dans la loi, afin de guider le juge et de limiter le

119. V. en ce sens, C. Vernières, *Les libéralités à trois personnes*, op. cit., n° 546 s. qui qualifie l'assurance sur la vie de placement de « cas particulier de fiducie-libéralité à caractère individuel ». V. aussi en faveur de cette qualification, M. Grimaldi, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », préc., spéc. n° 30, pour qui les assurances-vie de placement « sont en réalité des mécanismes fiduciaires, et plus précisément de fiducie-gestion. L'assureur reçoit la propriété de deniers, avec mission de les placer pour en restituer le produit à l'échéance. » ; G. Drouot, « L'assurance-vie comme libéralité : une fiducie-libéralité ? », préc. : « Le disposant est animé d'une intention libérale envers le bénéficiaire, nullement envers l'assureur, tout comme ce dernier n'est animé d'aucune intention libérale envers le bénéficiaire. En revanche, l'assureur a la charge de gérer les sommes obtenues, les primes, en vue de le verser à un moment donné au bénéficiaire. Il ferait donc figure de fiduciaire. ».

120. A. Sériaux, *Les successions, Les libéralités*, 2^e éd., Ellipses, 2018, n° 5.

121. Il faudrait encore que la donation indirecte soit irrévocable comme toute donation (art. 894 C. civ.), ce qu'on pourrait tirer du caractère rétroactif de l'acceptation du bénéficiaire (contra H. Lécuyer, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », préc., spéc. n° 16). Certains auteurs prétendent que l'assurance-vie n'est pas irrévocable tant que la faculté de rachat offerte au souscripteur peut être exercée (H. Lécuyer, « Assurance-vie, libéralité et droit des successions », préc., spéc. n° 16), ce qui est contesté par d'autres (M. Mignot, « Histoire d'un contresens », préc., spéc. n° 57). D'autres encore considèrent que le caractère irrévocable du dévouement du donateur ne participe pas de l'essence de la donation (contra H. Lécuyer, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 405), prenant exemple sur les donations entre époux (M. Mignot, « Histoire d'un contresens », préc., spéc. n° 57 ; M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », préc., spéc. n° 17 ; v. aussi en faveur de la disparition de l'irrévocabilité spéciale des donations, W. Dross, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ* 2011, p. 25 ; et pour une relecture du principe, T. Genicon, « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriétés à titre gratuit », in *Mélanges G. Champenois*, Defrénois, 2012, p. 303).

122. Ou d'autres cas très particuliers, comme celui où le souscripteur entend rétribuer son conjoint, qu'il désigne comme bénéficiaire (exemple cité par M. Grimaldi, « L'assurance-vie et le droit des successions », préc., spéc. n° 17).

123. Civ. 3^e, 31 mai 1999, *Bull.* n° 79.

124. Civ. 1^{er}, 21 oct. 2015, *Bull.* n° 255.

125. M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n° 740.

contentieux, les critères permettant d'identifier en droit civil les assurances-vie constitutives de libéralités en droit civil ». Reste que le *Rapport* est peu disert¹²⁶ sur les critères qui pourraient effectivement être retenus pour tarir le développement d'un contentieux autour de la preuve du caractère libéral de l'opération.

A *maxima*, le législateur pourrait s'engager dans une autre voie, celle de présumer, de manière réfragable¹²⁷, le fait que les assurances sur la vie constituent des donations. Il a été démontré que certaines présomptions légales trouvaient leur fondement dans les probabilités dès lors qu'elles consistaient à « anticiper une vérité qui est établie sur la base de régularités statistiques »¹²⁸. Or, aujourd'hui, les assurances-vie de placement sont les produits préférés des Français et les statistiques montrent que l'assurance-capitalisation « l'emporte très largement quant à l'importance des fonds collectés, sans pour autant avoir éliminé la précédente [l'assurance-prévoyance] »¹²⁹. La présomption légale aurait ainsi pour effet d'inverser la charge de la preuve : le rapport et la réduction des assurances-vie seraient dus par principe, sauf au bénéficiaire à rapporter la preuve que le contrat ne s'explique pas par l'intention libérale du preneur, mais par l'accomplissement d'un devoir de prévoyance. **L'alinéa 2 de l'article L. 132-13 du Code des assurances pourrait alors être rédigé comme suit** : « Ces règles s'appliquent

aux sommes versées par le contractant à titre de primes. **Ce versement est présumé réalisé à titre de donation.** »¹³⁰.

17. Régime des primes soumises à rapport et réduction. – Pour les primes versées par le souscripteur qui se verront effectivement appliquer le droit commun des successions et des libéralités, il faut encore apporter deux précisions de régime¹³¹.

S'agissant du rapport des primes de l'assurance-vie, il sera dû, comme pour toute donation, par tout héritier *ab intestat* venant à la succession, à moins que le *de cuius* ait entendu leur conférer un caractère préciputaire¹³². Néanmoins, le seul recours à une opération d'assurance-vie ne saurait supposer, à lui seul, cette volonté, car il peut s'expliquer par d'autres raisons, comme des préoccupations fiscales notamment.

Quant à leur réduction, l'héritier réservataire pourra la demander, à moins qu'il y ait renoncé de manière anticipée¹³³. La difficulté principale tenant à la réduction des primes d'assurance-vie risque de porter sur la détermination de leur rang d'imputation¹³⁴. Les directives légales en la matière découlent des articles 923 et 926 du Code civil : les donations s'imputent, avant les legs (et ne sont donc réduites qu'après), de la plus ancienne à la plus récente (ce qui implique que si une ou plusieurs d'entre elles ne peuvent

126. Le seul exemple donné est « l'existence d'une faculté de rachat », C. Pérès, Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, op. cit., n° 410, sachant que ce critère paraît discutable, v. *supra* note n° 111. – Il pourrait être proposé en guise de critère que le rapport et la réduction sont dus « dans la mesure où, en vertu des dispositions du contrat, le capital assuré représente la valeur acquise des primes versées », comme prévoyait une proposition au 96^e Congrès des notaires (*Deffrénois* 2000, Act., p. 114.).

127. Il ne paraît pas possible de présumer irréfragablement chez le souscripteur l'intention libérale, compte tenu de l'existence d'assurances-vie de prévoyance.

128. R. Libchaber, « Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel », *Droit & Philosophie* nov. 2019, n° 11, *Preuve, droit de la preuve et démocratie*, p. 129, spéc. n° 14. La présomption peut avoir un fondement probabiliste suivant la maxime *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*, ce qui signifie que la présomption contrefait ce qui s'y produit la plupart du temps (par ex., les présomptions de représentation au sein d'une famille, la possession, la présomption de solidarité passive en matière commerciale).

129. Fr. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, op. cit., n° 1062.

130. Pour renforcer encore la portée de la réforme, on pourrait, en outre, modifier l'article 851 du Code civil (« Le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers ou pour le paiement de ses dettes./ Il est également dû en cas de donation de fruits ou de revenus, à moins que la libéralité n'ait été faite expressément hors part successorale. ») qui soumet spécialement au rapport certains avantages reçus par un successible, avantages pour lesquels la qualification de donation peut être incertaine. Les primes versées au titre d'une assurance-vie pourraient ainsi être ajoutées à la liste des avantages simplement présumées rapportables.

131. M. Grimaldi, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », préc., spéc. n° 24.

132. Art. 843, al. 1^{er}, C. civ.

133. Art. 929 C. civ.

134. Ph. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 762 : « Lorsque le défunt a fait plusieurs libéralités dont le total excède la quotité disponible, il faut connaître l'ordre dans lequel elles doivent être imputées ; car cet ordre commande leur éventuelle réduction : plus tôt la libéralité est imputée, plus elle a de chances d'échapper à la réduction. »

être imputées, elles sont réduites en suivant l'ordre chronologique inverse, de la plus récente à la plus ancienne); les legs s'imputent après les donations (et doivent donc être réduits avant), et le cas échéant, subissent chacun une réduction proportionnelle à leur valeur. La doctrine enseigne que cet ordre légal de réduction est fondé sur le caractère irrévocable des donations ainsi que sur la date de dessaisissement du disposant¹³⁵. Comment mettre en œuvre ces principes s'agissant des primes d'assurance-vie réductibles ? Comme nous les avons qualifiées de donations¹³⁶, elles devraient donc être imputées, conformément aux règles du droit commun, avant les legs. Reste à déterminer alors la date de dessaisissement du disposant. Sur ce point, la doctrine est partagée¹³⁷. Est proposé de retenir la date de souscription du contrat, la date du paiement effectif des primes¹³⁸ ou la date de l'acceptation par le bénéficiaire de l'assurance-vie¹³⁹. Cette dernière solution pourrait être préférée car elle tient compte aussi de l'autre fondement de l'ordre de réduction, à savoir le caractère irrévocable des donations : c'est, en effet, à cette date que la donation faite par le truchement des primes d'assurance-vie devient irrévocable. Dès lors, soit le bénéficiaire a accepté du vivant du souscripteur et l'imputation doit se faire à cette date¹⁴⁰, soit le bénéficiaire a accepté *post mortem* et l'imputation a lieu à la date du décès (mais alors, l'assurance-vie est imputée avant les legs qui s'imputent aussi à cette date puisqu'ils prennent effet à cause de mort¹⁴¹).

18. Application de la loi dans le temps de la règle nouvelle. – Si le législateur venait à envisager la réforme proposée du deuxième alinéa

de l'article L. 132-13 du Code des assurances, il devra résoudre une dernière difficulté tenant à l'application de la loi dans le temps de la règle nouvelle. De deux choses l'une : soit la réforme s'accompagne de dispositions transitoires, soit à défaut, il faut revenir aux principes de l'article 2 du Code civil, tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence.

Cette dernière solution ne paraît pas souhaitable. On le sait, les effets futurs des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle restent, en principe, soumis à la loi ancienne afin de respecter les prévisions contractuelles. Néanmoins, le juge peut décider de l'application immédiate de la loi nouvelle à ces effets, soit lorsqu'elle présente un caractère d'ordre public particulièrement impérieux¹⁴², soit parce qu'elle concerne les effets légaux du contrat¹⁴³. Une loi qui modifierait l'article L. 132-13 du Code des assurances dans le but de restaurer la réserve héréditaire des descendants est assurément une loi d'ordre public, mais présente-t-elle pour autant un caractère d'ordre public particulièrement impérieux ? Concerne-t-elle les effets légaux des contrats d'assurance-vie ? Devant l'incertitude des réponses à ces questions, il paraît préférable de prévoir des dispositions transitoires¹⁴⁴.

La difficulté réside alors dans la détermination de l'événement déclencheur de l'application de la loi nouvelle : soit elle est applicable immédiatement aux primes versées à compter de son entrée en vigueur, même si le contrat d'assurance-vie a été conclu antérieurement; soit elle est applicable seulement aux primes versées en vertu d'une assurance-vie conclue à compter de

135. En ce sens, v. Ph. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 762; M. Grimaldi, *Droit des successions*, op. cit., n° 823 et s., C. Pérès, Ch. Vernières, *Droit des successions*, op. cit., n° 739.

136. V. *supra* n° 15.

137. Pour un panorama complet de la question, v. C. Pérès, Ch. Vernières, *Droit des successions*, op. cit., n° 742.

138. Cette solution semble avoir la préférence de la doctrine de droit des assurances : L. Mayaux, *Traité des assurances*, t. 4, *Les assurances de personnes*, n° 375; Ph. Pierre, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, n° 2304.

139. F. Sauvage, « Examen de quelques questions relatives à l'assurance-vie et à la réduction des libéralités », *Bull. Cridon de Paris*, 1^{er} sept. 1999, n° 17; A. Maurice, « L'exagération des primes versées au titre d'un contrat d'assurance-vie », *JCP N* 2005, 636; S. Pommier, « Libéralités réalisées par l'intermédiaire d'un contrat d'assurance-vie », *Dr. et patr.* 2002, 75.

140. En ce sens, v. C. Pérès, Ch. Vernières, *Droit des successions*, op. cit., n° 742.

141. *Contra* C. Pérès, Ch. Vernières, *Droit des successions*, op. cit., n° 742 qui estiment que si l'acceptation du bénéficiaire est intervenue seulement au moment du décès, l'assurance-vie pourrait être imputée au même rang que les legs.

142. Civ., 17 févr. 1937, *DH* 1937, p. 215.

143. Civ. 3^e, 13 déc. 1989, *Bull. civ.* III, n° 237.

144. Dans le *Rapport sur la réserve héréditaire* (C. Pérès, Ph. Potentier (dir.), *La réserve héréditaire*, op. cit., n° 618), il est prévu concernant la réintégration civile de l'assurance-vie dans la succession que l'application de la mesure aux successions ouvertes à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle serait difficile et qu'elle nécessiterait des dispositions transitoires propres.

son entrée en vigueur. La seconde hypothèse paraît devoir être préférée car sa mise en œuvre est plus aisée et évite de remettre en cause les prévisions des stipulants à qui il a pu être conseillé de recourir à l'assurance-vie autrement que pour des considérations fiscales.

19. Conclusion. – Joignons notre voix à ceux qui ont déjà réclamé au législateur civil, en la matière, « de trancher, trancher clairement en annonçant la couleur »¹⁴⁵. L'aspiration à une réforme de

l'article L. 132-13 du Code des assurances s'appuie sur des considérations solides qui doivent faire renoncer à continuer de vider ainsi la réserve héréditaire en concluant des contrats d'assurance sur la vie. Et si, pour une fois, le législateur ne cédait pas aux sirènes économiques ou individualistes, mais rendait au droit des successions et des libéralités son esprit de famille ?

Entre Paris et les Mesnuls, juin 2020

145. M. Grimaldi, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », préc., spéc. n° 30.

Un article, une matière

L'article L. 312-3 du CRPA et le contentieux administratif

Anne-Laure Girard

Professeur de droit public à l'Université de Poitiers
Co-directrice de l'IDP

L'invitation à contribuer à la *Revue de droit d'Assas* m'est apparue non seulement gratifiante, mais surtout authentiquement stimulante. L'incomplétude du cadre établi par les concepteurs de ce nouveau numéro offre de se hasarder à un exercice original d'écriture doctrinale, à mi-chemin entre droit positif et droit prospectif, entre description et divination, entre restitution du réel et récit fictionnel.

Si une matière – le contentieux administratif – m'a été assignée, la liberté m'a été offerte d'y associer la disposition constitutionnelle, conventionnelle, légale ou réglementaire de mon choix. La sélection s'est portée sur l'article L. 312-3 du Code des relations entre le public et l'administration, issu de l'article 20 de la loi n° 2018-727 pour un État au service d'une société de confiance du 10 août 2018 : « Toute personne peut se prévaloir des documents administratifs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 312-2, émanant des administrations centrales et déconcentrées de l'État et publiés sur des sites internet désignés par décret. Toute personne peut se prévaloir de l'interprétation d'une règle, même erronée, opérée par ces documents pour son application à une situation qui n'affecte pas des tiers, tant que cette interprétation n'a pas été modifiée. Les dispositions du présent article ne peuvent pas faire obstacle à l'application des

dispositions législatives ou réglementaires préservant directement la santé publique, la sécurité des personnes et des biens ou l'environnement. » Sans doute cette disposition substantielle, bien plus que procédurale, n'entretient-elle de prime abord que des liens ténus avec le contentieux administratif. La nouvelle disposition du CRPA ne modifie pas les règles de recevabilité des recours, n'ébranle pas l'office du juge administratif, n'affecte pas les principes de répartition des compétences entre les différentes juridictions administratives. Le droit à l'invocabilité de certaines interprétations, vivifié par la loi ESSoC, a en effet pour vocation première de se déployer devant l'administration, non devant le juge. L'essor de l'opposabilité des interprétations administratives « même erronées » touche d'ailleurs au cœur du droit administratif, en affaissant un peu plus encore son terreau, le principe de légalité¹. L'article L. 312-3 du CRPA avertit ainsi d'un changement de paradigme dont il faudra bien se saisir un jour, en forgeant, pour remplacer ou compléter les théories de l'État légal ou de l'État de droit façonnées par les publicistes du début du xx^e siècle, une doctrine légitimatrice de « l'État loyal ».

Bien que cardinale sur le plan théorique, l'intensification de l'invocabilité des interprétations de l'administration a pénétré le droit administra-

1. Sur la dialectique entre les principes de légalité et de sécurité juridique, v. récemment, le dossier spécial « Légalité et sécurité juridique. Un équilibre rompu ? », *AJDA* 2019, p. 1086-1115, en réponse aux « Entretiens du contentieux » organisés par le Conseil d'État le 16 nov. 2018 sur le thème « Principe de légalité, principe de sécurité juridique ».

tif sans éclat. La doctrine s'en est emparée avec mesure et un brin de tardiveté². L'exécutif, alors même qu'il apparaît à l'origine de ce dispositif, a quant à lui, fait montre d'une singulière négligence ou d'une rare ambivalence. Le décret n° 2018-1047 du 28 novembre 2018, pris pour l'application de l'article 20 de la loi ESSoC, fixe les seules conditions de publication des instructions et circulaires, et délaisse la phrase terminale, pourtant sibylline, de l'article L. 312-3. Le respect dû aux normes « préservant directement la santé publique, la sécurité des personnes et des biens ou l'environnement », comme à la situation des tiers, forme des limites à l'invocabilité des interprétations qui, faute de précisions, risquent de compromettre largement son effectivité. De surcroît, avec un sens remarquable de la contradiction ou de l'ironie, le Premier ministre a prescrit, par la circulaire du 5 juin 2019 *relative à la transformation des administrations centrales et aux nouvelles méthodes de travail*, l'abandon des circulaires d'interprétation. Le recours à une circulaire pour endiguer les circulaires elles-mêmes constitue somme toute un procédé traditionnel³, qui laisse présager le faible retentissement qui sera accordé au nouveau texte primo-ministériel. Mais, la présentation des circulaires interprétatives comme « des outils du passé » destinées à être remplacées « par la mise à disposition d'une documentation » sur le site des ministères conduit à douter qu'il y ait une quelconque histoire à écrire au sujet de l'article L. 312-3 du CRPA. Ce défaut d'effectivité dont

semble menacée la nouvelle disposition autorise précisément à penser les liens à venir entre celle-ci et le contentieux administratif. Parce que « le contentieux est destiné à assurer le respect des règles de fond et le dénouement des affrontements auxquels elles peuvent donner lieu »⁴, l'article L. 312-3 va devenir une source de litiges et s'insinuer au cœur des procès administratifs. Cette étude se propose par suite de rechercher, voire d'imaginer, ce que le contentieux administratif peut faire de cette disposition et ce que cette disposition, en retour, peut faire du contentieux administratif.

Envisager les manières dont l'article L. 312-3 du CRPA pourrait être interprété et manié par le juge administratif conduit à s'éloigner de la pure description de la règle en vigueur, au profit de l'exploration de plusieurs possibles juridiques. Cette « expérience imaginaire de pensée »⁵ souligne que l'écriture doctrinale ne se résume pas à livrer des indications sur l'état le plus récent du droit positif et rappelle la fonction réflexive et critique des universitaires⁶. Elle combat en outre une vision réductrice du temps de la pensée doctrinale, amputé du passé comme de l'avenir. Pas plus qu'ils ne doivent s'astreindre à « une épuisante entreprise de légitimation et de cohésion de l'ordre juridique existant »⁷, les « producteurs de logique »⁸ ne peuvent s'enfermer dans le présent⁹. L'exploitation de l'imaginaire juridique ne constitue ni un exercice littéraire, ni un pur travail d'invention. Il ne s'agit pas ici de conter le faux¹⁰, mais bien plutôt de penser le

-
2. V. sur le nouveau statut des circulaires (art. L. 312-2 et L. 312-3 du CRPA), Q. Barnabé, « Une rénovation limitée du statut des circulaires et instructions par la loi ESSoC », *RDA* 1^{er} mars 2019, p. 23-30; P. Combeau, « Le statut de la circulaire administrative fait peau neuve », *AJDA* 2019, p. 927-933.
 3. V. D. Lochak, « La grammaire juridique des circulaires administratives », in G. Koubi (dir.), *La littérature grise de l'administration*, Paris, Berger-Levrault, 2015. L'auteur y mentionne la circulaire du 15 juin 1987 *relative aux circulaires ministérielles* qui pointe le nombre excessif des circulaires, celle du 25 févr. 2011 « relative aux instructions du Gouvernement et aux circulaires administratives » qui insiste sur la nécessité de les endiguer, celle enfin du 17 juill. 2013 « relative à la simplification administrative », qui préconise une limitation drastique de cet instrument.
 4. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 11^e éd., Montchrestien, 2004, p. 7.
 5. F. Ost, « Penser par cas : la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2014, vol. 73, p. 124.
 6. V. par ex. V. Varnerot, « Jurisdiction versus doctrine », in C. Grall, A.-M. Luciani (dir.), *Imaginaires juridiques et poétiques littéraires*, PUF, 2013, p. 34.
 7. J.-J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits* 1985, t. 1, p. 156.
 8. P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France : l'administration classique*, Fayard, 1992, p. 404.
 9. V. sur l'idée contraire que le travail doctrinal consiste uniquement à décrire et analyser le droit à un certain moment de référence, O. Pfersmann, « Le droit est-il narratif, la narrativité est-elle juridique ? », *Revue Droit et Littérature* 2019, n° 3, p. 178.
 10. « C'est « comme si », suggère le poète, ouvrant l'espace de la fiction imaginaire; c'est « comme ça », répond le juriste, soulignant à la fois la réalité et l'impérativité de l'ordre qu'il instaure. », F. Ost, *Raconter la loi, aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004, p. 10.

plausible, d'émettre des hypothèses, en établissant une continuité avec des interprétations et des décisions antérieures des juridictions administratives. L'histoire déjà ancienne du contentieux administratif et des actes généraux d'interprétation offre en effet un canevas et facilite les conjectures, sans procurer à l'évidence de certitudes. L'article L. 312-3 du CRPA marque une formalisation sans précédent du pouvoir d'interprétation de l'administration et de ses effets dont il est malaisé de mesurer pour le moment la résonance contentieuse. Les nouveaux traits que le juge attribuera au double visage contentieux des interprétations, à la fois arme (I) et objet du procès administratif (II), semblent en effet largement tributaires de l'équilibre entre les principes de sécurité juridique et de légalité, que le jeu de la jurisprudence rend actuellement instable voire imprévisible.

I. L'acte d'interprétation, arme dans le procès administratif

Jusqu'alors limitée aux doctrines fiscale (art. L. 80 A LPF), sociale (art. L. 243-6-2 Code de la sécurité sociale) et douanière (art. 345 bis Code des douanes), l'opposabilité des interprétations diffusées par les circulaires et instructions reçoit un élan nouveau. Auparavant, en dehors du champ de ces dispositions spécifiques, le Conseil d'État refusait l'invocabilité d'une circulaire dépourvue de caractère réglementaire¹¹. Les circulaires interprétatives, qui livrent une simple recomposition d'un texte juridique, subtilement dépeinte par Geneviève Koubi comme une « diffraktion¹² », sont par essence privées d'un tel caractère. À rebours de la jurisprudence classique, l'article L. 312-3 du CRPA érige certains actes administratifs d'interprétation en arme que le justiciable et ses conseils peuvent désormais manier et provoquer leur incorporation « au sein

des normes de référence et de contrôle juridictionnel »¹³. Toutefois, l'invocabilité des circulaires et instructions interprétatives, qui apparaît dès maintenant ambivalente (A) pourrait être encore affaiblie par l'interprétation qu'en livrera le juge (B).

A. Les avancées actuelles de l'invocabilité

Inspirée par les dispositifs sectoriels, la loi ESSoC a restreint la doctrine de l'administration à certains *instrumenta* – circulaires, instructions, notes et réponses ministérielles – qui n'épuisent pas la diversité des supports de diffusion des interprétations administratives. Cette frontière pourrait toutefois s'avérer poreuse, dès lors qu'en matière fiscale, le juge administratif a développé une conception extensive de la notion de « circulaires et instructions ». Rejetant de façon traditionnelle tout excès de formalisme, il accueille au sein de la doctrine fiscale certains communiqués et rescrits¹⁴. Pour autant, si les actes opposables en vertu de l'article L. 312-3 du CRPA sont susceptibles de dépasser ceux expressément mentionnés, seule une partie des circulaires, instructions, notes et réponses ministérielles pourra être invoquée à l'appui d'un recours devant le juge administratif. La fonction de celles-ci ne se réduit pas en effet à l'interprétation¹⁵. La combinaison des articles L. 312-2 et L. 312-3 du CRPA témoigne d'un timide infléchissement, en reconnaissant le droit de toute personne de se prévaloir non seulement d'une interprétation du droit positif opérée par ces documents, mais aussi d'une description des procédures administratives. Cette rédaction souligne d'abord l'importance cardinale accordée par les agents aux circulaires procédurales¹⁶ ou documents assimilés qu'édicte les chefs de service en complément des actes par lesquels les ministres attribuent un sens à un énoncé¹⁷. Elle peut ensuite exciter l'audace des requérants de se prévaloir devant le juge de cer-

11. V. par ex. CE, 27 mai 1987, n° 76213, *Arnaudies*; CE, 22 juin 2016, n° 388276, *Société SCCV Huit Douze Liberté*.

12. G. Koubi, *Les circulaires administratives : contribution à l'étude du droit administratif*, Economica, 2003, p. 215.

13. P. Combeau, *L'activité juridique interne de l'administration. Contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, Thèse, 2000, p. 541.

14. V. J. Lamarque, O. Negrin, L. Ayrault, *Droit fiscal général*, 3^e éd., Lexisnexis, 2014, p. 622-624.

15. Sur les fonctions des circulaires, v. par ex. M. Hecquard-Théron, « Que reste-t-il de l'ordre intérieur ? », in M. Hequard-Théron, J. Krynen (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2005, t. 1, p. 270 et s.

16. V. G. Koubi, *Les circulaires administratives : contribution à l'étude du droit administratif*, op. cit., p. 231-233.

17. Sur cette définition de l'interprétation, v. par ex. M. Troper, « Interprétation » in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 843.

tains textes informatifs, pédagogiques ou illustratifs. À défaut d'une telle précision dans l'article L. 80 A du *LPF*, le Conseil d'État juge que différents guides édictés par l'administration fiscale pour proposer une « synthèse » ou une présentation du droit en vigueur ne forment pas des prises de position formelles opposables¹⁸. En évoquant « l'interprétation d'une règle », et non d'un « texte » ou d'une « législation » à la manière des autres mécanismes d'opposabilité, l'article L. 312-3 du CRPA dévoile une seconde inflexion. Alors que les commentaires administratifs de jurisprudence sont évincés du champ de l'article L. 80 A du *LPF*¹⁹, ils ont ici vocation à alimenter les requêtes des justiciables s'ils sont diffusés par la voie de circulaires, instructions, notes ou réponses ministérielles. En offrant à toute personne de se prévaloir de l'interprétation « même erronée » d'une règle, l'article L. 312-3 du CRPA affiche une autre importante avancée. Cette rédaction infirme celle adoptée lors de la tentative de généralisation de l'invocabilité par le décret du 28 novembre 1983, celui-ci précisant alors que la circulaire ou l'instruction ne devait pas être contraire aux lois et règlements. Elle prévient une nouvelle interprétation restrictive, le Conseil d'État ayant exclu du champ du décret *concernant les relations entre l'administration et les usagers* aussi bien les actes interprétatifs directement contraires aux normes supérieures que ceux qui en livraient une interprétation erronée²⁰. Ce primat apparent accordé à la sécurité recèle toutefois de délicates nuances. L'exigence de légalité de l'acte administratif interprétatif resurgit en matière de « santé publique, la sécurité des personnes et des biens ou l'environnement ». La loi ESSoC distingue ainsi un bloc restreint de légalité supérieur en toutes circonstances à la glose administrative.

Certaines limites à l'opposabilité s'affichent sans détours. Loin de constituer une généralisation, l'article L. 312-3 du CRPA réserve l'invocabilité aux seuls actes interprétatifs émanant des

services centraux et déconcentrés de l'État. En évinçant les circulaires des collectivités territoriales et des établissements publics, qui ne peuvent dès lors être invoquées devant le juge administratif qu'à la condition de revêtir un caractère réglementaire, la loi ESSoC entretient la dualité des régimes. Elle diffuse une vision centralisatrice du droit en niant la compétence des collectivités territoriales à délivrer des interprétations opposables, générales comme individuelles, dès lors que celles-ci sont aussi écartées des nouvelles procédures de rescrit²¹. Tout en mettant en avant « une administration qui s'engage²² », la loi ESSoC ne vise en réalité, selon une conception réductrice et archaïque, que l'État. Les personnes publiques sont d'ailleurs les grandes négligées de la réforme de l'invocabilité. Puisque l'article s'insère dans le CRPA, le justiciable pouvant se prévaloir d'une interprétation à l'appui d'un recours juridictionnel se définit, conformément à l'article L. 100-3, comme toute personne physique ou toute personne morale de droit privé. L'éviction des personnes publiques signale la nécessité de poursuivre l'exploration des figures des requérants devant la justice administrative. Les progrès de la hiérarchisation des illégalités²³ se doublent d'une gradation des justiciables. Si le préfet ou les membres d'une assemblée délibérante apparaissent comme des tiers privilégiés dans le contentieux contractuel²⁴, les organes des personnes publiques semblent ici défavorisés. Alors même que certaines circulaires et de nombreuses réponses ministérielles concernent les collectivités locales, ces dernières sont privées de cette arme dans le procès administratif. La liaison de l'opposabilité et de la publicité constitue également un frein temporel, l'article L. 312-2 ayant pour effet d'abroger les circulaires qui ne répondent pas aux exigences nouvelles de publication. La diffusion de la doctrine administrative sur des sites internet *ad hoc*²⁵, qui devait, selon le décret du 28 novembre 2018, intervenir avant le 1^{er} mai 2019, détermine

18. V. CE, 27 juill. 2001, n° 217024, *Association la Défense libre*; CE, 16 oct. 2013, n° 339165, *Bléger*.

19. CE, 10 juill. 1980, n° 18024, *Bouton Robert*.

20. V. notamment CE, 30 nov. 1990, n° 114914, *Vidal*; v. aussi les réf. in C. Chauvet (dir.), *Le pouvoir hiérarchique*, op. cit., p. 575.

21. V. A.-L. Girard, « Le rescrit », *RFDA* 2018, p. 844.

22. Intitulé du chap. 2 de la loi n° 2018-727.

23. V. O. Mamoudy, « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019, p. 1108-1115.

24. CE, Ass., 4 avr. 2014, n° 358994, *Tarn-et-Garonne*.

25. www.fonction-publique.gouv.fr; www.interieur.gouv.fr; www.education.gouv.fr; etc.

ainsi l'application dans le temps de la réforme et le moment à partir duquel les actes interprétatifs peuvent nourrir les requêtes adressées au juge administratif. Parce qu'elle a longtemps été conçue par les membres du Conseil d'État comme une « exception »²⁶ ou une « anomalie juridique »²⁷, l'invocabilité pourrait se heurter à d'autres restrictions.

B. Les restrictions éventuelles à l'invocabilité

La jurisprudence antérieure suggère que de nouvelles limites, liées au pouvoir de l'administration comme au comportement de l'administré, pourraient endiguer l'invocabilité des actes interprétatifs. L'on songe tout d'abord à l'édifiante décision *Cortes Ortiz*, par laquelle le Conseil d'État a refusé, pour faire obstacle à l'invocabilité, la qualité de lignes directrices à un texte baptisé « circulaire » et portant sur la régularisation des étrangers²⁸. Cette décision de section du 4 février 2015 témoigne de la frontière ténue entre les actes d'interprétation que forment certaines circulaires et les actes d'orientation que constituent toutes les lignes directrices. Toute interprétation délivrée par le chef de service au moyen d'une circulaire a en effet vocation à orienter la manière dont le texte sera appliqué par les subordonnés. Et symétriquement, toute indication adressée aux agents sur la marche à suivre pour le traitement des dossiers individuels par des lignes directrices suppose au préalable une interprétation du texte conférant en l'espèce à l'administration un pouvoir discrétionnaire²⁹. Cet entremêlement éclaire probablement le renoncement du Conseil d'État dans la décision *Cortes Ortiz* à tout travail classificatoire procédant de l'objet de l'acte, interprétatif ou incitatif, au profit d'une analyse fondée sur la nature du pouvoir administratif que la circulaire de régularisation était destinée à commenter. Les lignes directrices ne se

conçoivent pas sans pouvoir discrétionnaire. Leur édicition s'impose face aux textes octroyant à l'autorité administrative le choix entre plusieurs possibles alors qu'elle aura à traiter un nombre important de dossiers individuels similaires³⁰. Exceptionnellement, l'administration dispose d'une liberté décisionnelle telle que l'on évoque un pouvoir gracieux. Les mesures prises dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation qu'aucune condition de fond ne restreint, apparaissent alors comme des faveurs au bénéfice desquelles personne ne peut faire valoir un droit. À l'inverse du pouvoir discrétionnaire, l'identification d'un pouvoir gracieux exclut toutes lignes directrices dont la particularité réside dans leur invocabilité. La possibilité pour l'individu de se prévaloir du texte lui donnerait en effet un droit à voir celui-ci appliqué, le droit de réclamer le respect des orientations dont il est porteur et partant porterait atteinte au pouvoir inconditionné de l'administration. Le pouvoir gracieux ne se concilie dès lors pas avec l'invocabilité. Par-delà cet argument juridique, et s'agissant spécifiquement de la régularisation des étrangers, plusieurs membres du Conseil d'État se sont montrés inquiets du retentissement pratique de l'invocabilité, convaincus que celle-ci conduirait le ministre à préférer diffuser ses orientations destinées aux préfets dans un cadre interne et occulte³¹. Ce précédent jurisprudentiel, affaibli actuellement par des voix dissidentes au sein du Conseil d'État³², avertit que certains actes, alors même qu'ils auraient pour objet de commenter et de préciser une règle, encourent l'éviction de la catégorie des interprétations au sens de l'article L. 312-3 du CRPA, s'ils portent sur l'exercice d'un pouvoir gracieux de l'administration. Cette réduction probable de la portée du nouveau principe d'opposabilité pourrait constituer un puissant stimulant de la pensée doctrinale. À côté de la notion même de pouvoir gracieux, à

26. CE, Ass., 3 févr. 1989, n° 74052, *Compagnie Alitalia*, RFDA 1989, p. 405, obs. N. Chahid-Nourai.

27. CE, sect., 25 juill. 1980, n° 93760, *Société de construction et d'exploitation de matériels et moteurs*, DF 1982, p. 506, obs. P. Rivière; CE, 29 juill. 1983, n° 25002, *B.*, DF 1983, p. 1574, obs. P. Rivière; CE, sect., 5 juill. 1991, n° 107258, *Artola*, RFDA 1992, p. 323, obs. M.-D. Hagelesteen.

28. CE, Sect. 4 févr. 2015, n° 383267, *Cortes Ortiz*.

29. V. G. Eveillard, « Sur la distinction des lignes directrices et des circulaires », RDA juin 2015, p. 26 et s.

30. V. par ex. D. Costa, « Les ombres portées des lignes directrices », AJDA 2019, p. 922.

31. CE, sect., 4 févr. 2015, n° 383267, *Cortes Ortiz*, RFDA 2015, p. 481, obs. B. Bourgeois-Machureau; J. Lessi, L. Dutheil-let de Lamohte, « L'obligation, le choix, la grâce », AJDA 2015, p. 449.

32. V. CE, 16 oct. 2017, n° 408344, AJDA 2017, p. 2424 et s., obs. G. Odinet; C. Malverti, C. Beauvils, « Un Tarjuman au Palais-Royal », AJDA 2019, p. 744 et s.

laquelle ni les professeurs ni les membres du Conseil d'État n'ont suffisamment réfléchi³³, il faudra un jour explorer la catégorie des circulaires rangées sous la bannière des « orientations générales », qui forme, dans les interstices des circulaires interprétatives et des circulaires réglementaires, un vaste fourre-tout.

La neutralisation de l'opposabilité des circulaires, instructions, notes et réponses ministérielles en raison de l'attitude de l'individu se présente pour l'instant comme moins vraisemblable. Le comportement de l'administré fomenté d'ores et déjà une querelle persistante en matière fiscale entre les juridictions de fond et le Conseil d'État. Les juges administratifs se divisent ainsi au sujet du déploiement du mécanisme de répression des abus de droit (art. L. 64 LPF) en cas d'application littérale d'une instruction fiscale contraire à l'intention de ses auteurs et illégale. Dans un avis d'assemblée du 8 avril 1998, le Conseil d'État a indiqué que « dans l'hypothèse où le contribuable n'a pas appliqué les dispositions mêmes de la loi fiscale mais a seulement entendu se conformer à l'interprétation contraire à celle-ci qu'en avait donnée l'administration dans une instruction ou une circulaire, l'administration ne peut faire échec à la garantie que le contribuable tient de l'article L. 80 A du LPF et recourir à la procédure de répression des abus de droit en se fondant sur ce que ce contribuable, tout en se conformant aux termes mêmes de cette instruction ou circulaire, aurait outrepassé la portée que l'administration entendait en réalité conférer à la dérogation aux dispositions de la loi fiscale que l'instruction ou la circulaire autorisait. Elle peut seulement, le cas échéant, contester que le contribuable remplissait les conditions auxquelles l'instruction ou la circulaire subordonne le bénéfice de l'interprétation qu'elle donne »³⁴. S'appuyant sur la rédaction de l'article L. 64 du LPF issue de la loi n° 2008-1443 et éclairée par les travaux préparatoires, la Cour administrative d'appel de Paris, statuant le 20 décembre 2018 en chambres réunies sous la

présidence de P. Frydman, a affiché l'ambition d'infléchir la position du Conseil d'État, en consacrant l'abus de doctrine fiscale³⁵. Discutée en droit fiscal, la neutralisation de l'invocabilité d'une interprétation illégale pour abus de doctrine semble plus illusoire encore en droit administratif général, dès lors qu'aucune disposition écrite ne peut nourrir une telle audace jurisprudentielle. Si la loi ESSoC formalise un « droit à l'erreur », au demeurant très limité³⁶, il n'existe aucune interdiction pour l'individu de faire montre d'une trop grande habileté. La paralysie de l'invocabilité, en cas de détournement de l'objet d'une interprétation, compromettrait gravement la réforme nouvelle, en offrant à l'administration d'altérer rétroactivement ses commentaires par la reconstitution *a posteriori* d'une intentionnalité et d'une rationalité nouvelles. Une telle restriction à l'opposabilité n'apparaît toutefois pas chimérique si l'on admet que la loyauté des rapports juridiques fonde l'article L. 312-3 du CRPA et les autres dispositions issues de la loi ESSoC. Plus que la sécurité juridique, celle-ci suppose la probité de l'administration comme de l'individu. Les nouveaux articles L. 123-1 et L. 123-2 du CRPA sur le « droit à l'erreur » exaltent d'ailleurs l'exigence de bonne foi de l'administré. De surcroît, la subjectivisation croissante du contentieux administratif rend plausible de placer le critère intentionnel au cœur des procès administratifs, même si le rôle restreint encore accordé à la fraude par le Conseil d'État témoigne d'une réticence persistante à se livrer à des appréciations subjectives³⁷.

II. L'acte d'interprétation, objet du procès administratif

Suivant une conception répandue, l'opposabilité de la doctrine administrative ne bénéficie qu'aux actes interprétatifs impératifs³⁸. Il faut en réalité reprendre l'analyse ciselée proposée par le rapport du Conseil d'État sur un mécanisme proche,

33. V. en ce sens les obs. de J. Lessi et O. Dutheillet de Lamothe, préc. ; V. la belle étude doctrinale de P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP* 1993, p. 1351 et s.

34. Avis CE, Ass., 8 avr. 1998, n° 192539, *Sté de distribution de chaleur de Meudon et Orléans (SDMO)*.

35. CAA Paris, 20 déc. 2018, n° 17PA00747, *RDF* 2019, n° 11, p. 71-88, obs. O. Lemaire.

36. V. Art. L. 123-1 du CRPA et A. Perrin, A. Vidal-Naquet, « Quel droit à l'erreur ? », *AJDA* 2018, p. 1837-1849.

37. V. C. Giordano, « La théorie de la fraude et les actes administratifs unilatéraux », *RFDA* 2018, p. 57-76.

38. V. par ex. V. J. Lamarque, O. Negrin, L. Ayrault, *Droit fiscal général*, op. cit., p. 612 ; Q. Barnabé, « Une rénovation limitée du statut des circulaires et instructions par la loi ESSoC », préc.

le rescrit, pour comprendre l'insuffisance de cette analyse. Lorsque l'interprétation n'est pas erronée, elle n'ajoute rien aux règles qu'elle éclaire et l'administration procède en réalité à une application du texte explicité. Dans cette hypothèse, la circulaire ou l'instruction se montrent peu utiles, et souvent « juridiquement sans portée »³⁹. Lorsqu'à l'inverse, l'interprétation est erronée, l'individu bénéficie de la possibilité d'opposer cette glose illégale à l'administration et de s'en prévaloir devant le juge. L'opposabilité ne manifeste donc son intérêt réel qu'en cas d'illégalité. Elle confère une protection juridique à l'illécite ou à l'erreur sans empêcher toutefois un recours devant le juge. L'interprétation opposable peut devenir l'objet du procès. Cette contestabilité devant le juge administratif est riche de virtualités suivant que celui-ci choisira la prudence (A) ou l'audace (B).

A. Les limites probables de la contestabilité

L'article L. 312-3 du CRPA pourrait retentir faiblement sur le contentieux administratif, provoquant des modifications *a minima*. Actuellement, les interprétations de règles que l'administration délivre notamment par voie de circulaires ou d'instructions sont soumises à un régime contentieux dual, façonné par le Conseil d'État dans la décision du 18 décembre 2002, *Duvignères*⁴⁰. La recevabilité du recours pour excès de pouvoir dépend depuis lors du caractère impératif de la circulaire. La faculté d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre le refus d'abroger une circulaire impérative offre même un accès perpétuel au prétoire⁴¹. La dichotomie circulaire réglementaire/circulaire interprétative, modelée par la décision d'Assemblée du 29 janvier 1954 *Notre-Dame du Kreisker*, irrigue encore la présentation des chefs d'illégalité⁴². La circulaire réglementaire encourt l'annulation pour incompétence ou pour tout autre motif. La réitération d'une règle contraire à une norme juridique supérieure, la méconnaissance du sens et de la portée des dispositions explicitées forment des motifs d'illéga-

lité propres aux circulaires interprétatives. Le Conseil d'État pourrait, malgré l'introduction de l'article L. 312-3 du CRPA, maintenir intacte la jurisprudence *Duvignères* en considérant que les circulaires ou instructions non impératives, même opposables et illégales demeurent insusceptibles de recours par voie d'action. Dans le sillage de l'avis *Monzani*, rendu au sujet de la doctrine fiscale, le seul ajustement concernerait les effets de l'annulation d'une circulaire impérative opposable. Dans cet avis contentieux rendu en section⁴³, le Conseil d'État énonce que l'objectif de sécurité juridique poursuivi par l'article L. 80 A du LPF justifie de déroger au principe de l'effet rétroactif qui s'attache à l'annulation pour excès de pouvoir. L'annulation par le juge d'un élément de doctrine fiscale ne prive donc pas le contribuable du droit de se prévaloir de l'interprétation dont il a fait application pour réduire le montant de son impôt, dès lors que le fait générateur de l'imposition est antérieur à la date de la décision juridictionnelle. La disparition rétroactive compromet tant le principe de l'opposabilité que l'article L. 312-3 du CRPA inspirera sans nul doute au juge administratif la modulation systématique des effets de son annulation. Dans le prolongement de l'avis *Monzani*, le Conseil d'État a jugé que l'annulation d'une circulaire ou instruction ayant amendé une interprétation initiale ne saurait restaurer cette dernière⁴⁴. En affirmant « le retour à la loi », la haute juridiction aménage ici encore la jurisprudence traditionnelle, en vertu de laquelle par exemple, l'annulation d'une décision ayant procédé au retrait⁴⁵ ou à l'abrogation⁴⁶ d'un acte administratif rétablit celui-ci dans l'ordonnement juridique. L'article L. 312-3 du CRPA devrait inspirer une inflexion similaire des traditions.

La pérennisation de la jurisprudence *Duvignères*, et partant de l'impossibilité de contester directement devant le juge de l'excès de pouvoir des interprétations non impératives, même invocables, conférerait à celles-ci une immunité juridictionnelle. Or, l'opposabilité attise le réflexe

39. Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, Les études du Conseil d'État, La documentation Française, 2014, p. 51-52.

40. CE, sect., 18 déc. 2002, n° 233618, *Duvignères*.

41. CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 26 déc. 2018, n° 424759.

42. CE, Ass., 29 janv. 1954, n° 07134, *Notre Dame du Kreisker*.

43. Avis CE, sect., 8 mars 2013, n° 353782, *Monzani*.

44. CE, 24 oct. 2013, n° 359974, *Distel*.

45. CE, 16 févr. 1994, n° 119544, *Ministre de la Solidarité c. Polyclinique Saint-Pierre*; Avis CE, 26 juill. 2018, n° 419204, *Beaumont*.

46. CE, Ass., 12 mai 1967, n° 62920, *Ministre des armées c. de Corbier*.

légaliste du Conseil d'État, qui rappelle avec régularité et fermeté la soumission de l'administration aux règles de droit. Dans l'avis *Monzani*, il indique que les dispositions instaurant l'opposabilité de la doctrine fiscale générale n'ont eu « ni pour objet ni pour effet de conférer à l'administration [...] un pouvoir réglementaire ou de lui permettre de déroger à la loi. ». Affinant son analyse dans son avis sur le projet de loi ESSoC, il précise que si le mécanisme de l'opposabilité d'une interprétation n'a pas pour objet de dispenser l'administration de son obligation d'appliquer la loi, cet effet est certain. C'est pourquoi l'institution d'une telle garantie relève du seul législateur. Parce que l'opposabilité n'habilite l'administration ni à créer des règles nouvelles ni à livrer des interprétations *contra legem*, le Conseil d'État intégrera vraisemblablement, selon un procédé ou un autre, les circulaires non impératives opposables dans le champ de son contrôle juridictionnel. D'aucuns ont songé à l'exception d'illégalité comme remède au paradoxe permettant à un administré de se prévaloir d'une circulaire illégale sans qu'il lui soit possible, en l'absence de caractère impératif, d'en contester la légalité⁴⁷. Cette contestabilité par la voie indirecte à la manière des lignes directrices s'inspire de la parenté entre celles-ci et les circulaires non impératives, les deux types d'actes partageant, outre l'opposabilité, l'appartenance au droit souple⁴⁸. Le rapprochement entre les deux instruments omet toutefois un trait différentiel fondamental qui obère la confusion des régimes contentieux. Les lignes directrices sont opposables à l'individu par l'administration qui peut se fonder explicitement sur elles pour justifier la décision prise. L'article L. 312-3 du CRPA n'organise en revanche qu'une opposabilité asymétrique. Si l'individu peut se prévaloir de l'interprétation, l'administration ne peut en retour lui opposer sa doctrine. Dès lors que la circulaire non impérative ne constituera jamais la base légale de la décision attaquée devant le juge de l'excès de pouvoir et que celle-ci ne sera jamais

prise pour l'application de la première, l'exception d'illégalité s'avère inopérante⁴⁹.

B. La progression potentielle de la contestabilité

Deux pistes méritent d'être explorées afin d'étendre l'emprise du contrôle juridictionnel, et partant du principe de légalité, sur les interprétations administratives générales. L'une exploite les effets de celles-ci sur l'administration, l'autre leurs effets sur les administrés. La première suppose de redessiner les contours de la notion de circulaire impérative pour qu'elle accueille, en sus de celles intrinsèquement porteuses d'un impératif, celles auxquelles des effets contraignants sont attachés par l'article L. 312-3 du CRPA. Alors même qu'une instruction ou une note ne livrant qu'un commentaire ou des indications est privée par essence de caractère prescriptif, l'opposabilité impose cette interprétation à l'administration. L'individu peut en réclamer bénéfice. Dès lors que l'opposabilité ne revêt d'intérêt et de portée qu'en cas d'interprétation erronée⁵⁰, l'effet contraignant se conçoit comme l'obligation faite aux agents de ne pas appliquer complètement ou correctement la règle interprétée. La constance avec laquelle le Conseil d'État conçoit les prises de position opposables adressées à un individu en matière fiscale comme des décisions⁵¹, alors qu'une analyse approfondie conduit à douter du caractère décisoire des rescrits⁵², milite en faveur de l'hypothèse d'une conception extensive de l'impérativité.

L'assouplissement de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes généraux interprétatifs peut emprunter une seconde voie plus prometteuse, celle de l'abandon du « sésame »⁵³ contentieux offert pour l'instant par l'impérativité. Une telle innovation prolongerait la décision *Le Pen* du 19 juillet 2019⁵⁴, par laquelle le Conseil d'État, désormais assuré que l'ouverture du contentieux de l'excès de pouvoir au droit souple n'occasionne nul

47. Q. Barnabé, « Une rénovation limitée du statut des circulaires et instructions par la loi ESSoC », préc.

48. V. l'étude annuelle 2013 du Conseil d'État, *Le droit souple*, La documentation française, p. 20, p. 59 et p. 65.

49. V. CE, sect., 11 juill. 2011, n° 320735, *Sodemel*.

50. V. *supra*.

51. CE, 4 juin 2012, n° 359657; CE, 24 juin 2015, n° 368671.

52. V. par ex. B. Plessix, « Le contentieux d'un rescrit fiscal », *RFDA* 2017, p. 351 et s.

53. C. Groulier, « L'impératif dans la jurisprudence *Duvignères* : réflexion sur un sésame contentieux », *RFDA* 2008, p. 941-950.

54. CE, Ass., 19 juill. 2019, n° 426389.

engorgement des prétoires⁵⁵, a renoncé à réserver la jurisprudence *Fairvesta et Numericable* aux autorités de régulation. Après des offensives éparses menées par certains rapporteurs publics⁵⁶, les juges du Palais-Royal ont certes accepté d'étendre le champ des actes qui, bien que dépourvus d'effets juridiques, sont contestables en excès de pouvoir, en raison de leurs effets notables ou de l'influence qu'ils sont susceptibles d'avoir sur le comportement des personnes. L'absence de tout considérant de principe obscurcit toutefois l'exacte portée de cette évolution jurisprudentielle⁵⁷. La présentation de cette décision par certaines voix au sein même du Conseil d'État comme la marque de « l'ère de la casuistique »⁵⁸ confirme l'analyse pionnière et talentueuse de François Brunet : « toute la question est de déterminer quels sont les effets qu'il convient ici de prendre en considération et, surtout, si le juge et le juriste ont la capacité d'appréhender des effets qui ne seraient pas juridiques [...] On voit en tout cas que ces questionnements induits par la jurisprudence *Fairvesta* conduisent sur des terres autrement plus délicates que celles de la jurisprudence *Duvignères*. »⁵⁹.

Si « les effets notables » ou « l'influence » d'une circulaire devenaient le nouveau fil d'Ariane, rien ne laisse présager que le mécanisme d'opposabilité aurait quant à lui une incidence sur la nouvelle appréciation de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. La possibilité de se prévaloir d'un acte en vertu de l'article L. 312-3 du CRPA attise certes la foi accordée aux interprétations générales. Mais les nouvelles pratiques interprétatives de l'administration, encouragées par la circulaire du 5 juin 2019, peuvent inspirer un ressenti subjectif équi-

valent. Et, avant même la décision *Le Pen*, certaines solutions récentes attestent que le Conseil d'État n'est pas hostile à l'ouverture du prétoire aux chartes, foires aux questions, communiqués, et schémas diffusés sur internet. La contorsion de la jurisprudence classique a un temps suffi à justifier la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, comme l'illustre l'arrêt *Jahin* du 25 janvier 2017⁶⁰. Conformément aux conclusions du rapporteur public, les juges du Palais-Royal ont en l'espèce admis la recevabilité du recours dirigé contre deux communiqués de presse interprétatifs, « dès lors qu'ils comportent des dispositions impératives à caractère général ». Parce que ces communiqués s'adressaient aux contribuables et ne prenaient pas les services fiscaux pour destinataires, cette application de la jurisprudence *Duvignères* était empreinte d'originalité. Quelques mois plus tard, le juge administratif n'a pas déployé la même audace à propos de la carte des pratiques et montages abusifs⁶¹ ou encore au sujet du dispositif de régularisation des avoirs détenus à l'étranger, présenté dans une foire aux questions⁶². Il a au contraire souligné dans ces deux affaires la différence de nature entre une « circulaire administrative adressée aux services fiscaux », et « un document destiné à informer les contribuables » de l'interprétation de la loi fiscale. C'est alors une décision du 28 mars 2018 qui avertit d'une subtile inflexion. Si le Conseil d'État a refusé de se prononcer sur la recevabilité d'un recours dirigé contre une réponse portant sur la création d'offices notariaux, publiée au sein d'une foire aux questions sur le portail internet du ministère de la justice, il a précisé qu'elle ne méconnaissait pas le décret qu'elle avait vocation à interpréter⁶³. Sans renoncer encore au verrou de l'impérativité, le juge administratif sem-

55. F. Brunet dénombrait ainsi six applications de la décision *Fairvesta* par le Conseil d'État au 15 févr. 2019. V. F. Brunet, « L'aménagement saisi par le droit souple ? », *AJDA* 2019, p. 958.

56. V. CE, 12 juill. 2017, *Bourgeois*, n° 401997, *RDF* 2017, n° 37, p. 52646, obs. R. Victor; CE, 7 nov. 2018, n° 417998, *Premier ministre*, obs. A. Bretonneau (Arianeweb); V. encore CE, 16 déc. 2016, n° 392557 (sol. impl.), *Fondation Jérôme Lejeune*, obs. J. Lessi sur Arianeweb; CAA Marseille, 22 juin 2018, n° 17MA03851, *Établissement public d'aménagement Écovallée-Plaine du Var*.

57. V. en ce sens la chronique de C. Malverti et C. Beaufile, « Le Conseil d'État donne du mou au droit souple », *AJDA* 2019, p. 1994 et s. Nous achevons cet article alors que les 2^e et 7^e chambres réunies ont renvoyé à la section du contentieux du Conseil d'État une affaire imposant de clarifier les nouveaux critères de recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

58. *Ibid.*

59. F. Brunet, « L'aménagement saisi par le droit souple ? », préc. spéc. p. 959.

60. CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 25 janv. 2017, n° 397881, *Jahin*, *RJCF* 2018, n° 6, p. 880.

61. CE, 12 juill. 2017, n° 401997, *Bourgeois*.

62. CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 17 mai 2017, n° 404270.

63. CE, 6^e ch., 28 mars 2018, n° 408729.

blait d'ores et déjà annoncé son intention de soumettre ces interprétations nouvelles à la légalité. Cette extension possible de la jurisprudence *Fairvesta* à des pratiques interprétatives non opposables serait alors un démenti. Démenti,

non de l'importance de l'imaginaire juridique, mais de l'exercice doctrinal livré ici et destiné spécifiquement à établir des liens entre le contentieux administratif et l'article L. 312-3 du CRPA.

Achévé le 13 novembre 2019

Un article, une matière

L'article L. 423-1 du Code des relations entre le public et l'administration et le droit administratif

Benoît Plessix

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

1. L'article L. 423-1 du Code des relations entre le public et l'administration (ci-après CRPA) peut apparaître comme une règle mineure, secondaire et très spécialisée du droit administratif français, mais elle n'en offre pas moins un témoignage exemplaire des profondes mutations qui affectent aujourd'hui cette branche toujours majeure de notre droit national.

2. Cette disposition législative énonce : « Ainsi que le prévoit l'article 2044 du Code civil et sous réserve qu'elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit. »

3. La première mutation à l'œuvre est désormais bien connue. Mais le seul fait de citer ici une disposition législative codifiée et non un grand arrêt du Conseil d'État en dit long sur l'évolution dont les sources du droit administratif français est l'objet. Non pas que le droit administratif ne reste pas un « droit fondamentalement jurisprudentiel », selon la fameuse expression de René Chapus¹ : il le restera toujours dans ses fondements et dans ses catégories juridiques fonda-

mentales; l'actualité du droit administratif continue de se dérouler au rythme des grands arrêts que rend le Conseil d'État, et les dernières décennies n'ont pas été avares en décisions de premier plan, notamment en ce qui concerne la reconstitution de l'office du juge administratif, qu'il s'agisse du juge des contrats ou de celui de l'excès de pouvoir. Ce serait du reste un comble que le Conseil d'État renonce à son pouvoir normatif à l'heure où la Cour de cassation le jalouse et en réclame un.

Il n'en demeure pas moins que le droit administratif trouve sa source de manière de plus en plus importante, tant quantitativement que qualitativement, non seulement dans des dispositions législatives, mais dans des dispositions textuelles codifiées. Qu'il paraît loin le temps où Léon Aucoc pouvait écrire que le droit administratif était hermétique à toute codification, en raison tant de sa nature contingente que de la faiblesse du travail parlementaire et de la concurrence du pouvoir réglementaire². Mais c'est que, entre-temps, un processus de relance de la codification a été politiquement mené à compter de 1989³, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit ayant été élevée au rang d'objectif à valeur constitution-

1. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, coll. « Domat », 15^e éd., 2001, p. 6.

2. *Bull. Sté législation comparée*, 1874, p. 370.

3. M. Guyomar (dir.), *Les 25 ans de la relance de la codification*, LGDJ, 2017; M. Rocard et G. Braibant, « La relance de la codification », *RFDA* 1990, p. 303; J.-L. Silicani, « La codification : instrument de réforme de l'État en France », *AJDA* 1997, p. 640.

nelle⁴, et l'accès simplifié à un droit ordonné apparaissant, non pas seulement comme une banale modalité de la réforme de l'État, mais comme une authentique dimension de l'État de droit⁵. Il en a résulté la mise en place d'une Commission supérieure de codification, placée pour l'essentiel entre les mains expertes de conseillers d'État, en raison de leur savoir-faire incontestable en matière de légistique. Peut-être est-ce l'un des facteurs qui expliquent une appétence particulière de cette commission pour la codification de règles de droit public : en 1994, adoption du Code des juridictions financières ; en 1996, du Code général des collectivités territoriales ; en 2000, du Code de justice administrative ; en 2006, du Code général de la propriété des personnes publiques ; en 2018, du Code de la commande publique. Du reste, bien d'autres exemples de codes portant sur des matières spéciales de droit public pourraient être donnés, en matière d'environnement, d'énergie, de santé publique, de sécurité intérieure, d'étrangers, d'éducation, etc.

4. Parmi tous les fruits de cette ambitieuse entreprise de codification, le Code des relations entre le public et l'administration fait figure d'illustration exemplaire.

S'il était une matière particulièrement emblématique de la « manière française » de faire du droit administratif, c'est bien celle des relations entre l'administration et les administrés, de celle qu'on appelle à l'étranger la « procédure administrative », évoquant en réalité et seulement le processus d'édition des décisions unilatérales et exécutoires de l'administration, lieu où, par définition, les droits et garanties des administrés ont le plus de chance d'être, au mieux négligés, au pire bafoués, là où l'arbitraire administratif a de fortes probabilités de s'épanouir, l'action de l'administration prenant la forme d'actes générateurs d'obligations sans le consentement de ceux auxquels elles incombent. Partout à l'étranger,

l'encadrement de ce processus décisionnel décisif pour l'action même de l'administration comme pour les droits des administrés est, non seulement opéré par des dispositions textuelles, mais a abouti à des « codes de procédure administrative », véritables chartes écrites des droits des administrés contrastant d'autant plus avec le droit français qu'ils sont parfois anciens, à l'image du *Administrative Procedure Act* américain de 1946⁶. En France, ce régime juridique, qu'il a fallu différencier des garanties apportées par le juge administratif, au point d'inventer cette expression proprement française de « procédure administrative non contentieuse », a suivi de près l'évolution des modes d'expression du droit administratif. Il a d'abord fait l'objet de grands arrêts du Conseil d'État, venant consacrer l'examen particulier des circonstances⁷, la tenue obligatoire d'un débat contradictoire⁸, le respect des droits de la défense en cas de sanctions administratives⁹ ou l'exigence d'impartialité¹⁰. Certes, la matière de la procédure administrative non contentieuse n'a pas été à l'abri d'initiatives législatives, mais ce fut toujours au coup par coup, de manière désordonnée, et pour venir suppléer la jurisprudence, là où la consécration d'un principe général du droit semblait impossible ou insuffisante : loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 consacrant un droit d'accès aux documents administratifs ; loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 imposant une obligation de motivation pour les décisions administratives individuelles défavorables ; loi n° 83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement ; décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 imposant une procédure contradictoire pour les décisions défavorables et rendant plus transparent le traitement des demandes adressées à l'administration ; loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration ; ordonnance n° 2005-1516 du

4. Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, *Codifications par ordonnance*, *Rec. Cons. const.* 1999, p. 136 ; *AJDA* 2000, p. 31, chron. J.-E. Schoettl ; *LPA* 28 juill. 2000, p. 15, note B. Mathieu et M. Verpeaux.

5. A. Zaradny, *Codification et État de droit*, thèse Paris II, 2011.

6. J.-M. Auby (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016.

7. CE, 7 août 1920, *Colonel Secrettant*, *Rec. CE* 1920, p. 853.

8. CE, sect., 17 janv. 1930, *Ribeyrolles*, *Rec. CE* 1930, p. 76.

9. CE, sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, *Rec. CE* 1944, p. 133 ; *D.* 1945, jurispr. p. 110, concl. B. Chenot, note J. de Soto ; *RDP* 1944, p. 256, note G. Jèze ; CE, ass., 26 oct. 1945, *Aramu et a.*, *Rec. CE* 1945, p. 213 ; *D.* 1946, p. 158, note G. Morange ; *S.* 1946, III, p. 1, concl. R. Odent.

10. CE, 7 juill. 1965, *Féd. nat. des transporteurs routiers*, *Rec. CE* 1965, p. 413.

8 décembre 2005 sur les échanges électroniques entre l'administration et les administrés ; loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification du droit. Mais, en dépit de ces initiatives gouvernementales et parlementaires désordonnées, éparées et incomplètes, le droit administratif français se singularisait du reste du monde par son incapacité à accoucher d'une charte unique des droits des administrés, d'un code unique aisément accessible consacrant et regroupant toutes les garanties auxquelles les administrés ont droit lorsqu'une autorité administrative élabore et adopte à leur encontre une décision unilatérale, obligatoire et exécutoire. De cette nouvelle exception française, la doctrine se désolait¹¹. Il y avait bien eu quelques tentatives de codification, mais elles avaient toutes avortées, comme celle de 1981, d'où n'accouchera que le décret du 28 novembre 1983, celle des années 1995-2001, où le projet d'un code de l'administration fut inscrit au programme de la Commission de codification sans jamais parvenir à être rédigé, ou encore celle de la loi du 9 décembre 2004 donnant dix-huit mois au gouvernement pour établir, dans le cadre de la réforme de l'État, un code qui, lui non plus, ne verra jamais le jour.

Il a donc fallu attendre l'année 2015 pour que soit enfin adoptée en France, sur habilitation du législateur par la loi n° 2031-1005 du 12 novembre 2013¹², l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 établissant un Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), entrée progressivement en vigueur en 2016¹³.

5. C'est au sein de ce code que prend place l'article L. 423-1. Il témoigne d'abord du fait que le CRPA n'est pas un code comme les autres. À compter de la relance de la codification, il avait été décidé que l'opération de codification se ferait à droit constant, sans que le codificateur ne touche au fond du droit codifié, sans qu'il

n'ajoute ou ne retranche quoi que ce soit, excepté d'inévitables corrections de forme et une nécessaire harmonisation des règles et des exigences de la hiérarchie des normes juridiques, qui peuvent contraindre à tenir compte des normes internationales ou à déclasser une disposition législative et lui restituer sa nature réglementaire. Or, le CRPA de 2015 témoigne d'une évolution des méthodes de codification, lorsque cela s'avère nécessaire. Une telle évolution ressortait déjà manifestement, en 2006, de l'écriture du Code général de la propriété des personnes publiques ; elle s'est de nouveau manifestée dans l'écriture du Code de la commande publique de 2018¹⁴. De même, en matière de procédure administrative non contentieuse, à raison de règles textuelles sectorielles et de certaines garanties toujours protégées de manière uniquement prétorienne, ne codifier que les seuls textes adoptés à compter des années 1970 n'aurait abouti qu'à adopter un code parcellaire et incomplet. Le pouvoir politique aurait manqué son but de doter enfin la procédure administrative non contentieuse française d'une *lex generalis*¹⁵. Il ne fallait donc pas se contenter de recenser et de compiler les seuls textes en vigueur en lien direct avec l'objet du futur code. Il fallait, non seulement codifier la jurisprudence pertinente¹⁶, mais aussi codifier toutes les dispositions en lien avec les garanties dont les administrés doivent bénéficier face à un acte administratif unilatéral, au besoin en rédigeant des dispositions textuelles inédites ou en créant des liens et des ponts avec d'autres dispositions déjà existantes et coulées dans le marbre d'autres codifications.

6. Tel est très précisément le destin normatif de l'article L. 423-1 du CRPA. Son objet porte sur le recours à la transaction en matière administrative. Rappelons pour mémoire que la transaction est un contrat défini par une disposition législa-

11. P. Gonod, « La codification de la procédure administrative », *AJDA* 2006, p. 489.

12. P. Gonod, « Codification de la procédure administrative. La fin de "l'exception française" », *AJDA* 2014, p. 395 ; M. Vialettes et C. Barrois de Sarigny, « Le projet d'un code des relations entre le public et les administrations », *AJDA* 2014, p. 402.

13. Sur ce code : *AJDA* 2015, p. 2420 et 2473 (6 contributions) ; *Dr. adm.* 2016, n° 8-9 (8 contributions) ; *JCP A* 2016, 2026 (1 contribution) ; *RFDA* 2016, p. 1 et s. (12 contributions).

14. Sur ce point, v. par ex. P. Bourdon, « Le Code de la commande publique : une codification à droit quasi constant », *AJDA* 2020, p. 149.

15. A. Zaradny, « Le Code des relations entre le public et l'administration est-il la *lex generalis* des relations entre le public et l'administration ? », *Dr. adm.* 2016, article 6.

16. D. Truchet, « Codifier la jurisprudence : réflexions à partir du Code des relations entre le public et l'administration », *Dr. adm.* 2016, article 5.

tive de droit privé, où elle est née et s'y est épanouie¹⁷. Selon l'article 2044 du Code civil, la transaction est le contrat écrit par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître; l'alternative à la solution judiciaire est d'autant plus séduisante que la transaction a le même effet qu'un jugement exécutoire doté de l'autorité relative de la chose jugée en dernier ressort.

Il est d'usage de ranger la transaction parmi les modes alternatifs de règlement des litiges ou plutôt – l'expression paraît dans ce cas plus appropriée – les modes amiables de résolution des conflits, puisque la transaction ne permet pas de juger autrement, mais de ne pas juger du tout. Or, ces modes alternatifs ou amiables, sous l'influence anglo-saxonne des *alternative disputes resolution*, ont depuis quelques temps le vent en poupe en matière administrative¹⁸. Il faut dire que, comme toutes les juridictions, la juridiction administrative est victime de la judiciarisation de la vie sociale, au moment même où elle doit travailler à coût constant, sinon même avec des moyens financiers et humains en baisse, la crise des finances publiques et la volonté politique de réduire les déficits publics ne permettant pas d'obtenir actuellement des moyens supplémentaires pour faire face à l'augmentation du nombre de requêtes. Aussi le développement des modes amiables de résolution des conflits administratifs apparaît-il comme une aubaine pour prévenir le contentieux, désencombrer le prétoire du juge administratif, réduire les délais de jugement déraisonnablement longs exposant

l'État à engager sa responsabilité pour faute simple¹⁹, tout en favorisant le dialogue entre l'administration et les administrés, thème particulièrement en vogue dont témoigne l'adoption de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un *État au service d'une société de confiance*²⁰. On s'explique ainsi, en matière de modes alternatifs de règlement des litiges, la politique volontariste et constante de l'État, comme le montre quelques exemples : article 13 de loi du 31 décembre 1987 promouvant la conciliation ; promotion des modes alternatifs par le Conseil d'État au moyen de ses rapports²¹ ; circulaires ministérielles incitant les autorités administratives à conclure des transactions²² ; adoption de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui crée dans le Code de justice administrative un chapitre entièrement consacré à ce qu'il convient désormais d'appeler la *médiation administrative*, qu'il s'agisse de celles organisées par les parties elles-mêmes, en dehors de tout procès, ou de celles proposées par les présidents de formation de jugement de toutes les juridictions administratives, lorsqu'ils estiment que l'obtention d'un accord entre les parties serait un moyen utile de mettre un terme au litige en cours²³.

On s'explique ainsi que, au moment de l'adoption d'un Code des relations entre le public et l'administration, il ait paru indispensable d'y inclure les dispositions relatives aux modes amiables de résolution des désaccords entre l'administration et les administrés. C'est pourquoi, après un livre premier codifiant toutes les règles

-
17. B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006.
18. A. Clayes, A.-L. Girard (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*, PUJ Poitiers, 2018 ; P. Thierry, *Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs*, thèse Montpellier I, 2000. V. aussi Ph. Yolka, *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, in P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 2, p. 585 ; F. Ducarouge, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage », *RFDA* 1996, p. 86 ; R. Le Goff, « Les modes alternatifs de règlement, vers l'efficience juridique ? », *JCP A* 2005, 1285 ; A. Lyon-Caen, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit administratif », *RID comp.* 1997, p. 421 ; A. Noury, « Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif ? », *JCP A* 2005, 1286 ; L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA* 1997, p. 3.
19. CE, ass., 28 juin 2002, n° 239575, *Garde des Sceaux, min. Justice c/ Magiera*, *Rec. CE* 2002, p. 248 ; concl. F. Lamy, *AJDA* 2002, p. 596, chron. F. Donnat et D. Casas ; *D.* 2003, p. 23, note V. Holderbach-Martin ; *Gaz. Pal.* 2002, nos 286-288, p. 22, note O. Guillaumeot ; *JCP G* 2003, II, 10151, note J.-J. Ménuret ; *LPA* 2002, n° 221, p. 17, note M.-C. Rouault ; *RFDA* 2002, p. 756, concl. F. Lamy.
20. Sur cette loi, G. Dumont, *AJDA* 2018, p. 1803 ; S. Hourson, *Dr. adm.* 2018, doss. 2 ; B. Seiller, *RFDA* 2018, p. 809.
21. *Étude sur la prévention du contentieux administratif*, EDCE 1980-1981 ; *La prévention du contentieux administratif. Contentieux général*, EDCE 1988, n° 39 ; *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Doc fr., 1993.
22. Circulaires des 6 févr. 1995, 7 sept. 2009 et 6 avr. 2011.
23. B. Nuret, « *La médiation en droit public : d'une chimère à une obligation ?* », *JCP A* 2019, 2060.

relatives aux échanges avec l'administration, après un deuxième consacré à l'adoption même des actes administratifs unilatéraux, après un troisième relatif aux documents administratifs et plus généralement aux données publiques, le CRPA comprend un livre IV intitulé : « Le règlement des différends avec l'administration ». Et comme cette subdivision ne pouvait se borner à codifier les dispositions relatives aux recours administratifs, ce mode proprement administratif de prévention du contentieux – ces recours gracieux ou hiérarchiques, facultatifs ou obligatoires, permettant en effet aux administrés d'adresser des réclamations à l'administration²⁴ –, le codificateur a jugé indispensable de parler plus généralement de tous les modes amiables de résolution des conflits. Or, dans le cas de la transaction, même si le Conseil d'État avait admis depuis très longtemps l'utilisation légale d'un tel contrat pour prévenir ou éteindre des litiges relevant de la compétence de la juridiction administrative²⁵, il n'existait aucune disposition textuelle qui l'énonçait explicitement. C'est pourquoi le codificateur a fait le choix de rédiger un article, l'article L. 423-1, qui, pour la première fois dans l'histoire du droit administratif français, couche par écrit la faculté pour les collectivités publiques de conclure avec les administrés des transactions. Mais comme la transaction est une institution ancestrale du droit privé, du droit des relations juridiques entre particuliers, le codificateur a jugé suffisant, selon une pratique courante lorsqu'une même institution juridique se retrouve dans le champ d'application de plusieurs codes, de faire un renvoi, d'opérer un pont avec l'article 2044 du Code civil, signifiant par-là que, en matière de transactions, le code principal est le Code civil, et le CRPA un code dit « suivre ».

7. On pourrait alors avoir la tentation d'en tirer la conclusion que la transaction en matière administrative est, intellectuellement, une notion de droit privé et, en droit positif, un contrat de droit privé. Ce serait toutefois tirer des conclusions hâtives de techniques et d'expressions purement légistiques, liées à la seule méthode de codification.

Que la transaction ait en droit privé et en droit administratif la même définition, voilà ce que nul ne saurait nier. Mais, en renvoyant à l'article 2044 du Code civil, l'article L. 421-3 du Code des relations entre le public et l'administration désigne seulement, par simplicité, le texte qui, en droit français, définit la notion juridique de transaction. Il signifie par-là qu'il serait légistiquement défaillant et normativement redondant qu'un texte de droit public définisse dans des termes strictement identiques une forme contractuelle que partage le droit public et le droit privé, sans renvoyer à ce dernier qui la définit en premier. Pour des raisons historiques, liées à l'ancienneté d'une institution juridique et l'antériorité d'une législation ou d'une codification, il est inévitable que certaines institutions juridiques soient initialement régies par certains textes plutôt que par d'autres ; cela n'en fait pas pour autant des institutions propres et exclusives à la législation qui les a vus naître et qui a été la première à les réglementer. À ce compte-là, il faudrait affirmer, sous prétexte que l'article 1^{er} du Code civil régit l'entrée en vigueur des lois, que la loi est un concept de droit privé, ou, sous prétexte que l'article 1A du Code général des impôts définit le revenu net global, que le revenu est une notion de droit public. Tout cela n'aurait à vrai dire aucun sens. La transaction est le type même de la notion juridique transversale, qui traduit la profonde unité de certains outils légaux et de certaines catégories juridiques, quand bien même une législation a été la première à les définir et à les régir.

Il serait encore plus excessif de déduire du renvoi de l'article L. 423-1 du CRPA à l'article 2044 du Code civil que la transaction est, par nature, par essence, un contrat de droit privé, et qu'il n'est qu'exceptionnellement administratif. Cette tentation existe chez certains juristes, qui croient encore que le droit privé est le droit commun et le droit administratif une simple collection de dérogations. C'est oublier que l'organisation doublement séculaire du droit français, qu'on l'apprecie ou non, ne raisonne pas en termes de droit commun/droit spécial mais repose sur une logique de dualité, dualisme

24. J.-F. Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, thèse Bordeaux, 1993, LGDJ, coll. « Bibl. dr. publ. », 1996, t. 185 ; S. Jeannard, *Le recours administratif dans le système juridique français*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2013.

25. CE, 23 déc. 1887, *De Dreux-Brézé, évêque de Moulins*, Rec. CE 1887, p. 842, concl. O. Le Vasseur de Précourt ; CE, 3 août 1910, *Sté Gille, Brahic et Thomas*, Rec. CE 1910, p. 686.

des droits applicables et dualisme des juges compétents, à statut égal. En matière de transaction, il est arrivé à certaines juridictions d'oublier cette évidence, au point d'affirmer que la transaction est « par nature » un contrat civil²⁶. Mais il faut toujours se méfier de la nature quand il est question de droit : on a le droit de croire à des règles de droit naturel, mais on a le droit d'être sceptique face à des catégories qui existeraient « par nature », alors que rien ne relève plus d'une construction intellectuelle que une notion ou qu'un concept. Ces jurisprudences idéologiquement orientées doivent aujourd'hui être oubliées : la logique comme la bonne administration de la justice conduisent en tout état de cause à conclure que, au regard de notre dualisme national, la nature administrative ou privée du contrat de transaction se détermine en fonction de la nature du litige sur lequel il porte, de sorte qu'un contrat de transaction est en droit français un contrat administratif toutes les fois que le litige qu'il souhaite éviter ou éteindre relève de la compétence de la juridiction administrative²⁷.

8. Le Code des relations entre le public et l'administration confirme précisément que, si les transactions privées et les transactions administratives partagent une même définition, elles n'obéissent pas à un régime juridique identique, et que le régime des transactions administratives n'est pas une plate collection de dérogations mineures et atypiques par rapport au régime des transactions privées qui en constituerait le droit commun. Ce qui ne veut pas dire qu'il faille exagérer les différences : il en va parfois de l'intérêt même de l'outil lui-même. En droit public, on peut ainsi avoir la tentation d'affirmer de manière trop péremptoire qu'il est radicalement impos-

sible de transiger en matière de recours pour excès de pouvoir. En réalité, la jurisprudence du Conseil d'État est plus mesurée²⁸, comme en témoigne une récente affaire dans laquelle le Conseil d'État a validé le principe d'une transaction mettant fin à l'ensemble des recours, en réparation comme en annulation, lié à la retraite d'un agent public²⁹, de sorte qu'il semble que la transaction ne soit en réalité prohibée que là où elle reviendrait pour l'administration à s'engager à prendre une décision illégale moyennant renonciation à recours ou à révoquer un acte illégal moyennant indemnité. Et si le Conseil d'État se montre si prudent, c'est parce qu'une prohibition trop large et trop rigoureuse ruinerait tout l'intérêt du mécanisme transactionnel et freinerait considérablement son développement en contentieux administratif, où les questions de légalité sont toujours plus ou moins à l'arrière-plan de tous les litiges.

9. Mais si le juge administratif lui-même s'évertue à estomper les différences et gommer les nuances, il n'en demeure pas moins que les transactions administratives obéissent à un régime propre, en cohérence avec les grands enjeux et les finalités essentielles du droit public. Un bon exemple nous est fourni par la création purement prétorienne du recours en homologation des transactions devant le juge administratif, objet d'un des grands arrêts créateurs des vingt dernières années³⁰. Cette nouvelle voie de recours, que le Conseil d'État a inventé de toutes pièces, est destinée à satisfaire deux exigences propres à la matière administrative : lutter contre la frilosité des comptables publics (il est vrai responsables sur leurs propres deniers), refusant de payer les sommes acceptées par la personne publique en l'absence de tout titre exécutoire

26. T. confl., 18 juin 2007, n° 3600, *Sté Briançon Bus*, Rec. CE 2007, p. 600; *Dr. adm.* 2007, comm. 156, note F. Melleray; *JCP G* 2007, I, 214, notre chron.; *JCP G* 2008, II, 10017, note H. Kenfack.

27. CE, 18 mars 2019, n° 403465, *Min. économie et finances c/ Aviller*, Rec. CE 2019, p. 75; *AJDA* 2019, p. 1596, note M.-O. Diemer; *RFDA* 2019, p. 1093, note C. Chauvet.

28. F. Alhama, « Transaction et renonciation à l'exercice du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2017, p. 503.

29. CE, 5 juin 2019, n° 412732, *Centre hospitalier de Sedan*, Rec. CE 2019, tables, à paraître; *AJDA* 2019, p. 2282, note F. Alhama; *Dr. adm.* 2019, comm. 43, note A. Lebon; *JCP A* 2019, 2243, note L. de Fournoux, *RFDA* 2019, p. 1056, note J. Arroyo.

30. CE, ass., 6 déc. 2002, n° 249153, *Synd. intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hajjès-Roses*, Rec. CE 2002, p. 433, concl. G. Le Chatelier; *AJDA* 2003, p. 280, chron. F. Donnat et D. Casas; *BJCP* 2003, p. 54, concl.; *CJEG* 2003, p. 543, note J. Gourdou et P. Terneyre; *LPA* 2003, n° 119, p. 12, note J.-G. Mahinga; *RDP* 2003, p. 417, note C. Guettier; *RFDA* 2003, p. 291, concl., note B. Pacteau. Complété par CE, ass., 11 juill. 2008, n° 287354, *Sté Krupp Hazemag*, Rec. CE 2008, p. 273, concl. B. Dacosta; *AJDA* 2008, p. 1588, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 212, note J.-P. Piétri; *Dr. adm.* 2008, comm. 137, note F. Melleray; *JCP G* 2008, I, 191, chron. B. Plessix; *RFDA* 2008, p. 951, concl., note B. Pacteau; *RJEP* 2008, comm. 48, concl.

sérieux et solide ; permettre au juge administratif d'exercer son rôle de gardien de la légalité et de censeur des illégalités administratives. C'est pourquoi il a créé, au profit des parties à une transaction, la possibilité de le saisir pour obtenir de lui une homologation, revêtue de la solennité, de l'autorité et du caractère exécutoire attaché à toute décision de justice. Mais comme le juge administratif ne saurait apposer son sceau sur un acte illégal, surtout si l'administration a méconnu une règle d'ordre public ou le principe de l'indisponibilité de ses compétences, le recours en homologation a été conçu comme un examen en fond de la validité de la transaction conclue, de sorte qu'un refus d'homologation entraînera l'annulation de la transaction³¹. Voilà qui ne saurait correspondre au contrôle bien plus superficiel qu'exerce l'autorité judiciaire, que les parties contractantes saisissent en général d'un commun accord pour sécuriser leur transaction, et non pour permettre à un juge d'aller fouiner dans leur accord ou, pire, de l'annuler.

10. La meilleure preuve que le régime de la transaction administrative n'est pas un pâle copier-coller de celui du droit privé nous est précisément apportée par l'article L. 423-1 du CRPA, dont le sobre renvoi à l'article 2044 du Code civil a fini par paraître insuffisant, au point que cet article initialement solitaire a été complété par six autres articles, les articles L. 423-2 à D. 423-7. Preuve supplémentaire, s'il en fallait, qu'on ne saurait se passer de droit public ou le réduire à une collection incohérente de dérogations dérisoires.

L'article L. 423-1 du CRPA s'est en effet trouvé enrichi par l'adoption de la loi déjà citée n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un *État au service d'une société de confiance*³², complétée par son décret d'application n° 2018-1029 du 23 novembre 2018. La loi a en effet inséré dans le Code des relations entre le public et l'administration un nouvel article L. 423-2 qui prévoit que, lorsqu'un ministre (ou tout autre agent public sur sa délégation, comme un directeur d'administration centrale ou une autorité déconcentrée) souhaite transiger, le principe du recours à la transaction et le montant de celle-ci peuvent être

préalablement soumis à l'avis d'un comité. Il ne s'agit donc pour ce comité de mener les négociations, mais, une fois celles-ci réalisées, de délivrer un avis sur le principe même du recours en l'espèce à une transaction et sur le montant autour duquel les parties se sont accordées. Un tel comité, que l'article R. 423-4 du CRPA qualifie de « comité ministériel de transaction », est constitué auprès de chaque ministre et composé du secrétaire général du ministère qui le préside, du responsable des affaires juridiques et du responsable des affaires financières du ministère concerné. Ce comité peut être facultativement saisi, lorsqu'un ministère souhaite obtenir d'un organisme collégial l'assurance que son projet de transaction est opportun et légal ; sa saisine devient toutefois obligatoire si le montant de la transaction envisagée dépasse la somme de 500 000 euros. Conformément au droit commun, faute pour le législateur d'avoir instauré un avis conforme, l'avis délivré par un comité ministériel de transaction, que la consultation soit obligatoire ou non, est un avis simple, que l'autorité décisionnelle qui l'a consulté n'est pas tenue de suivre.

Au regard de ces quelques éléments de régime juridique, on pourrait penser que la loi et le décret de 2018 n'ont apporté, en matière de transaction, que des dérogations étroites et techniques, que quelques règles organisationnelles de détail, qui plus est limitées aux seules autorités administratives centrales de l'État, laissant de côté les collectivités territoriales et les établissements publics. En réalité il n'en est rien : les mesures adoptées, d'apparence mineures, sont pourtant décisives pour relancer le processus de transaction au sein de l'État, dont les transactions conclues ne représentent que 1,3 % des affaires qui pourraient donner lieu à transaction. Et s'il en va ainsi, c'est précisément parce que l'État présente deux talons d'Achille qui constituent des freins considérables à la conclusion de transactions en matière administrative et auxquels le législateur a voulu remédier.

D'une part, à la différence des collectivités territoriales ou des établissements publics, il n'existe pas, au sein de l'État, une distinction institutionnelle entre, d'un côté des organes col-

31. CE, 10 févr. 2014, n° 350265, *SA Gecina*, *Rec. CE* 2014, tables, p. 737 ; *AJDA* 2014, p. 1901, note A. Zarka ; *BJCP* 2014, p. 190, concl. N. Polge.

32. Sur cet apport, G. Eveillard, « La transaction », *RFDA* 2018, p. 829.

légiaux et délibérants, qui adoptent le principe même et les éléments essentiels d'une décision, et un organe exécutif chargé de la mettre en œuvre, parfois même sous la surveillance de l'organe délibérant amené à approuver ultérieurement la décision telle qu'elle a été décidée d'être appliquée par l'organe exécutif. Au sein de l'administration étatique centrale, toutes les autorités administratives décisionnelles sont individuelles : le Président de la République, le Premier ministre, les ministres. Il en résulte qu'un lourd pouvoir de décision pèse sur les épaules d'autorités solitaires, ce qui explique en pratique l'importance de leurs cabinets et de tous les trop nombreux organismes consultatifs dont elles préfèrent s'entourer. C'est pourquoi la création de ces comités ministériels de transaction n'a rien d'une mesurette anodine : elle traduit la prise de conscience des pouvoirs publics que les ministres étaient jusqu'à présent paralysés à l'idée de signer des transactions, faute de pouvoir appréhender seuls tous les enjeux et les implications de la signature d'une transaction, au regard des règles d'ordre public à ne pas méconnaître en matière de matières transigeables et de montants envisageables. Les six nouveaux articles qui prennent place après l'article L. 423-1 du CRPA apparaissent donc comme des mesures propres aux contraintes administratives structurelles et nécessaires pour développer, en matière administrative, le recours à l'outil transactionnel, autant de missions que le Code civil serait bien mal en peine d'accomplir.

D'autre part, si les ministres étaient jusqu'à présent si réticents, c'est qu'ils ne souhaitaient pas engager leur responsabilité personnelle. On oublie en effet trop souvent que la responsabilité

financière ne pèse pas seulement sur les comptables publics, justiciables de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes : les ordonnateurs publics peuvent voir également leur responsabilité engagée devant la Cour de discipline budgétaire et financière. C'est pourquoi l'apport décisif de la loi du 10 août 2018 et du nouvel article L. 423-2 du CRPA est de prévoir que le signataire d'une transaction conclue au nom de l'État est déchargé de toute responsabilité financière personnelle s'il suit l'avis du comité ministériel de transaction³³. En cas de transaction illégale ou préjudiciable, c'est la responsabilité collective de l'État qui sera engagée, et non plus celle personnelle du signataire, ministre ou tout autre agent public agissant sur sa délégation.

11. C'est dire combien même la plus secondaire ou mineure des règles du droit administratif, quand bien même elle ne touche pas à l'architecture générale de l'administration ou aux principes fondamentaux de son fonctionnement, apparaît toujours comme un élément indissociable d'un ensemble plus vaste, d'un Tout dont tous les éléments sont solidaires les uns des autres, dont l'unité profonde le rend irréductible à tout autre régime juridique même apparemment similaire, et qu'on appelle le droit public. Et c'est pour cette raison que, quand bien même il existerait des catégories juridiques communes au droit public ou au droit privé, ou des outils que le premier emprunterait ouvertement au second, il y a toujours un moment où les différences de degré (d'un régime) ne sont plus si éloignées des différences de nature (d'une notion pourtant identique), et où, par conséquent, le droit privé ne peut pas jouer un rôle de droit commun et doit laisser sa place au droit public.

33. La loi ne l'exonère naturellement pas des autres responsabilités personnelles qu'il peut encourir : responsabilité civile en cas de faute personnelle ; responsabilité pénale en cas d'infraction pénale.

Un article, une matière

L'article L. 2511-1 du Code du travail et le droit de grève Cinq chiffres pour un droit

Bernard Teyssié

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas
Président honoraire de l'Université

1. Cinq chiffres, un texte, un droit. – Code du travail, article L. 2511-1, texte premier du titre consacré à la grève, le seul, ici, à en traiter lorsqu'elle éclate dans une entreprise du secteur privé non investie d'un service public, sous réserve des dispositions, largement tombées dans l'oubli, dévolues aux modes légaux de règlement des conflits collectifs : conciliation, médiation, arbitrage. Un texte bref, né de trois lois, chacune porteuse d'un alinéa : du 11 février 1950 (1^{er} alinéa), du 17 juillet 1978 (2^e alinéa), du 25 juillet 1985 (3^e alinéa). Résultat :

« L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.

Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux.

Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit ».

Au limier en quête de dispositions supplémentaires intéressant le droit de grève qui se lancerait dans l'exploration des autres parties du Code du travail, une fort maigre moisson serait offerte. Seule la première partie, en ses articles L. 1242-6 et L. 1251-10, lui accorderait le plaisir

de la découverte : celle de l'interdiction de recourir à des salariés sous contrat de travail à durée déterminée et à des travailleurs temporaires afin de procéder au remplacement de préposés dont le contrat de travail est suspendu par suite de leur participation à un conflit collectif.

Quant à sortir du périmètre du Code du travail, il ne faut pas non plus trop en attendre : les dispositions du Code des transports relatives au transport terrestre¹ et au transport aérien² de voyageurs ne traitent que de la question du préavis et des mesures visant à assurer un minimum de continuité du service public ; elles ne concernent, du même coup, que les entreprises, publiques ou privées, en charge d'un tel service ; celles consacrées à la réquisition, que ce soit par le gouvernement, au niveau national³, ou par le préfet, dans un cadre local⁴, au demeurant peu utilisées, sont également, en pratique, cantonnées à ce type d'entités.

Pour les entreprises du secteur privé non investies d'un service public, donc l'immense majorité des entreprises françaises, tout ramène l'explorateur à la mince clairière qui, à l'orée du titre V de la deuxième partie du Code du travail, abrite l'article L. 2511-1. Même s'il est au cœur du droit de grève (I), ce texte, porté par ses promoteurs au rang de vigie protectrice, doit être combiné avec d'autres, ne serait-ce que parce

1. Art. L. 1222-1 et s. C. transp.

2. Art. L. 1114-1 et s. C. transp.

3. L. 11 juill. 1938 ; Ord. n° 59-147, 7 janv. 1959.

4. Art. L. 2215-1, 4° CGCT.

que le droit de grève doit être concilié avec d'autres droits ou principes ayant, comme lui, valeur constitutionnelle⁵, telle l'exigence de protection de la santé et de la sécurité des personnes et de celle des biens : un droit n'est jamais promis à une navigation solitaire ; d'autres droits, un jour, il croisera la route (II).

I. Cinq chiffres au cœur d'un droit

2. Du relais au support. – La loi du 11 février 1950, source du premier alinéa de l'actuel article L. 2511-1 du Code du travail, entendait donner un début de traduction aux termes du préambule de la Constitution de 1946 selon lesquels le droit de grève s'exerce « dans le cadre des lois qui le réglementent » (A). Texte relais de la norme constitutionnelle, il l'est également devenu de traités européens, avec chaque fois l'ambition d'assurer, sauf faute lourde, la protection du gréviste (B).

A. Un relais

3. Norme constitutionnelle. – Affirmé dans le préambule de la Constitution de la IV^e République, auquel fait expressément référence celle du 4 octobre 1958, le droit de grève, accordé à chacun mais en principe exercé collectivement, alors même qu'il est de valeur constitutionnelle, n'a vocation à s'exercer que dans le cadre des lois adoptées en vue d'en réglementer l'exercice. Celles d'où sont issus les trois alinéas qui composent l'article L. 2511-1 du Code du travail sont au premier rang de ces mesures d'encadrement. Elles participent de la construction d'un droit commun de la grève et se distinguent à ce titre des dispositions relais propres au secteur public et aux entités privées chargées de la gestion d'un service public, porteuses de la double prohibition des grèves surprise et des grèves tournantes. Abandonnant un vaste champ à la construction prétorienne du droit de grève, les relais offerts à la norme constitutionnelle sont modestes. La

raison en est connue : parce qu'il n'est guère de mesure visant à « réglementer » le droit de grève qui ne puisse être perçue comme attentatoire à ce dernier, les pouvoirs publics hésitent à répondre à l'invitation que leur avaient naguère lancé les rédacteurs du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. À cette prudence l'affirmation européenne du droit de grève ne change rien.

4. Normes européennes. – Aussi modeste soit-il, l'article L. 2511-1 du Code du travail constitue, avec la norme constitutionnelle dont il est l'écho, le principal relais français de la proclamation européenne du droit de grève. Cette proclamation est, au demeurant, à voix multiples : traité conçu dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Charte sociale européenne, en son article 6 § 4, reconnaît le droit de grève ; dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la CEDH a trouvé l'affirmation implicite de ce droit en tant qu'instrument d'action des syndicats, donc d'exercice de la liberté syndicale⁶.

Au même titre et dans les mêmes proportions, l'article L. 2511-1 du Code du travail joue le rôle de norme relais de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle affirme le droit des travailleurs « de recourir, en cas de conflits d'intérêts à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève ». La modestie du texte national l'empêche néanmoins de rendre compte de l'articulation du droit de grève avec les libertés économiques fondamentales inscrites dans le traité de Rome, singulièrement avec la liberté d'établissement et la libre prestation de services, alors que la Cour de justice de l'Union européenne souligne la nécessité d'en assurer la conciliation : l'exercice du droit de grève ne doit pas avoir pour résultat de mettre obstacle au jeu de ces libertés⁷. À cette conciliation, l'article L. 2511-1 du Code du travail n'offre aucun appui.

5. Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC, *D.* 1980, p. 101, note M. Paillet ; Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-117 DC, *Dr. social* 1980, p. 452, obs. D. Turpin ; Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, *RJS* 10/07, n° 1110 ; Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-569 DC, *RJS* 11/08, n° 1141.

6. CEDH, 10 janv. et 27 juin 2002, n°s 53574/99 et 38190/97, *D.* 2003, p. 939, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; CEDH, 17 juill. 2007, n° 74611/01, *RJS* 2/08, n° 241.

7. CJUE, 11 déc. 2007, n° C-438/05, *JCP S* 2008, 1086, note J. Cavallini ; CJUE, 18 déc. 2007, n° C-341/05, *JCP S* 2008, 1087, note J. Cavallini.

B. Un support

5. Protection. – L'article L. 2511-1 du Code du travail participe de la volonté de protéger le salarié associé à un mouvement de grève. Contre d'éventuelles ruptures d'égalité (1) ou de contrat (2), aux allures de mesures de rétorsion, répliques à une cessation d'activité qui a gêné, voire paralysé, le fonctionnement de l'entreprise, il offre à cette volonté de protection le support de la loi.

1. Protection contre les ruptures d'égalité

6. Rémunération. – Grève et rémunération entretiennent des liens étroits... qui peuvent aisément devenir tumultueux. Celui qui s'associe à une grève ne peut prétendre, pendant le temps où il ne fournit aucune prestation, à aucune rémunération. Mais il ne saurait être question d'aller au-delà : l'exercice du droit de grève « ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire [...], notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux »⁸, formule suffisamment large pour englober, outre le salaire *stricto sensu*, l'ensemble de ses accessoires, en nature ou en espèces, y compris d'éventuelles primes d'intéressement ou l'octroi de jours de congé au-delà des prescriptions légales ou conventionnelles. Les différences de traitement décidées en raison de la grève que ne justifieraient pas des éléments objectifs étrangers à toute discrimination sont bannies. Les difficultés, en pratique, ont surtout jailli en matière de primes, supprimées ou réduites au détriment des grévistes ou accordées aux non-grévistes. La Cour de cassation, retenant une interprétation stricte de la norme légale, admet la licéité des abattements opérés sur les primes des grévistes dès lors qu'ils sont appliqués dans les mêmes conditions à tous les salariés, quel que soit le motif de leur absence, autorisée ou non, réserve faite des absences légalement assimilées à un temps de travail effectif⁹. Aux non-grévistes, l'octroi d'une prime pour tenir compte du surcroît de travail par eux assumé est licite dès lors

que, de ce surcroît d'activité, la réalité est établie¹⁰.

7. C. trav., art. L. 1132-2. – Les liens noués par l'article L. 2511-1, sous la bannière de l'égalité de traitement, avec d'autres compartiments du droit du travail ne s'arrêtent pas à la question des rémunérations. Le renvoi opéré à l'article L. 1132-2 ouvre sur de plus vastes horizons. Aux termes de ce texte, « aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève ». Une rupture illicite d'égalité serait caractérisée s'il était établi qu'en dépit d'un « exercice normal » de ce droit, donc hors comportement constitutif d'une faute lourde, ont été adoptées des mesures désavantageuses à l'encontre des grévistes en matière de formation, reclassement, affectation, qualification, classification, promotion, mutation, intéressement, distribution d'actions, renouvellement de contrat. Il se peut que celui qui, naguère, avait participé à un mouvement de grève ait, pour une raison quelconque, quitté l'entreprise dans laquelle la grève s'était déroulée; dès lors que ce départ n'est pas le fruit d'un licenciement pour faute lourde commise au cours de celle-ci, le refus de recrutement auquel il se heurte de la part d'une autre entreprise est également entaché d'irrégularité s'il est démontré qu'il trouve sa source dans son passé de gréviste. Protégé contre les ruptures d'égalité, il l'est aussi, mais il ne s'agit, en définitive, que de complément apporté au propos précédent, contre d'éventuelles ruptures de contrat.

2. Protection contre les ruptures de contrat

8. Licenciement. – Sauf faute lourde imputable au salarié, « l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail ». Inscrite en tête de l'article L. 2511-1, reprise à l'article L. 1132-2, qui en élargit le champ à toute sanction disciplinaire, la règle s'accompagne de la plus vigoureuse des sanctions : la nullité. Elle frappe tout licenciement et, au-delà, toute mesure à caractère disciplinaire, « prononcé à

8. Art. L. 2511-1, al. 2 C. trav.

9. Soc., 7 nov. 2018, n° 17-15.883, *JCP S* 2018, 1392, note L. Dauxerre; *RJS* 1/19, n° 50; Soc., 13 févr. 2019, n° 17-26.837, *RJS* 5/19, n° 310, 2^e esp.

10. Soc., 3 mars 2009, n° 07-44.373, *RJS* 5/09, n° 450.

raison d'un fait commis au cours de la grève à laquelle [le salarié] participe et qui ne peut être qualifié de faute lourde »¹¹. La nullité de la rupture, si telle fut la mesure adoptée, impose, si le salarié la sollicite, la poursuite du contrat de travail, donc la réintégration de l'intéressé dans son emploi, le cas échéant ordonnée en référé afin que cesse promptement un trouble manifestement illicite¹². Le paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération que le salarié aurait dû percevoir entre le moment de son éviction et celui de sa réintégration doit accompagner son retour dans l'entreprise, quels que soient les revenus dont il a pu bénéficier au cours de cette période, à commencer par le versement d'allocations de chômage¹³.

9. Point de vue. – Juché sur ce texte relais que constitue l'article L. 2511-1, l'observateur dispose d'un point de vue qui place dans son champ de vision l'ensemble des terres prioritairement concédées au droit du travail. Mais priorité ne signifie pas exclusivité. Le droit du travail n'est pas une île...

II. Cinq chiffres au croisement de droits

10. Entrelacs et faubourgs. – Entre durcissement et détournement, les entrelacs des mouvements surgis afin d'obtenir satisfaction des revendications, au prix, le cas échéant, d'une complète paralysie de l'entreprise, sont propices aux entrecroisements de disciplines (A). Le propos trouve prolongement lorsque, dans les faubourgs du droit de grève, le chef d'entreprise s'essaie à quelque réplique (B).

A. Des croisements dans les entrelacs du droit de grève

11. Droit civil, droit pénal. – Tout mouvement collectif peut donner lieu à des débordements, singulièrement lorsqu'il se prolonge, parfois en raison de l'échec des négociations conduites par les parties en présence : chef d'entreprise d'un côté, syndicats, coordination syndicale, voire, ce qui en pratique est la pire des situations pour qui

veut sortir rapidement du conflit, groupe inorganisé de salariés réunissant les initiateurs les plus déterminés du mouvement, de l'autre. Plus la grève se prolonge plus elle peut être source d'excès. Le Code civil peut aider à y mettre fin (1). Mais ce code ne suffit pas nécessairement pour qu'aux dévoiements constatés soit donnée la sanction que leur gravité appelle : la loi pénale doit être sollicitée (2).

1. Croisements avec le droit civil

12. Droit des biens. – Procédé de pression particulièrement vigoureux, l'occupation des lieux de travail, qu'elle soit décidée d'emblée ou plus tard, le mouvement se durcissant, est, en son principe, illicite. Cette illicéité se nourrit de l'atteinte portée à la liberté du travail et à celle du commerce et de l'industrie ; mais elle trouve aussi appui sur l'atteinte portée au droit de propriété tel qu'inscrit à l'article 544 du Code civil. Véritable voie de fait, l'occupation décidée prive le propriétaire de ses attributs. Est donc justifiée la demande présentée aux fins d'expulsion par le chef d'entreprise, selon une procédure d'urgence ; outre la voie des ordonnances de référé, peut être empruntée celle des ordonnances sur requête lorsque sont relevées la difficulté pratique d'appeler tous les occupants et la possibilité pour les dirigeants de fait du mouvement de grève de présenter les moyens de défense communs à l'ensemble des salariés¹⁴, le droit de grève croisant au passage, sans hésiter, le cas échéant, à les bousculer quelque peu, les dispositions du Code de procédure civile.

13. Droit des obligations contractuelles. – Il n'est pas rare que le droit de grève croise aussi le droit des obligations, notamment en raison des engagements de responsabilité dont il est l'occasion. Il peut s'agir de responsabilité contractuelle, en l'occurrence celle de l'entreprise dont la grève paralyse ou réduit l'activité. Sa responsabilité est parfois recherchée par les non-grévistes, ces derniers se plaignant de ne pas avoir été mis en mesure d'exécuter normalement leur prestation de travail : ils sollicitent, sur le fondement

11. Soc., 22 janv. 1992, n° 90-44.249, *Cah. soc.* 1992, A 14. *Adde*, Soc., 9 mai 2012, n° 10-24.307, *JCP S* 2012, 1319, note F. Duquesne ; *RJS* 7/12, n° 653.

12. Soc., 12 janv. 1999, n° 97-45.209, *RJS* 2/99, n° 200.

13. Soc., 25 nov. 2015, n° 14-20.527, *JCP S* 2016, 1090, note J.-Y. Kerbourc'h.

14. Soc., 17 mai 1977, n° 75-11.474, *D.* 1977, p. 645, note A. Jeammaud ; *JCP G* 1978.II.18992, note Y. Desdevises ; *Dr. social* 1978, p. 199, obs. J. Savatier ; *RTD civ.* 1977, p. 602, obs. J. Normand.

des articles 1231 et suivants du Code civil, réparation du préjudice résultant de l'inexécution par l'employeur de l'une des obligations essentielles nées du contrat de travail. Que le défendeur réplique par l'invocation de la force majeure, rendue souvent difficile par le défaut d'imprévisibilité et d'extériorité du mouvement de grève, ou celle de la situation contraignante à laquelle il a été confronté, ne surprend pas. Encore faut-il qu'il démontre que les contraintes auxquelles il a été exposé furent telles qu'il était effectivement dans l'impossibilité de fournir du travail aux non-grévistes¹⁵.

Particulièrement « dangereuses » financièrement, eu égard à l'ampleur des préjudices parfois supportés, peuvent se révéler les demandes présentées par les clients de l'entreprise auxquels celle-ci s'est révélée incapable de fournir à la date prévue les prestations ou marchandises convenues, ou par des fournisseurs ou banquiers titulaires de créances demeurées impayées. Là encore l'entreprise peut tenter de s'exonérer par invocation de la force majeure avec la même difficulté que précédemment : même s'il est des exceptions¹⁶, il est souvent impossible d'établir l'imprévisibilité et l'extériorité du mouvement survenu. Reste cependant l'irrésistibilité : la grève a pu créer une situation telle que l'entreprise n'était plus en mesure d'exécuter ses obligations, singulièrement lorsqu'était exclu l'appel à un personnel ou à des prestations de remplacement. Peuvent ainsi être caractérisés un « état de contrainte » ou des « nécessités contraignantes » auxquels la Cour de cassation fait produire des effets similaires à ceux de la force majeure¹⁷.

Mais en matière de responsabilité il est d'autres angles d'attaque que ceux offerts par les articles 1231 et suivants du Code civil.

14. Droit des obligations délictuelles. – Sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle, tous les acteurs d'un mouvement de grève sont susceptibles d'être convoqués :

- l'employeur, parfois exposé à l'exercice d'actions mises en œuvre par une organisation syndicale, soit en raison du préjudice matériel

ou moral qui lui a été personnellement infligé par suite d'un comportement anormal du chef d'entreprise, soit en raison de l'atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession qu'elle représente ;

- les grévistes, poursuivis par les non-grévistes car ils eurent un comportement fautif, échappant aux canons d'un exercice normal du droit de grève, avec le résultat que l'employeur, placé dans un état caractéristique de « nécessités contraignantes », fut dans l'impossibilité de fournir une quelconque activité à ceux qui souhaitaient travailler sans être pour autant débiteur d'une quelconque indemnité ;
- les syndicats, dont la responsabilité civile délictuelle peut être engagée dès lors qu'ils ont « effectivement participé à des agissements constitutifs d'infractions pénales » ou, plus généralement, « à des faits ne pouvant se rattacher à l'exercice normal du droit de grève »¹⁸, avec la précision que seul justifie condamnation le préjudice anormal, telle la destruction de matières premières, en ce qu'il excède celui qu'emporte toute grève pour l'entreprise. Du droit civil au droit pénal le chemin peut alors se révéler extrêmement court.

2. Croisements avec le droit pénal

15. Variations pénales. – Les circonstances ne manquent pas dans lesquelles la grève est susceptible d'aborder les rives du droit pénal que ce soit en raison d'infractions spécifiques au droit des relations de travail ou de crimes, délits ou contraventions de droit commun.

16. Droit pénal du travail. – Si l'atteinte portée à l'exercice du droit de grève n'est pas, en soi, pénalement répréhensible, elle peut être saisie par le droit pénal soit par application d'un texte particulier, tel l'article L. 1255-5 du Code du travail sanctionnant le recours à des travailleurs temporaires afin de remplacer des salariés dont le contrat de travail est suspendu par suite d'un conflit collectif dans l'établissement utilisateur, soit sur la base des dispositions relatives au délit

15. Soc., 27 mai 1998, n° 96-42.303 ; *RJS* 7/98, n° 937 ; Soc., 4 juill. 2000, n° 98-20.537, *RJS* 9-10/00, n° 988.

16. Soc., 11 janv. 2000, n° 97-18.215, *Dr. social* 2000, p. 404, obs. J. Cristau.

17. Ch. mixte, 4 févr. 1983, n° 80-14.853, *Juri-social* 1983, F 33. Rapp. Civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, n° 92-18.227, *RJS* 6/95, n° 691.

18. Soc., 9 nov. 1982, n°s 80-13.958, 80-14.097, 80-14.046, *JCP G* 1983.II.1995 ; *JCP CI* 1995.II.13971, concl. P.-Y. Gautier.

Rapp. Soc., 18 janv. 1995, n° 91-10.476, *RJS* 3/95, n° 289.

d'entrave au droit syndical¹⁹ ou de discrimination syndicale²⁰.

L'atteinte portée à la liberté du travail, à laquelle peut rapidement conduire l'occupation des locaux de l'entreprise, ouvre la voie au prononcé de condamnations sur la base des articles 431-1 et 431-2 du Code pénal. Sont sanctionnés, d'une part, le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de ladite liberté, d'autre part, le fait d'en entraver l'exercice « d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations ». Encore faut-il, pour qu'il y ait sanction, qu'il y ait eu consommation : la seule tentative est exclue du domaine de la répression.

17. Droit pénal général. – Les mouvements de grève sont parfois l'occasion de comportements constitutifs d'infractions de droit commun. Certaines naissent d'atteintes aux personnes tenant aux violences perpétrées, dont les non-grévistes peuvent être la cible privilégiée, ou à des mesures de séquestration qui peuvent frapper le chef d'entreprise mais ont souvent des cadres dirigeants pour victimes. D'autres sont le fruit d'atteintes aux biens, qu'ils soient destinés à l'utilité publique, telles des lignes de distribution d'électricité ou des lignes téléphoniques, ou à caractère privé, à commencer par ceux de l'entreprise, victime de la destruction de matériel ou de marchandises, voire de vols, perpétrés à l'occasion de l'occupation des lieux de travail.

18. Du bourg aux faubourgs. – Si, dans les entrelacs du droit de grève, les croisements normatifs ne constituent pas une denrée rare, ils n'y sont pas cantonnés. Dans les faubourgs aussi illustration peut en être trouvée lorsque le chef d'entreprise s'attache à répliquer, dans l'exercice de son pouvoir de direction, au mouvement déclenché.

B. Des croisements dans les faubourgs du droit de grève

19. Lock-out. – Caractérisé par la fermeture de l'entreprise, le *lock-out* est souvent considéré,

lorsqu'il est décidé, comme le moyen le plus sûr de sauvegarder l'outil de travail, notamment en évitant l'occupation de bureaux ou ateliers, voire d'empêcher des affrontements entre grévistes et non-grévistes. Construction prétorienne, son régime juridique brasse droit du travail et droit civil. L'irrégularité de principe qui en est retenue trouve appui sur le constat qu'en fermant les portes de l'entreprise, l'employeur ne permet pas à ses salariés d'exécuter normalement leur prestation de travail : il manque à une obligation essentielle du contrat de travail, engageant sa responsabilité contractuelle. Mais le croisement de la grève avec le droit civil peut aussi assurer la régularité de la fermeture opérée. Elle peut trouver justification dans la force majeure, éventuellement réduite au rang de « situation contraignante » sur le seul fondement de l'irrésistibilité du mouvement de grève déclenché : alors que l'employeur a pris toutes les initiatives qu'il était permis d'attendre de lui afin d'éviter la grève ou d'y mettre fin, le fonctionnement de l'entreprise est devenu impossible et non point seulement plus difficile ou onéreux²¹. À la fermeture de l'entreprise, l'exception d'inexécution peut aussi offrir régularité lorsqu'elle est prononcée en réponse à une grève irrégulière : les salariés n'ayant pas respecté leurs obligations en adoptant des comportements source d'une telle désorganisation de l'entreprise qu'elle met son existence en péril, l'employeur peut s'exonérer des siennes. Mais alors que la référence à une situation contraignante assure la régularité du *lock-out* à l'égard de l'ensemble des membres du personnel, l'exception d'inexécution ne produit ce résultat qu'envers les salariés personnellement associés au mouvement de grève²².

20. Du droit civil au droit pénal. – Les entrecroisements dont le *lock-out* offre le spectacle ne s'arrêtent pas nécessairement aux frontières du droit civil. Le droit pénal est sollicité lorsque la fermeture de l'entreprise est décidée sans consultation préalable du comité social et économique alors qu'elle intéresse directement la marche de l'entreprise. Le *lock-out* intervenu dans ces conditions ouvre la voie à l'exercice de poursuites

19. Art. L. 2146-1 C. trav.

20. Art. L. 2146-2 C. trav.

21. Soc., 30 sept. 2005, n° 04-40.193, *JCP S* 2005, act. 177, obs. S. Miara.

22. Soc., 5 juin 1973, n° 72-40.570, *Cah. prud'h.* 1974, p. 8 ; Soc., 4 avr. 1974, n° 73-40.389, *Bull. civ.* V, n° 204.

au titre du délit d'entrave au fonctionnement du comité²³.

21. Un droit, des droits. – Un texte pivot, quelques normes éparses d'application difficile, à la manière de celles prétendant assurer la continuité du service dans le secteur des transports, ou peu à peu tombées dans l'oubli, sort funeste réservé aux procédures légales de règlement des conflits collectifs... Le droit de grève ne se prête guère à l'intervention du législateur. Lorsqu'il s'y aventure, le succès est loin d'être toujours au rendez-vous : les mots de la loi sont vite balayés lorsque survient un « mouvement social ». Quant à poursuivre ceux qui les ont piétinés, une fois passé le temps de l'imprécation, il apparaît souvent préférable de s'en abstenir afin d'éviter tout regain de tension. Planté sur son îlot, l'article L. 2511-1 du Code du travail est loin d'offrir l'en-

semble des éléments nécessaires à l'édification du régime juridique de la grève. Celui-ci, faute qu'à l'invitation lancée par les auteurs du préambule de la Constitution de 1946 le législateur ait réellement répondu, est bâti par le juge en puisant notamment dans la riche boîte à outils que constitue le Code civil, addition faite, si nécessaire, de quelques emprunts à la norme pénale. Le tout, au demeurant, n'inspire nul regret : la difficulté à légiférer en matière de grève et, plus encore, à obtenir le respect des règles édictées, justifie de laisser au juge le soin de forger les normes nécessaires pour que chacun, salariés, syndicats, chefs d'entreprise, sache où passe la frontière entre le licite et l'illicite et mesure les conséquences de ses décisions. Il est des circonstances où la plume du prêteur vaut mieux que celle du législateur...

23. Crim., 6 févr. 1979, n° 77-91.923, D. 1979, inf. rap. 422, obs. J. Pélissier.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
revuededroitdassas@gmail.com*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique,
elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance,
à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité,
vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr

**NOTRE EXPERTISE - NOS GARANTIES
VOTRE SÉCURITÉ**



ADD
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 Fax : +33 (0)1 44 94 91 92

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BORDEAUX ■ BOURGES ■ CAEN ■ CLERMONT-FERRAND
LA ROCHELLE ■ LYON ■ METZ ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associes.com

Membre de Généalogistes de France



Généalogistes
de France